Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional



Monasterio de Santa Catalina

II CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Arequipa, 1,2 y 3 de Noviembre 2006

SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"DERECHOS LABORALES, DERECHOS PENSIONARIOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL"

SEGUNDO CONGRESO NACIONAL
DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL - 2006

Cuidado de la edición: Alfonso de los Heros Pérez Albela y Manuel Alonso Reyna Camino

Diagramación: Impresso Gráfica S.A.

Impresión: Impresso Gráfica S.A.
Emilio Cavenecia 236, San Isidro
☎ 222 2343 / impresso@impresso.com.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-10037

Registro ISBN: 9972-2622-3-5



© 2006 por Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Noviembre de 2006

CONTENIDO

Comité Organizador del Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 9

Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 11

Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 11

Presentación. Pedro G. Morales Corrales 15

Programa del Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 19

Palabras de Bienvenida. José Butrón Fuentes 25

TEMA I: "La Protección Constitucional de los Derechos Laborales" 28

Ponencias Oficiales

- "La Protección de los Derechos Laborales en la Constitución Peruana de 1993"
  Wilfredo Sanguineti Raymond 29
- "Derechos fundamentales de los trabajadores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"
  Jorge Toyama Miyagusuku 103

Ponencias Libres

- La Protección Constitucional de los derechos y principios fundamentales en el Perú
  Juan Carlos Cortés Carcelén 227

- Mecanismos colectivos de defensa de los derechos laborales
Javier Espinoza Escobar 247

- La protección constitucional del derecho al descanso
Cecilia Guzmán Barrón 259

- El derecho constitucional a la remuneración y la conciliación
Carlos Humberto Jiménez Silva 275

- Protección constitucional de los derechos laborales en el hostigamiento sexual
Rafael Omar Llanos Gamarra 295

- El trabajo en la constitución de 1993 y en el proyecto de constitución de 2002
Ricardo Marcenaro Frers 325

- Razones filosóficas para la existencia y vigencia del derecho laboral
Shirley Milagros Palacios Ordónez 341

- Constitución y normas internacionales del trabajo
Raúl Saco Barrios 357

- El acoso moral en el ámbito de las relaciones laborales o mobbing
Liliana Tsuboyama Shiohama 375

- Derechos laborales colectivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Mauro Ugaz Olivares 393

- La Protección Constitucional de los Derechos Laborales
Daniel Ulloa Millares 409

- La procedencia del proceso de amparo para la protección de derechos laborales
Michael Vidal Salazar 423

- La protección constitucional de los derechos laborales en el marco de una economía social de mercado a propósito de los fallos de Tribunal Constitucional
Walter Zuñiga Villegas 447

TEMA II: **"Unificación de la Doctrina Jurisprudencial Laboral y Constitucional"** 470

Ponencias Oficiales

- Unificación de la doctrina jurisprudencial laboral y constitucional
Víctor Ferro Delgado 471

- La relación Tribunal Constitucional – Poder Judicial: ¿Es pacifico el camino hacia la constitucionalización de la justicia laboral?
Ricardo Herrera Vásquez 521

Ponencias Libres

- El derecho fundamental al debido proceso sustantivo en el despido laboral peruano
Luis Eduardo Arellano Mori 559

- La jurisprudencia laboral y constitucional ¿Urge una conciliación entre ellas? Un examen de las últimas sentencias y apuntes para mejorar nuestro sistema de administración de justicia
Oxal Víctor Ávalos Jara 573

- Algunas particularidades en relación a los trabajadores de confianza
Milko Briones Quispe 589

- Crisis de la jurisprudencia como fuente de derecho del trabajo
Carlos Cornejo Vargas 601

- Jornadas atípicas en el sector minero: la historia de un nuevo retroceso, a propósito del fallo del Tribunal Constitucional
Carlos Calderón Fernández-Prada 615

- Evolución de la protección constitucional al derecho al trabajo en la jurisprudencia del TC a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional. Del caso FETRATEL al caso Baylón Flores.
Javier Ricardo Dolorier Torres 639

- La procedencia del amparo en defensa de la estabilidad laboral de entrada (A propósito del Exp. N° 06080-2005-PA/TC)
Frank Espinoza Laureano 657

- Los retrocesos de la jurisprudencia constitucional en materia de homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del Poder Judicial
Orlando González Nieves 675

- Jornadas atípicas de trabajo.- Aspectos generales.- Aspectos específicos en el sector minero
Pedro G. Morales Corrales 705

- Inconvenientes en la remisión de procesos de amparo a la jurisdicción laboral según reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Sandro Alberto Núñez Paz 729

- El carácter remunerativo de los pagos recibidos cuando no existe prestación efectiva de servicios: el caso de los despidos nulos
Mónica Pizarro Diaz 745

- Protección constitucional de la dignidad del trabajador. Comentarios al precedente de Tribunal Constitucional sobre las jornadas atípicas o acumulativas
César Puntriano Rosas 761

TEMA III: "Nuevos Desafíos del Sistema Previsional Peruano: Modelo Complementario o Alternativo de Pensiones" **788**

Ponencias Oficiales

- Nuevos desafíos del sistema previsional peruano: modelo complementario o alternativo de pensiones
Alfonso de los Heros Pérez Albela 789

- Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria
Javier Neves Mujica 821

Ponencias Libres

- La formación del nuevo sistema de pensiones en el Perú después de la reforma constitucional: en busca del modelo adecuado
César Abanto Revilla 835

- La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones
Fernando García Granara 855

- La interpretación constitucional del derecho a la pensión y el futuro del sistema de seguridad social en pensiones
César Gonzalez Hunt 889

- La procedencia del arbitraje especializado para resolver controversias del seguro complementario de trabajo de riesgo
Giuliana Higuchi Matsuda,
Eduardo Hurtado Arrieta
Francisco Monge Zegarra 913

- La protección constitucional de los derechos laborales y la protección de la persona pensionaria
Jorge Luis Mayor Sánchez 933

- Sistema Privado de Pensiones y Derecho a la Seguridad Social
Alvaro Vidal Bermúdez
Christian Sánchez Reyes 951

Conferencia de Clausura
Dr. Víctor García Toma
Presidente del Tribunal Constitucional
"Principios del Derecho del Trabajo en la Doctrina del Tribunal Constitucional" 975

Homenaje al Dr. Luis Aparicio Valdez
Discurso de Roger Zavaleta Cruzado 995

SEGUNDO CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"DERECHOS LABORALES, DERECHOS PENSIONARIOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL"

Arequipa, Perú

1, 2 y 3 de noviembre de 2006

Comisión Organizadora

César González Hunt: Presidente de la Comisión Organizadora

Pedro Morales Corrales: Presidente de la SPDTSS

Fernando García Granara: Coordinador General

Comisión Organizadora - Arequipa

José Butrón Fuentes: Presidente

Hugo Salas Ortíz

Héctor Luque Mogrovejo

Coordinadores Regionales

Dalia del Río Timaná, Piura

Luz Pacheco Zerga, Lambayeque

Roger Zavaleta Cruzado y Orlando Gonzales Nieves, La Libertad

Homero Jondec Briones, Ancash

Luis Torres Garay, Junín

Wilfredo Zapata Zeballos, Moquegua

Alvaro Zacarías Valderrama, Tacna

Walter Chávez Mamani, Puno

Fausto Salinas Lovón, Cusco

José Aponte Lozada, Ucayali

Comisión Concurso Laboral Universitario

Juan Carlos Cortés Carcelén
Jorge Toyama Miyagusuku
César Abanto Revilla

Comisión Académica y de Publicación

Alfonso de los Heros Pérez Albela
Raúl Saco Barrios
Luis Vinatea Recoba
Guillermo Boza Pro

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
CONSEJO DIRECTIVO (PERÍODO 2005 - 2007)

Presidente:	Pedro G. Morales Corrales
Vice Presidente:	César Gonzáles Hunt
Tesorero:	Jorge Toyama Miyagusuku
Pro Tesorero:	José Butrón Fuentes
Secretario:	Raúl Saco Barrios
Pro Secretario:	Orlando Gonzáles Nieves
Secretario de Biblioteca y Publicaciones:	Alfonso de los Heros Pérez Albela
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas:	Germán Ramírez Gastón Ballón
Secretario de Relaciones Internacionales:	Juan Carlos Cortés Carcelén

Miembros Activos

Abanto Revilla, Cesar
Alva Hart, Beatriz
Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis
Arbulú Alva, Luis
Arce Ortiz, Elmer
Arevalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo
Balta Varillas, José Ernesto
Barrenechea Calderón, Julio César
Beltrán Quiroga, Jaime
Boza Pró, Guillermo
Butrón Fuentes, José
Carrillo Calle, Martín
Ciudad Reynaud, Adolfo
Cortés Carcelén, Juan Carlos
Chienda Quiroz, Alfredo
de los Heros Pérez Albela, Alfonso
Ferro Delgado, Víctor
Gamarra Vilchez, Leopoldo
García Granara, Fernando
González Hunt, César
González Nieves, Orlando
Herrera Gonzalez-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo
Marcenaro Frers, Ricardo
Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato
Morales Corrales, Pedro
Morales Gonzalez, Néstor

Morales Morante, Carlos Guillermo
Neves Mujica, Javier
Pacheco Zerga, Luz
Pasco Cosmópolis, Mario
Pilotto Carreño, Luigino
Prelle Mayuri, Herbert
Ramirez-Gastón Ballón, Germán
Romero Montes, Francisco Javier
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Salas Ortíz, Hugo
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Toyama Miyagusuku, Jorge
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Villacorta Ramírez, Edmundo
Villavicencio Rios, Alfredo
Vinatea Recoba, Luis
Zavala Costa, Jaime
Zavaleta Cruzado, Roger

Miembros Honorarios

Carlos Blancas Bustamante
Héctor Hugo Barbagelatta
Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano
Fernando Elias Mantero
Oscar Ermida Uriarte
Guillermo Gonzáles Rosales (+)
Jean Claude Javillier
Ricardo La Hoz Tirado (+)
Joaquin Leguía Galvez (+)
Alfredo Montoya Melgar
Emilio Morgado Valenzuela
Ricardo Nugent Lopez Chavez
Manuel Alonso Olea (+)
Américo Plá Rodríguez
Mozart Víctor Russomano
Fernando Suárez González
Javier Vargas Vargas (+)

Auspiciadores



PRESENTACION

Hace dos años se llevó a cabo en la ciudad de Trujillo el Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, denominado "Desafíos Actuales y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", bajo la presidencia del Dr. Jaime Zavala Costa, en que se abordaron importantes temas, que mantienen a la fecha total vigencia: (i) Formalidad, informalidad y el Derecho del Trabajo", (ii) Relaciones Laborales y Comercio Internacional"; y, (iii) Futuro de las pensiones en el Perú: Sistema Privado y Sistema Público", concluyendo dicho Congreso con una interesante Mesa Redonda sobre el Proyecto de la Ley General de Trabajo.

Dicho evento académico fue un verdadero éxito, a decir de propios y extraños y un augurio de lo que viene sucediendo en nuestro país en la actualidad y también en el mundo, pues respecto del problema de la informalidad, se ha propuesto como primer tema del próximo Congreso Mundial que llevará a cabo la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (de la cual nuestra Institución es su filial) en Sidney, Australia, entre el 1 y 4 de setiembre de 2009,"El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Economía Informal", y a nivel nacional se discute cada día con más énfasis la necesidad de otorgar la más alta prioridad a la solución integral del fenómeno de la informalidad por constituir el obstáculo más importante de nuestro país para alcanzar su desarrollo.

En cuanto al segundo tema, nuestro país ya suscribió con los Estados Unidos de América un Tratado de Libre Comercio que sólo requiere la aprobación de su Congreso, así como un tratado de similar naturaleza con Singapur y Chile, encontrándose por concluir el que se está negociando con Tailandia.

El tema de las pensiones continúa siendo álgido y requiere de una solución que merece un mayor estudio, y en lo que se refiere a la Mesa Redonda, nos encontramos en pleno proceso de aprobación de la Ley General de Trabajo.

En esta oportunidad nuestro Congreso aborda temas igualmente importantes, vinculados a la defensa de los derechos laborales a nivel de los más altos organismos jurisdiccionales como son el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República, a cuyo efecto les dedicamos los dos primeros temas: (i) "La Protección Constitucional de los Derechos Laborales"; y, (ii) "Unificación de la Doctrina Jurisprudencial Laboral y Constitucional".

El tercer tema, que constituye una continuación de lo tratado en el Primer Congreso Nacional, tiene como objetivo estudiar y efectuar propuestas concretas sobre el sistema previsional peruano, específicamente sobre la posibilidad de un modelo complementario o alternativo de pensiones; y, la Mesa Redonda, que guarda conexión con el primer tema del Congreso de Trujillo, se abocará a efectuar un balance del régimen de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa que permita desentrañar las razones por las que la ley dictada para tal efecto no logra los loables objetivos propuestos, de tal modo de identificar los obstáculos y proponer las medidas de solución que podrían ayudar a vencer al flagelo de la informalidad.

El presente libro contiene las ponencias oficiales, las ponencias libres y el texto de la Conferencia de Clausura a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional Dr. Víctor García Toma sobre "Principios del Derecho del Trabajo en la Doctrina del Tribunal Constitucional". Las ponencias oficiales del primer tema sobre "La Protección Constitucional de los Derechos Laborales", han sido elaboradas por

Wilfredo Sanguineti Raymond y Jorge Toyama Miyagusuku; en tanto que las que corresponden al segundo tema "Unificación de la Doctrina Jurisprudencial Laboral y Constitucional", corresponden a Víctor Ferro Delgado y Ricardo Herrera Vásquez. Finalmente las ponencias oficiales sobre el tercer tema "Nuevos Desafíos del Sistema Provisional Peruano: Modelo Complementario o Alternativo de Pensiones", son de la autoría de Alfonso de los Heros Pérez Albela y Javier Neves Mujica.

Resulta verdaderamente halagadora la respuesta a la convocatoria para la presentación de ponencias libres que alcanza un número significativo: treintaiun ponencias, en las que han participado no solamente asociados de nuestra Institución, sino, mayoritariamente, laboralistas del medio.

Para el primer tema se han presentado trece ponencias que van desde enfoques de carácter más general como la Protección Constitucional de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (Juan Carlos Cortés, Shirley Palacios, Carlos Jiménez), La Protección Constitucional de los Derechos Laborales (Daniel Ulloa y Michael Vidal), El Trabajo en la Constitución de 1993 y en el Proyecto de Constitución de 2002 (Ricardo Marcenaro), Constitución y Normas Internacionales del Trabajo (Raúl Saco), La Protección Constitucional de los Derechos Laborales en el marco de una Economía Social de Mercado (Walter Zúñiga Villegas), Mecanismos Colectivos de Defensa de los Derechos Laborales (Javier Espinoza); y, Derechos Laborales Colectivos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Mauro Ugaz); hasta temas más precisos o concretos como La Protección Constitucional del Derecho al Descanso (Cecilia Guzmán Barrón), El Hostigamiento Sexual (Rafael Llanos); y, El Acoso Moral o Mobbing en el Trabajo (Liliana Tsuboyama).

Para el segundo tema se han presentado doce ponencias que versan sobre la Conciliación entre la Jurisprudencia Laboral y Constitucional (Oxal Avalos), Crisis de la Jurisprudencia como Fuente del Derecho del Trabajo (Carlos Cornejo), Evolución de la

Protección Constitucional del Derecho al Trabajo (Javier Dolorier), La Aplicación del Debido Proceso Sustantivo (Luis Arellano), Inconvenientes en la Remisión de los Procesos de Amparo a la Jurisdicción Laboral (Sandro Núñez), Retrocesos de la Jurisprudencia Constitucional en Materia de Homologación de las Remuneraciones de la Docencia Universitaria Pública con los Magistrados del Poder Judicial (Orlando Gonzales), Algunas Particularidades en Relación a los Trabajadores de Confianza (Milko Briones), La Procedencia del Amparo en Defensa de la Estabilidad Laboral de Entrada (Frank Espinoza), Las Jornadas Atípicas (Carlos Calderón, César Puntriano y Pedro G. Morales Corrales); y, El Carácter Remunerativo de los Pagos Recibidos en el Caso de los Despidos Nulos (Mónica Pizarro).

Finalmente para el tercer tema se han presentado cinco ponencias referidas a la Formación del Nuevo Sistema de Pensiones en el Perú (César Abanto), Sistema Privado de Pensiones y Derecho a la Seguridad Social (Alvaro Vidal y Christian Sánchez), La Interpretación Constitucional del Derecho a la Pensión y el Futuro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones (César Gonzales), La Sostenibilidad Financiera en los Regímenes de Pensiones (Fernando García), La Protección Constitucional de los Derechos Laborales y la Protección de la Persona Pensionaria (Jorge Luis Mayor); y, una ponencia libre colectiva sobre Arbitraje Especializado como Vía Idónea Para Resolver Controversias Derivadas del Seguro Complementario del Trabajo de Riesgo (Giuliana Higuchi, Eduardo Hurtado y Francisco Monge)

Tenemos la confianza de que esta obra concitará el interés nacional por su valioso contenido y por constituir un aporte al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Noviembre de 2006

Pedro G. Morales Corrales
Presidente de la SPDTSS

SEGUNDO CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"DERECHOS LABORALES, DERECHOS PENSIONARIOS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL"
Arequipa, Perú
1, 2 y 3 de noviembre de 2006
Reconocido Oficialmente por R.M. N° 316-2006-TR

PROGRAMA

MIERCOLES 1 DE NOVIEMBRE DE 2006

10.00 a.m. - 5.00 p.m.	Registro de participantes Lugar: Colegio de Abogados de Arequipa Calle Jerusalén 313, Cercado
Sesión de Apertura	Sede: Colegio de Abogados de Arequipa.
6.00 p.m. – 6.30 p.m.	**Ceremonia de Inauguración** - Palabras del Presidente del Comité Organizador del Congreso, Dr. César Gonzales Hunt - Palabras de Bienvenida del Decano del Colegio de Abogados de Arequipa. Dr. José Butrón Fuentes - Inauguración a cargo del Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dr. Pedro G. Morales Corrales

6.30 p.m. – 7.15 p.m.	**Conferencia de Apertura** **Dr. Oscar Ermida Uriarte** Universidad de la República (Uruguay) "Derechos Humanos en el Trabajo"
7.30 p.m. – 11.00 p.m.	**Cóctel de Bienvenida** Sede: Monasterio de Santa Catalina Calle Santa Catalina 301

JUEVES 2 DE NOVIEMBRE DE 2006

Sesión de la mañana

9.00 a.m. - 12.30 p.m.	**Primer tema** "La Protección Constitucional de los Derechos Laborales"
	Ponencias oficiales
9.00 a.m. - 9.30 a.m.	**Dr. Wilfredo Sanguineti Raymond** Universidad de Salamanca (España)
9.30 a.m. - 10.00 a.m.	**Dr. Jorge Toyama Miyagusuku** Pontificia Universidad Católica del Perú
10.00 a.m. - 11.00 a.m.	**Ponencias libres** **Directora de Sesión: Dra. Beatriz Alva Hart** Universidad de Lima
11.00 a.m. – 11.15 a.m.	PAUSA CAFÉ

11.15 a.m. - 12. 30 p.m.	**COLOQUIO** **Moderador: Dr. Mario Pasco Cosmópolis** Pontificia Universidad Católica del Perú **Dr. Carlos Blancas Bustamante** Pontificia Universidad Católica del Perú **Dr. Martín Carrillo Calle** Pontificia Universidad Católica del Perú **Dr. César Landa Arroyo** Magistrado del Tribunal Constitucional **Relator: Dr. José Balta Varillas** Pontificia Universidad Católica del Perú

Sesión de la tarde

4.00 p.m. - 7.30 p.m.	**Segundo tema** "Unificación de la Doctrina Jurisprudencial Laboral y Constitucional"
	Ponencias oficiales
4.00 p.m. - 4.30 p.m.	**Dr. Víctor Ferro Delgado** Pontificia Universidad Católica del Perú
4.30 p.m. - 5.00 p.m.	**Dr. Ricardo Herrera Vásquez** Pontificia Universidad Católica del Perú
5.00 p.m. - 6.00 p.m.	**Ponencias libres** **Directora de Sesión: Dra. Luz Pacheco Zerga** Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
6.00 p.m. - 6.15 p.m.	PAUSA CAFE

6:15 p.m a 7.30 p.m

COLOQUIO

Moderador: Dr. Edmundo Villacorta Ramírez
Vocal de la Corte Suprema de la República

Dr. Jorge Danós Ordoñez
Pontificia Universidad Católica del Perú

Dr. Fernando Elías Mantero
Universidad San Martín de Porres

Dr. Hugo Salas Ortiz
Universidad Nacional de San Agustín

Relatora: Dra. Isabel Herrera Gonzales-Pratto
Pontificia Universidad Católica del Perú

VIERNES 3 DE NOVIEMBRE DE 2006

Sesión de la mañana

9.00 a.m. - 12.30 p.m.

Tercer Tema
"Nuevos Desafíos del Sistema Previsional Peruano: Modelo Complementario o Alternativo de Pensiones"

Ponencias Oficiales

9.00 a.m. – 9.30 a.m.

Dr. Alfonso de los Heros Pérez-Albela
Universidad de Lima

9.30 a.m. – 10.00 a.m.

Dr. Javier Neves Mujica
Decano de la Facultad de Derechio
Pontificia Universidad Católica del Perú

10.00 a.m. – 11.00 a.m.

Ponencias libres

Director de sesión: **Dr. Raúl Saco Barrios**
Pontificia Universidad Católica del Perú

11.00 a.m. – 11.15 a.m.

PAUSA CAFE

11.15 a.m. - 12.30 p.m.

COLOQUIO
Moderador: Dr. Orlando Gonzales Nieves
Universidad Nacional de Trujillo

Sr. Favio Durán Valverde
Especialista en Seguridad Social de la Oficina Sub-regional de la OIT para los países andinos

Eco. Pedro Francke Balve
Profesor del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Eco. Eduardo Morón Pastor
Director del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico
Docente del Departamento de Economía Universidad del Pacífico

Relator: Dr. César Abanto Revilla
Universidad Inca Garcilazo de la Vega

Sesión de la tarde

4.00 p.m. – 5.45 p.m.

Mesa Redonda: "Balance del Régimen de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa"

Moderador: Dr. Jaime Zavala Costa
Universidad de Lima

	Eco. Juan Chacaltana Jananpa Investigador del CEDEP
	Eco. Iván Mifflin Bresciani Consultor de la CAN y la Unión Europea en Comercio y PYMES
	Sr. Mario Tueros Arias Especialista Principal en el Desarrollo de Microempresas y Cooperativas de la Oficina Sub Regional de la OIT para los Países Andinos
	Soc. Carmen Vildoso Chirinos Profesora de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú
5.45 p.m. – 6.00 p.m.	**PAUSA CAFE**
	Director de Sesión: Dr. Fernando García Granara Pontificia Universidad Católica del Perú
6.00 p.m. – 6.30 p.m.	**Resumen del Congreso a cargo de los Relatores**
6.30 p.m. - 7.00 p.m.	**Concurso Laboral Universitario** Presentación de ponencias ganadoras y premiación
7.00 p.m. - 7.30 p.m.	**Conferencia de Clausura** **Dr. Víctor García Toma** **Presidente del Tribunal Constitucional** "Principios del Derecho del Trabajo en la Doctrina del Tribunal Constitucional"
7.30 p.m. – 7.45 p.m.	**Clausura**
9.00 p.m.	**Cena (opcional)** Club del Abogado Av. Alfonso Ugarte s/n, Hunter

DISCURSO DE BIENVENIDA

*José Butrón Fuentes**

En primer término, a nombre del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, digno Sucesor de la Academia Lauretana, deseo dar la bienvenida a los asistentes a este magno evento. En segundo término, felicitar la decisión de realizar este II Congreso Nacional, aquí, en una tierra de hospitalidad, de tradiciones jurídicas y revolucionarias, como es nuestra Arequipa. Permítaseme entonces, hacer un enfoque histórico de tal aseveración.

Desde fines del siglo XVIII Arequipa anhelaba contar con una Universidad, como centro de estudios superiores, tal como se lo hizo saber a la Corona española. Su negativa motivó que el Obispo Pedro José Chávez de la Rosa Galván y Amado, con ideas renovadoras, asumiera esa tarea que se concretaría en el Seminario de San Jerónimo, en cuyas aulas se promovería una conciencia liberal y democrática, moderna y racional, forjando grandes personajes que brillaron en su generación.

Bajo el influjo de esas ideas, en las primeras décadas del siglo XIX, destacados hombres de antaño, decidieron organizar una institución marginada de todo signo eclesiástico, pese a su preponderancia de aquellos tiempos. Así constituyeron la Academia Lauretana de Ciencias y Artes, cuyo acto fundacional se realizaría un 10 de diciembre de 1821, hecho que marcaría el desarrollo orgánico de las ideas libertarias en esa parte del país, a tono con las corrientes imperantes. Su primer Presidente fue el Dr. Evaristo Gómez Sánchez, jurista y político de renombre, Diputado y Senador de la República por Arequipa y Vocal de la Corte Suprema.

---

* Decano del Colegio de Abogados de Arequipa.

Su hijo, el Dr. Evaristo Gómez Sánchez y Benavides, fue también Diputado, Senador de la República y Ministro de Estado. Otro joven, el Dr. José Luis Gómez Sánchez., igualmente representó a Arequipa como Diputado, Ministro Plenipotenciario en Bolivia, Presidente de la Corte Superior, Vocal Supremo y Presidente de la Corte Suprema. Un argentino, Carlos A. Forment, en un trabajo sobre "la Sociedad Civil en el Perú del siglo XIX: Democrática o disciplinaria" afirma lo siguiente: "En 1852 cuando la Academia Lauretana, sociedad literaria ubicada en la ciudad sureña de Arequipa, se encontraba en su apogeo, José Tejeda pronunció el que habría de ser más tarde uno de los discursos más polémicos e importantes de ese período, con el título de "La Emancipación de la Industria"; en él se acusaba al Estado de socavar la autonomía social de los artesanos urbanos y los industriales y afirmaba que esas preocupaciones eran eminentemente sociales, no sólo económicas, con raíces profundas en la sociedad civil.

Esas reflexiones reiteran el rol que cumplió la Academia Lauretana de Ciencias y Artes, no sólo por haber formado ilustrísimos juristas, sino por asumir la defensa de los derechos y libertades públicas. Sólo así se explica, el por qué, Arequipa, fue cuna de grandes juristas del siglo XIX, como el Dr. Francisco García Calderón, en cuyo homenaje se instituyó el Día del Abogado, el 02 de Abril, fecha de su natalicio.

Ese raigambre jurídico del siglo XX, podemos igualmente graficarlo en una persona que si bien no nació en estas tierras, es descendiente directo de una familia de notables, como el caso del Dr. Germán Aparicio y Gómez Sánchez, bisnieto del Dr. Evaristo Gómez Sánchez, nieto del Dr. Evaristo Gómez Sánchez y Benavides y sobrino materno del Dr. José Luis Gómez Sánchez, o en palabras del maestro Gustavo Bacacorzo, fue "bisnieto y nieto materno de dos figuras nacionales". Esa tradición jurídica familiar la plasmaría en su aporte al Derecho Laboral, con su obra comentando la Ley de Accidentes de Trabajo, de 1934, y continuada por el Dr. Luis Aparicio Valdez, su hijo.

A ellos se suman otros personajes que expresan la juridicidad arequipeña como el Dr. José Luis Bustamante y Rivero, Presidente Constitucional de la República y Presidente del Tribunal de la Haya, o el Dr. Héctor Cornejo Chávez, figura del Derecho Familiar Peruano, o el tribuno Francisco Mostajo, varias veces Decano del Colegio de Abogados.

Ahora, Arequipa ratifica su condición de capital jurídica, al llevar adelante este II Congreso del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en el que abordaremos temas cruciales de los Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y de la Justicia Constitucional. El Colegio de Abogados de Arequipa se complace por ello, de tener como expositores, a connotados juslaboralistas, nacionales o extranjeros, cuya expresión más cabal la tenemos en la persona del profesor Dr. Oscar Ermida Uriarte.

Y la temática a abordar promete ser alentadora, por que se trata de dar relieve a la actualidad de los Derechos Laborales; avanzar hacia un Sistema Complementario del régimen público con el sistema privado de pensiones y encarar, de manera definitiva, la concordancia de la justicia constitucional y ordinaria en materia laboral, cuyos desencuentros, vienen generando indefensión, afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

TEMA I

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS LABORALES

Ponencias Oficiales
Wilfredo Sanguineti Raymond
Jorge Toyama Miyagusuku

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

"LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993"

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND ***

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

H. SINZHEIMER

Sumario

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

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Catedrático Habilitado. Universidad de Salamanca

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 Cfr. A. PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, estado de derecho y Constitución, Madrid, Ed. Tecnos, 1984, pág. 310..

8 Como apunta E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Ed. Civitas, 1981, pág. 97, "la Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un 'orden de valores' expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas".

9 En palabras de A. MARTÍN VALVERDE, "La Constitución ...", cit., pág. 68.

10 Las expresiones subrayadas pertenecen, nuevamente, a A. MARTÍN VALVERDE, loc. cit.

11 Un ejemplo paradigmático de este examen, dirigido a determinar los caracteres del "modelo constitucional vigente de ordenación jurídica de las relaciones de trabajo", es el realizado por M.-C. PALOMEQUE LÓPEZ, Los derechos laborales en la Constitución española, Madrid, CEC, 1991, págs. 15 y sigs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Éstas se articulan en torno a dos planteamientos fundamentales:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. La resistencia del Derecho del Trabajo a su "desconstitucionalización": un intento de explicación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, una tercera herramienta exegética de la que se ha servido con especial provecho el Tribunal Constitucional está representada por la realización de una lectura de los preceptos de la "Constitución laboral" acorde con el sistema de valores presente en ella. El Tribunal Constitucional ha recurrido en más de una ocasión a esta lectura finalista para desentrañar el alcance de sus mandatos. La clave para ello ha venido representada por la adopción, como criterio guía para la interpretación del sentido de las disposiciones laborales de la Constitución, del principio de respeto de la dignidad de la persona, al que el artículo 1 de la misma atribuye la condición de "fin supremo de la sociedad y del Estado". Y cuya vigencia en el ámbito de las relaciones de trabajo se encuentra expresamente garantizada por el artículo 23. De esta consagración de la dignidad de la persona, como "valor último" o "principio rector supremo del ordenamiento jurídico", se desprende la necesidad de llevar a cabo una interpretación de los preceptos constitucionales que garantice que la consideración que merecen las personas no se vea afectada en ningún tipo de situación por la que las mismas puedan atravesar. Y también la imposibilidad de que cualquier derecho pueda ser ejercido "conculcando la dignidad esencial de otro ser humano"[53]. Unas recomendaciones que resultan especialmente relevantes en un ámbito tan "sensible" a la afectación de dicho atributo como es el de la relación laboral, dada la asimetría de poderes que lo caracteriza. Al reconocer una especial relevancia a este principio, el Tribunal Constitucional no ha hecho, así, más que corroborar una constatación elemental: los supuestos más relevantes y clamorosos de vulneración de la dignidad de la persona se presentan en el ámbito de "los llamados derechos sociales o socio-económicos, cuya conculcación sistemática, más por los particulares que por los poderes públicos, revela altísimos niveles de

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

insolidaridad social ante los que los poderes públicos no pueden permanecer impasibles"[54].

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

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

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

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

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

54 Nuevamente, F. FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., pág. 231.
55 Por decirlo con palabras de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., págs. 12-13.
56 Sobre este debate, vid. especialmente las opiniones de los autores citados en supra nota 20.
57 Exp. Núm. 628-2001-AA/TC. Caso Elba Graciela Rojas Huamán contra Telefónica del Perú.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

colectivos consagrados por el artículo 28 de la Constitución, tenga vigencia efectiva en nuestras relaciones laborales [66].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Derecho", de la que viene dando cuenta el Tribunal Constitucional en algunos de sus últimos pronunciamientos [70].

2. El fomento de la negociación colectiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a la vista incluso a partir de la simple lectura de las estipulaciones contenidas en los contratos de tal naturaleza [94].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

125 Nuevamente, F. FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., págs. 216-217.
126 Una vez más, F. FERNÁNDEZ SEGADO, op. cit., pág. 233.

razonable" [127]. "La jornada laboral de doce horas diarias seguidas", sobre la cual pivota el sistema de trabajo cuestionado, debe ser considerada, en consecuencia, "incompatible con los derechos mencionados".

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

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

4. La reformulación de la noción de despido arbitrario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

148 J. C. CORTÉS CARCELÉN y M. PIZARRO DÍAZ, "El derecho a no ser despedido sin causa y el derecho a no ser despedido sin causa justa", Diálogo con la Jurisprudencia, 2002, núm. 49, pág. 92.
149 J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "La inconstitucionalidad de los despidos ...", cit., pág. 39.
150 Nuevamente, J. TOYAMA MIYAGUSUKU, loc. cit.

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

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

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

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

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

153 Cfr. supra nota 138.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU**

Sumario

I. El trabajo en la evolución constitucional. 1.1Constituciones 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 internacionales[1].

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 industria[2].

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 CUEVA[3], 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 FUENTES[4] 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 trabajo[5].

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 trabajo[6].

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 laboral[7].

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 constitucionales[8].

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 sierra[9].

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 siguiente[10]: "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 tenerla[11]. 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 sindicalización[13]–; 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 trabajadores[14].

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 constitucional[15].

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 SIDTSS. 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 TUDELA[16], 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 Derecho[17].

Desde el punto de vista netamente laboral, podríamos señalar, siguiendo a RUBIO CORREA, que, con una nueva Constitución[18], 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 avance[20]; 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 resaltar[21]. 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 NEVES[22], un "pluralismo orgánico atenuado". Además, el artículo 51 se refería a la libertad sindical: comprendía tanto la libertad sindical negativa como la positiva[23], 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 JORDANO[24], 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 contextos[25], 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 BERLIN[26], 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, respectivamente[27].

Ahora bien, la libertad colectiva y la libertad individual se definen, como apunta BOBBIO[28], 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. Paidos. 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 Ibíd., 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 sistema[29]. 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 social[30].

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 FREIXES[31], 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 Ibíd., 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 acápites 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 predican 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 éste[33].

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 aplicación[34].

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 sinfín 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 laboralistas 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 fundamentales[36]. 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 insuperable[38]. 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 legales[39].

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 200[40]), 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 inmediata[41]. 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 tercero[42].

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 particulares[43].

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 LUÑO[44], 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 inválidos[46]. 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 Estado[47], 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

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 OTTO Y PARDO, Ignacio. Ob. Cit., pp. 25 y ss.

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°. 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 jurídica[49]. 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 jurídico[50], 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.

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 esencial[52]:

> "(...) 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

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.

> 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.

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 delinearse 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-BARBA[57], 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 otro[59]. Se trata, en suma, de buscar un equilibrio entre los derechos y valores en juego[60], para encontrar cuál es el derecho fundamental que, en el caso concreto, se configura sin que pueda apreciarse un derecho aplicable y otro no aplicable[61].

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 rango[62]". 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 supuestos[63]. 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.° del Decreto Legislativo N.° 276 y el artículo 138.° 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 armónicamente[64], de tal manera que se considera a la Constitución como una unidad que impide un desplazamiento de un derecho fundamental sobre otro[65].

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 juego[67] 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 restricción[68]. Para otros, más bien, se debe aludir a la proporcionalidad, adecuación e indispensabilidad[69]: 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 fundamentales[71] 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 instituciones[72]. Inclusive, para otros, la división no debería producirse pues denota una discriminación que no puede admitirse a nivel de derechos fundamentales[73].

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 española[75], 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 democrática[76].

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. Paidos. 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 intimidad 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 éstas[77]. 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 VALVERDE[78], 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 laboralistas 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 privatos 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.° 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 SANGUINETI[79], 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 precedentemente[81].

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 (bastarán 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 Medina[84] 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 empleador[85]. 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 persona[86] 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 SOTELO, 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 cambio[88] 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 religiosa[89] 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 constitucional[92]. Esta situación conduciría, de acuerdo a lo señalado por algunos constitucionalistas, a la configuración de un Estado liberal; en efecto, RUBIO[93] 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 siguiente[96]:

> "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 trabajadores[99], 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 trabajo[100] 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".

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

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

encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22 y 23 de la Constitución[102] 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 vital[105].

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.

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 patrimonial[106] 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 entregados[107]. De otro lado, no se considera remuneración aquellos conceptos que se encuentren excluidos legalmente o que, por definición, no ingrese 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 Latina[108].

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 servicios[110], 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 técnico jurídica del Derecho del Trabajo. Civitas. Madrid, 1996, pp. 13 y ss.

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

duda sobre los alcances de un concepto que percibe el trabajador, debería privilegiarse por el carácter remunerativo de la misma[111]. 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 –heterónomo- 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 ocultas 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 Correa[112] 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 colectiva[118]. 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 legales[119].

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

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.

> 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.° 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. 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

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/TC[120]. 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 resolutiva, 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 duración[121].

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.° de la Constitución (Exp. N.° 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 jornada 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.	• 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 diutna- • Si se ha pactado mediante convenio colectivo que la jornada no puede exceder de 8 horas. De no estar presentes estas condiciones, la jornada no puede superar las 8 horas diarias
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 inválido 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 sindical[122], 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 sindical[123]. 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 homus faver –homus 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 trabajo[125]. 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 precedente-[126]. 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, tornando 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.° del artículo 28.° 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 reinvindicatorio.
> 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 proscribe, 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 Constitución[131]. Sin embargo, hay algunos cambios importantes como veremos a continuación[132].

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 circunstancias[133]. En el plano específico del Derecho Laboral, el numeral 1 del artículo 26 de la Constitución prevé el principio de igualdad de trato[134] 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 renuncia[135]. 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 imperativa[136].

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 encontrarnos 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 abordado[138].

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 presunta[139]. 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 derecho[140].

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 Constitución[141]-. 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 colectivo[142].

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 beneficiosa[143], 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 laboral[144].

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 insuficiencia[145].

Al respecto, una crítica importante es la fórmula empleada: indica la Constitución que solamente cuando existe una duda insalvable, puede acudirse al principio de favorabilidad. Como se ha dicho[146], 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 trabajo[147]. 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, entiéndase 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 trabajo[148].

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 resolutiva 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 NEVES[151], 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 hacérsele- 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 indemnización[153]. 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 despido[154], pero también hay otros –que, entendemos, es la posición que habría ido consolidándose- que la apoyan y la consideran como válida dentro del esquema normativo[155], 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 legal[157].

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 incausado[159].

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 trabajo[162].

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 despido[163]; 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 derecho[165]. 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 materia[166]. 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 inconstitucionalidad[167] 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 jueces[168]. 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 inconstitucionalidad[169]. 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 SAGUÉS[172]:

> "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 ABAD YUPANQUI, 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 BELAUNDE[173]. En ese entonces, las vías ordinarias no brindaban los mecanismos adecuados e idóneos para tutelar la vulneración de derechos constitucionales[174]. 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.° 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 ordinarios[175]. Justamente, esta propia configuración importa que los procesos constitucionales actúen ante la

173 GARCÍA BELAÚNDE, 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 os 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 convertidos[176], 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.° 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 5°, 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 1° 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 respectiva[177]. 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 consumar" (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.° 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 27° 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 1° de la Ley N.° 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 amparo[178], 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 Constitución[179] 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.° 26636, prevé en su artículo 4.° 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.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.° 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 y18), 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 Tratados 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 amparo[181]. Este mismo razonamiento se debió aplicar para el despido incausado y no reservar esta posibilidad solamente a los despidos con expresión de causa y sustentados[182].

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 parte 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 probatoria[186].

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-TR[187]), 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 continuación desarrollado lo siguiente:

> "(...) la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.°, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.° 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.° del Convenio N.° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.° del Convenio N.° 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 lo 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 nulos[189] 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 TC[190], 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 diferenciado[191]. 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 reacción, esto es, aquellos casos donde el empleador despide 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.° 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 docentes[192]. 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 laboral[193]. 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 indubitablemente 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 causa[194]. Esta clasificación (incausado/fraudulento), finalmente, es

193 Sobre este tema, el TC ha indicado: "De conformidad con los artículos 16°, inciso f), y 21°, 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 venido 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 positivas[195]. 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 servicios[196] o indicaba que en reemplazo de las remuneraciones devengadas se podía reclamar una indemnización en la vía ordinaria[197]; en otras ocasiones, no otorgaba tales remuneraciones devengadas y no indicaba las razones por las cuales no concedía el pago de tales remuneraciones devengadas[198]. Empero, hay que advertir que, inicialmente, el TC declaraba fundada una acción de amparo que suponía un reintegro de remuneraciones a determinados trabajadores[199]. 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 empleador[201], 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 servicios[202].

Además, como el efecto de la acción de amparo es declarar que el acto inconstitucional es nulo y carece de eficacia jurídica[203], 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 ordinaria[204]. Por otro lado, RIVAS[205] 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 empleador[206].

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

GORELLI[207], 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 jurídico[208]. 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 TC[209]- 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 accionante[210].

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 contencioso 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 cuadro[211]:

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 laboral[212].

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. Paidos. 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 OTTO Y 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 Blach. 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 técnico 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. Paidos. 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, Maria 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.

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

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

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

Este instrumento internacional ha tenido como objetivos los siguientes:

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

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

aplicación y porque además su vigencia genera también la aplicación de otros derechos. Por el contrario, la priorización hecha tiene como efecto focalizar que estos derechos relacionados intrínsecamente con la dignidad humana exijan un mayor nivel de compromiso por parte de los Estados. Al respecto se ha señalado que "No obstante en la economía mundial, esos derechos fundamentales deberán considerarse como una parte indisociable de cualquier conjunto de condiciones mínimas"[2] Además estratégicamente en el tiempo, genera una metodología que beneficia a otros derechos fundamentales. En el mismo sentido se ha señalado que se ha constatado "que la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales es un eje determinante para la discusión y desarrollo de las relaciones laborales y la protección del trabajo a nivel nacional, ya que además de su valor intrínseco refuerza y completa los compromisos adquiridos por los países con la previa ratificación de los Convenios fundamentales. La discusión de políticas públicas sobre esta materia pasa necesariamente por considerar la aplicación de la Declaración y de los Convenios de la OIT que la complementan"[3].
- Los principios y derechos fundamentales conjuntamente con el tema del trabajo decente, revitaliza el rol de la OIT, en momentos precisos en los cuáles sectores de la población olvidan aspectos importantes de convivencia deslumbrados o enceguecidos por las ventajas de la globalización. Compartimos la opinión que señala que "Los defensores de la globalización están en lo cierto cuando dicen que tiene el potencial de mejorar la calidad de vida de todos. Pero no fue lo que hizo. Las cuestiones planteadas por los trabajadores franceses jóvenes, que se preguntan cómo hará la globalización para mejorar sus vidas si implica aceptar salarios más bajos y una menor protección laboral, ya no puede ignorarse. Tampoco puede responder a esos interrogantes con la esperanza nostálgica de que todos algún día se beneficiarán"[4]. Recordar, destacar y afirmas estos temas resulta de vital importancia en el contexto descrito. Además, la OIT, por su carácter tripartito y su especialidad, juega un rol de contrapeso y aporta en la reflexión sobre el futuro.
- Se pone en la vitrina estos derechos, realidades que son totalmente sensibles porque, por un lado, reflejan las miserias de nuestras sociedades (niños y

2 (Informe del Director General sobre la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización. "Por una globalización justa. El papel de la OIT. OIT. 2004, pg. 34.
3 OIT. Estrategia para promover la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT. OIT, Lima, 2005. pg. 16
4 Stiglitz, Joseph. Qué hacer para que la globalización funcione. En Caretas. Setiembre 14, 2006. pg. 48.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2 Reconocimiento de los principios y derechos en instrumentos internacionales

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

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

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

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

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

"Artículo 2: Compromisos compartidos

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

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

2.3 Desarrollo legislativo de los principios y derechos fundamentales

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

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

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

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

III. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

3.1. Determinación del contenido de la libertad sindical

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

El contenido que el Tribunal ha señalado es el siguiente:

Aspectos de la libertad sindical.

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

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

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

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

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

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

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

Representación de las organizaciones sindicales.

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

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

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

- Dimensión plural: Autonomía y personalidad jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Contenido del principio de no discriminación

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

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

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

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

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

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

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

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

promociones o ascensos, el otorgamiento de beneficios, etc.

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

MECANISMOS COLECTIVOS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

*JAVIER ESPINOZA ESCOBAR**

"La conversión total del trabajo en cosa sólo se produce históricamente en las situaciones en que se trata al hombre como si fuera una bestia (...)"
SUPIOT, Alain, Crítica del Derecho del Trabajo, p. 63

Sumario

I. Introducción. II. Constitución, derechos fundamentales y relación laboral. 2.1. La dignidad del trabajador como principio normativo constitucional. 2.2.Las peculiaridades de la relación laboral y su (necesaria) regulación por la norma constitucional. III. El derecho colectivo de trabajo: mecanismo natural de defensa de los derechos individuales. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN

El paso de considerar el trabajo como una cosa negociable sometida a las reglas del mercado a considerarlo como un elemento de la persona que no puede tratarse como mercancía, ha marcado la aparición, desarrollo y consolidación del Derecho del Trabajo.

"La historia del derecho del trabajo ha sido la de un redescubrimiento progresivo de la dimensión personal de este bien, lo que conduce a situar en un primer plano, no ya al trabajo como un bien, sino al trabajador como sujeto de derecho."[1]

---

* *Javier Espinoza Escobar. Abogado por la Universidad de Piura. Profesor de Derecho Laboral I y Derecho Laboral II Escuela de Derecho Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Chiclayo.*

1 SUPIOT, Alain, Crítica del derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 64.

Sin embargo, la intervención estatal del estado en la regulación y protección de la persona del trabajador (consecuencia jurídica originada por la actividad sindical) y la constitucionalización de los derechos laborales no han bastado para el logro de una eficaz protección del trabajador, "la práctica parece querer empeñarse en acreditar todo lo contrario, esto es, una creciente despersonalización o deshumanización de las relaciones de trabajo."[2] La flexibilización laboral, las nuevas formas de trabajo producto de los cambios tecnológicos, las razones económicas referidas a la productividad y el afán de competitividad como lógica consecuencia de la globalización sumadas a la falta de conciencia del sindicalismo del rol que debe desempeñar frente a estas nuevas situaciones, constituyen el punto de origen de la cuestión social post – moderna.

A través de las siguientes líneas reafirmaremos la existencia y trascendencia del derecho del trabajo como pilar fundamental de la protección de la dignidad del trabajador pero también nos referiremos a la intrínseca relación de dicha disciplina jurídica con la constitución política, cuya eficacia normativa se extiende de un modo directo a las relaciones laborales. Asimismo teniendo en cuenta la realidad peruana, destacaremos la función que la organización sindical debe cumplir de tal forma que sea (vuelva a ser) la principal protagonista en la defensa de los derechos laborales.

II. CONSTITUCION, DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACION LABORAL

2.1 La dignidad del trabajador como principio normativo constitucional

Si el trabajo humano es un factor esencial del orden social era una cuestión de tiempo que aquellas exigencias derivadas de la relación de trabajo se incorporaran a la Constitución, instrumento jurídico que se ocupa de fijar las normas mínimas y los principios básicos de la ordenación jurídica del trabajo.

Más aún, el Derecho del Trabajo alcanza su definitiva consolidación cuando las principales exigencias y reclamos sociales alcanzan consagración constitucional, esto es cuando los derechos y deberes laborales básicos acceden a la parte dogmática de las constituciones reconociéndose su capital importancia para el orden político.[3]

2 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de globalización" en Temas actuales de Derecho Laboral (obra colectiva), Normas Legales, Trujillo, 2005 p. 266.

3 MONTOYA MELGAR, Derecho del trabajo, vigésimo quinta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p.85

A nivel nacional, la consolidación del derecho del Trabajo se produce a raíz de la introducción de algunos derechos laborales (en su gran mayoría de configuración legal) en la constitución de 1920, los cuales se reiteran o complementan con la Constitución de 1933, se incrementan (aunque líricamente), sistematizan y detallan con la Constitución de 1979 y se flexibilizan con la Constitución de 1993.

Es de esta forma que las reivindicaciones socio - laborales históricas pasan a formar parte del contenido de las constituciones políticas generando los denominados derechos laborales específicos, que son aquellos derechos propios y exclusivos de la persona en tanto ser que trabaja y que han sido recogidas por la norma fundamental del estado; estos derechos específicos tienen a su vez una doble expresión, por un lado, los derechos individuales, tales como el derecho a una remuneración equitativa y suficiente y a la remuneración mínima (art. 24°), la limitación de la jornada de trabajo y el derecho al descanso semanal y anual remunerado (art. 25°), el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario (art. 27°) y el derecho a la participación en las utilidades de la empresa y a otras formas de participación que promueva el estado (art. 29°); y por otro, los derechos colectivos, referidos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo y el derecho de huelga (art. 28°).

Sin embargo, el reconocimiento de unos derechos específicos para el trabajador no significa que se eliminen, se restrinjan o se limiten los derechos fundamentales reconocidos a favor de la persona. La doctrina y la jurisprudencia han denominado a estos derechos (cuya naturaleza es la de constituir derechos fundamentales): derechos inespecíficos laborales cuya importancia es tal que de su ejercicio depende que el trabajador disfrute realmente de sus derechos de naturaleza laboral.

La creación doctrinal y jurisprudencial de la categoría de los derechos laborales inespecíficos (al igual que la de los específicos) tiene un sustento normativo, real y concreto en la ***dignidad humana***[4], el cual es reconocido por la propia Constitución Política. En efecto, el artículo 1° de la constitución Política establece como principio rector de todo el ordenamiento jurídico, y por tanto, como norma de ineludibe

4 "La dignidad humana no es un valor, sino el fundamento incondicionado e incondicionable de los valores y de los derechos del ordenamiento jurídico, que remite a su vez a un fundamento trascendente. Por eso, el núcleo inviolable de la dignidad humana es de perenne actualidad, aun cuando existan elementos accidentales a ese deber de respeto, que responden a la cultura de una sociedad determinada. De allí que la dignidad humana sea un principio del ordenamiento y que el respeto que le es debido, cumpla una triple función hermenéutica, a fin de integrar posibles lagunas, determinar la norma de conducta legítima y delimitar el contenido de los derechos." Cfr. PACHECO ZERGA, Luz, La dignidad humana en el Derecho del Trabajo (Tesis doctoral), Pamplona, 2006, p. 427

cumplimiento por parte del estado y de la sociedad en su conjunto: *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del estado"*. Más adelante, el artículo 44° de la acotada norma reafirma el deber del estado de *"garantizar la plena vigencia de los derechos humanos."*

Este deber que, en principio, va dirigido al estado, se extiende también a los particulares cuando, a través del artículo 38° de la Constitución política se establece que *"Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)"*. Con dicho precepto constitucional se extiende el ámbito subjetivo de vinculación de las normas constitucionales. No sólo el estado sino cada ciudadano en sus relaciones con otros ciudadanos deben respetar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales que la constitución reconoce a todas las personas.

Más aún, este deber se concretiza para las relaciones particulares surgidas de la relación laboral. Así, el artículo 23°, tercer párrafo de la suprema norma establece que *"(...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)"*

Frente al deber del estado y de los particulares, de respetar la efectiva vigencia de los derechos como expresión de la dignidad de la persona surge el derecho de la persona del trabajador a exigir una efectiva y real vigencia del respeto pleno a los derechos fundamentales de los que es titular y que se convierten "en verdaderos derechos laborales" por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer."[5]

Detrás de esta opción constitucional entra en juego la eficacia de los derechos fundamentales, de tal forma que se pasa de concebir a los derechos como límites al poder político a considerar el llamado efecto inter privatos de los derechos fundamentales que a su vez es expresión de la vinculación de cada ciudadano al legítimo orden jurídico de un estado.

Este criterio es resaltado por el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento N° 06 de la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC (11.07.2001) cuando establece *"(...) que la fuerza normativa de la constitución, su fuerza pasiva y activa así como su fuerza regulatoria de las relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares (...)"*[6]

5 PALOMEQUE LOPEZ, Manuel, Los derechos laborales en la constitución española. citado por ARCE ORTIZ, Elmer, La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, segunda edición, ARA editores, Lima, 2006, p. 72

6 En el mismo sentido, en la sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC (13.03.2003) en el proceso seguido entre Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, el Tribunal Constitucional ha reafirmado en sus fundamentos cinco al nueve, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, ello significa que los derechos fundamentales son valores supremos "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.".

Es de esta forma que la constitución política penetra y regula de un modo directo la relación de trabajo desde su fase constitutiva (p.e. prohibición de discriminación en la oferta de empleo), en su fase de desarrollo (p.e. límite al poder de dirección del empleador) y en su momento extintivo (p.e. nulidad de los despidos con vulneración de un derecho fundamental).

2.2 Las peculiaridades de la relación laboral y su (necesaria) regulación por la norma constitucional

La exigencia de una directa y efectiva regulación constitucional del trabajo humano se ve condicionada por las peculiaridades propias de la relación laboral.

El carácter sui generis del contrato de trabajo permite diferenciarlo de la naturaleza meramente patrimonial de los contratos regulados por el Código Civil. Como afirma PACHECO ZERGA- el contrato de trabajo, o mejor, la relación laboral involucra una prestación personal de servicios, remunerados y subordinados. Es sui generis –afirma- porque el trabajo es una actividad que lleva en sí misma un signo particular del hombre, más aún, *"fluye inseparablemente de la persona"* por eso puede afirmarse que *"el trabajo es una de las características que distingue al hombre del resto de las criaturas (...). Es por esta razón que el Estado interviene en la regulación de este contrato: es su deber salvaguardar la dignidad y la libertad de quien lo presta.*[7]

En el mismo sentido, el Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 008-2005-PI/TC (12.08.2005) ha establecido, en su fundamento N° 18 que:

"El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación. (...)

"Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo."

Más allá incluso de la consideración de que el trabajo deba ser prestado por una persona específica (un trabajador determinado), sin asistirse por

7 PACHECO ZERGA, Luz, "La subordinación como elemento tipificante del contrato de trabajo" en Primeras Jornadas de Derecho de la Empresa, Universidad de Piura, Piura, 1996, p. 4.

dependientes a su cargo, ni transferirla en todo o en parte a un tercero[8]; la trascendencia del carácter sui generis de la prestación objeto de la relación laboral es evidente puesto que "la persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador. El cuerpo es el lugar, el pasaje obligado de la realización de las obligaciones del trabajador; es la cosa misma que forma la materia del contrato."[9] Es la persona misma con sus atributos, facultades, derechos, y habilidades, en fin, con su dignidad toda quien se somete a la voluntad del empleador.

Relacionado con lo anterior, la impronta personal de la relación laboral se manifiesta en uno de los elementos esenciales de la relación laboral: la subordinación. La subordinación puede ser entendida como un "estado jurídico" de origen contractual, del cual deriva "un haz de relaciones jurídicas", que se resume en "el derecho de quien está investido del poder de imponer su voluntad y en la obligación de quien es sujeto pasivo de aceptar y secundar esa voluntad adecuando a la misma su conducta."[10] Se trata por un lado de una relación jurídica de sujeción del trabajador y por el otro de un poder de dirección del empleador.

El poder de dirección del empleador encuentra sustento natural en tanto exclusivo propietario de los medios de producción11, este poder forma a su vez parte del contenido del derecho constitucional a la libertad de empresa contemplada en el artículo 59° de la constitución de 1993. Puede ser definido siguiendo a Luque Parra como "un poder derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva."[12]

De esta forma el poder de dirección permite al empresario reglamentar, adecuar, modificar, complementar, y en general, "dirigir" las relaciones de trabajo. En nuestro ordenamiento jurídico los atributos del poder de dirección están recogidos en el artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Cabe precisar que este poder de dirección tiene como límites la razonabilidad y el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en concordancia con lo establecido en el artículo 23°, segundo párrafo de la Constitución Política del Perú.

8 NEVES MUJICA, Javier, Introducción al derecho del trabajo, segunda edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 30

9 SUPIOT, Alaín, p. Op. Cit., p. 80

10 SANGUINETTI RAYMOND, Segundo, Contrato de trabajo y nuevas sistemas productivos, primera edición, ARA editores, Lima, 1997, p.32

11 GOMEZ VALDEZ, Francisco, La empresa y el empleador, primera edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 240

12 LUQUE PARRA, Manuel, "Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Bosch, Barcelona, 1999, p. 30.

Siendo así como se estructuran las relaciones laborales se hace necesario que se establezcan mecanismos jurídicos que permitan que el sometimiento al poder de dirección del empleador no se convierta (por parte de éste) en un ejercicio abusivo del derecho ya que es justamente en el ejercicio del poder de dirección que los derechos fundamentales del trabajador corren el mayor peligro.

La labor administrativa y jurisdiccional de protección de los derechos de los trabajadores desarrollada a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, con sus altibajos, constituyen los actuales mecanismos de protección de los derechos laborales sea anteriores a la realización de un acto vulneratorio (principalmente, la Autoridad Administrativa de Trabajo) sea mediante el control posterior (jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional).

Conviene pues referirnos a la existencia de otros mecanismos que permitan una eficaz protección de los derechos laborales.

III. EL DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO: MECANISMO NATURAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES

Como es conocido, en el origen mismo del Derecho del Trabajo confluyeron el plano individual y la acción colectiva entendida como la actividad de los sindicatos en la defensa de los intereses profesionales.

Desde aquel momento "la realización del trabajador, en su plano individual, sólo es posible a través de lo colectivo, en tanto que por ese conducto se restituyen las libertades que en plano individual resultan sacrificadas por virtud del asimétrico poder de negociación que exhiben los sujetos en la relación laboral individual".[13]

La reacción sindical frente a los abusos cometidos por el empleador generó la intervención del estado quien por la presión generada por dichos grupos se vio obligado a dictar leyes que buscasen paliar la cuestión social. Sin embargo, ello significó también que se restringiera el ámbito de acción de las organizaciones sindicales y la autonomía colectiva[14] que les es originaria.

13 CARBALLO, César A. "Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social" en V congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Op. Cit., p. 402

14 La autonomía colectiva ha sido definida por la doctrina como "el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes) está compuesta principalmente por tres componentes: 1) institucional, que comprende la autoorganización del grupo y la autorregulación de su esfera de actuación interna; 2) normativo, como potestad de producir normas autónomamente dirigidas a regular las relaciones laborales, y 3) de autotutela, que importa la potestad de recurrir a medios de presión propios para que los intereses defendidos sean atendidos. Cfr. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, "El principio de autonomía colectiva" en Los principios del derecho del trabajo en el Derecho peruano, Sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social, Lima, 2004, p. 48

Dicha restricción ha originado un descenso en el nivel de la sindicalización[15] así como una actuación sindical ineficaz e incluso mal vista por la sociedad, que tiene como causas: la flexibilización en las normas o en el proceso productivo y las formas de contratación, el desempleo, la informalidad, la reorganización de la estructura productiva en pequeñas y micro empresas donde se hace difícil la organización sindical, la reducción del empleo público, y recientemente, la integración comercial; en fin, el propio descrédito de la agrupación sindical generado por su poca preparación para una efectiva defensa de los intereses profesionales, su marcada orientación política, el uso de la violencia en sus reivindicaciones así como por sus exigencias sin sustento jurídico o económico alguno.

Aun con este panorama desolador, es necesario relevar la importancia de lo colectivo para la protección eficaz de lo individual (y, dentro de ello, los derechos fundamentales) en la medida que ha sido el derecho colectivo lo que "ha permitido salir de los impasses de la sumisión voluntaria, y definir un derecho en que puedan convivir la subordinación y la libertad."[16] Además es una exigencia propia de los sindicatos "la defensa de los intereses existenciales de los trabajadores en todos los sectores, en que entran en juego sus derechos"[17]; en esa medida, continúan siendo un elemento indispensable de la vida social.

En ese sentido, y dados los nuevos problemas que se presentan para el derecho laboral postulamos que sea el sindicato, quien volviendo su vista hacia sus orígenes -pero con una visión moderna-, tome conciencia de la labor que le toca desempeñar en la mejora de las condiciones socio económicas de sus miembros, ya no para la consagración y regulación -en el ordenamiento jurídico- de aquellas exigencias propias de la dignidad de la persona del trabajador sino más bien para la tutela del respeto efectivo de los derechos fundamentales de los trabajadores, con prescindencia de su carácter de específicos o inespecíficos.

En esta tarea, deberá el sindicato replantear una de las funciones establecidas por la Ley: la de promover el mejoramiento cultural, la educación general, técnica y gremial de sus miembros[18]. En efecto, la función de los sindicatos no puede reducirse única y exclusivamente a la representativa[19] y a la negocial[20] sino que

15 VEGA RUIZ, María Luz, La Reforma Laboral en América Latina. Un análisis comparado, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2001, p. 38.
16 SUPIOT, Alain, Op. Cit., p. 148
17 JUAN PABLO II, Laborem excersens, &20
18 Cfr. D.S. 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Ley 25593. Art. 8, literal e).
19 Cfr. D.S. 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Ley 25593. Art. 8, literal a) y c).
20 Cfr. D.S. 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Ley 25593. Art. 8, literal b).

también en la de la promoción del mejoramiento de sus miembros jugará un rol importante la educación o formación, además de asuntos profesionales o técnicos, en temas relacionados con los derechos fundamentales del trabajador, de tal forma que contribuya a la concientización de los trabajadores en la férrea defensa de los derechos que le son inherentes por su dignidad y por tanto permita lograr que"el trabajador pueda no sólo «tener» más, sino ante todo «ser» más: es decir pueda realizar más plenamente su humanidad en todos los aspectos."[21]

Por otro lado, la Constitución Política peruana en su art. 28° reconoce el derecho de negociación colectiva[22], cautela su ejercicio democrático, fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales; asimismo reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Con la consagración constitucional de la negociación colectiva como expresión del aspecto funcional de la libertad sindical, se dota a los trabajadores organizados de un mecanismo normativo de importancia en la regulación de las relaciones laborales. ¿Puede el sindicato a través de la negociación colectiva establecer normas referidas a la protección de derechos laborales? La respuesta es obvia, al fijar las condiciones de trabajo y empleo, y regular las relaciones de trabajo, en general[23], ambas partes, a través de la autonomía colectiva, establecen normas de obligado cumplimiento cuyo contenido debe respetar (y mejorar) el mínimo de derechos específicos laborales establecidos en la normatividad internacional así como en la constitución y demás normas internas.

Pero la negociación colectiva no sólo debe reducirse al mejoramiento económico de los trabajadores sino que, debe buscar también limitar el poder de dirección del empleador, sobretodo, en aquellos aspectos en los cuales a través del ejercicio del mismo pueda vulnerarse un derecho fundamental del trabajador (la doctrina menciona, por ejemplo, la limitación del tiempo de trabajo o de las modalidades de contratación) sin que ello implique una renuncia del empleador

21 JUAN PABLO II, Laborem Excersens, & 20.
22 La negociación colectiva constituye el proceso más adecuado para estructurar una verdadera red de reglas privadas y, revisadas y perfeccionadas con cada ejercicio de la autonomía colectiva, siempre teniendo como objetivo reducir la brecha, el espacio faltante entre el trabajo y el capital, distancia que la mera intervención legislativa nunca se mostró capaz de corregir. Cfr. TEIXEIRA FILHO, Jõao de Lima, Relaciones entre el derecho individual, el derecho colectivo y la seguridad social en Op. Cit. P. 418-419
23 Cfr. Art. 2 del Convenio 154 de la OIT que define a la negociación colectiva como"Todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores, o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez":

a su poder directivo emanado del derecho de libertad de empresa regulado en la constitución.

"De las tres grandes facultades conformadoras del poder de dirección, la de decidir ejecutivamente, la de dictar órdenes e instrucciones y la de control y vigilancia, es la primera de ellas, la referida a las condiciones de organización del trabajo o la participación de trabajadores en la toma decisiones o, en aspectos como el despido colectivo, la exigencia de respetar un procedimiento concreto, con, entre otras, una fase de período de consultas previa a la ejecución de la decisión empresarial; la que puede ser limitada a través de la negociación colectiva[24]. Es en este sentido que, a través de la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales, lograda a través de la negociación colectiva, se garantiza la plena vigencia de sus derechos frente a decisiones arbitrarias y vulneratorias del empleador, a través de un control previo de la razonabilidad de la decisión y de su adecuación a las "necesidades del centro de trabajo."[25]

Asimismo, garantizará la plena vigencia de los derechos fundamentales, la capacidad de los sindicato para afrontar -debidamente preparados y teniendo en cuenta las limitaciones que impone la situación económica general del país- la defensa de los derechos de sus agremiados, sin que ese cometido los convierta o los desvíe de su finalidad principal y los someta más bien (y nuevamente) a intereses de aquellos que luchan por el poder político.

También garantizará la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, el ejercicio regular del derecho de huelga, mecanismo que, para ser efectivo y cumplir su cometido sin que sea declarado ilegal, debe ser ejercido con respeto irrestricto de los bienes y derechos del empleador y de terceros, en tanto que, el mandato constitucional del art. 38° obliga también a los sindicatos a un cumplimiento estricto de la constitución así como a un respeto de los derechos fundamentales de los demás (libertad, integridad física, propiedad, etc.). Mientras los sindicatos no tomen conciencia de este deber, sus exigencias reivindicativas (y por tanto configuradoras de verdaderos derechos) carecerán de eficacia, generándose como consecuencia que el estado busque establecer mecanismos para limitar (aún más) el ejercicio de este derecho.

Por último, en materia procesal, es necesario reafirmar la legitimidad para obrar de los sindicatos cuando se trate de conflictos de naturaleza colectiva (Cfr. Art. 8 literal a) del D. S. 010-2003-TR así como en conflictos de naturaleza

24 QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, Los acuerdos de empresa, naturaleza, función y contenido, Civitas, Madrid, 2002, p. 44-45

25 Cfr. Art. 9, segundo párrafo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

individual (Cfr. Art. 8 literal c) del D.S. 010-2003), siempre que el trabajador confiera su representación al sindicato. En ese sentido, proponemos que cuando se trate de conflictos individuales cuya trascendencia sea constitucional, los sindicatos tengan legitimidad activa sin necesidad de requisitos y formalidades que demoren la adecuada protección de los derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIONES

1. La dignidad humana, como principio y norma informadora del ordenamiento jurídico constituye el fundamento último de los derechos laborales específicos e inespecíficos.
2. El mandato constitucional referido a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad obliga por igual al poder público como a los particulares. La obligación forma parte de la esencia misma del sistema jurídico y político establecido en la constitución política toda vez que la persona y su dignidad son el sujeto protagonista del derecho.
3. En la relación de trabajo, al ser la persona misma con sus atributos, facultades, derechos y habilidades, en fin con su dignidad toda quien se somete al poder de dirección del empleador, es necesario que el derecho establezca mecanismos eficaces de protección de los derechos fundamentales. La Constitución Política establece tal deber cuando regula que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador."
4. Siendo el derecho colectivo el conducto a través del cual se restablece la desigualdad entre trabajadores y empleadores, corresponde al derecho colectivo, a través de sus instituciones velar (como en los orígenes de la cuestión social) por la efectiva vigencia de los derechos fundamentales del trabajador.
5. Es el sindicato el que, a través de su actuación, debe convertirse en el principal protagonista de la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. Para ello deberá reorientar su actuación, la cual deberá involucrar, la formación para sí y para los trabajadores, preparación para la negociación, uso de la negociación para limitar el poder de dirección del empleador en aquellos aspectos en los que su ejercicio vulnere derechos fundamentales, el ejercicio constitucional del derecho de huelga y menos formalidades y requisitos para la legitimación procesal activa del sindicato en conflictos individuales de trascendencia constitucional.

BIBLIOGRAFIA

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

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL DESCANSO

CECILIA GUZMÁN BARRÓN

Sumario

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

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

En el seno de una relación contractual caracterizada por la desigualdad entre las partes y su conflicto permanente, como la laboral, resulta imperativa la intervención estatal para garantizar el respeto de condiciones mínimas laborales, mediante las cuales se asegure la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador como ser humano[2]. Ello, pese a que la realidad ha demostrado que no basta la letra de la ley para hacer efectivo un derecho. En efecto, un reciente estudio de Gustavo Yamada sobre horas de trabajo en el Perú concluye en que "la remuneración promedio por hora para hombres en Lima metropolitana se ha reducido en 49% en términos reales, mientras que ha ocurrido un incremento de 8,9% en las horas promedio trabajadas, las que pasaron de 50,3 a 54,8 horas semanales entre 1985 y el 2000."[3]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con base a tal definición, Valdés dal Ré resume en tres las características esenciales de todo derecho fundamental, señalando que son su universalidad, su indisponibilidad y su consagración mediante reglas generales y abstractas[7]. Habrá, por tanto, que reconocer la presencia concurrente de las tres

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

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

características para sostener el carácter fundamental de un derecho constitucional.

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

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

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

Se reconoce así el carácter programático del derecho a la salud y, en general, de los derechos económicos, sociales y culturales. Ello significa –como apunta Donayre[10]- que tienen un carácter prestacional, esto es que el Estado se encuentra obligado a realizar un programa de acción para lograr la eficacia de tales derechos. Ese carácter genera la duda sobre su eficacia inmediata y, por consiguiente, su protección en vía de amparo, como se analiza más adelante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 STC 4635-2004-AA/TC, de fecha 17 de abril de 2006, Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos.
12 Rodríguez Mancini, Jorge, Derechos fundamentales y relaciones laborales, Bs. As.: Astrea, 2004, p. 40-41.

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

Aplicando la segunda metodología, deberíamos prestar atención a aquellas materias que afectan directamente la salud del trabajador, y que se encuentran recogidas en nuestro texto constitucional. En anterior ocasión[15] destacamos que el trabajador y su tiempo de trabajo resultan inseparables, y en tal medida la regulación del tiempo de subordinación interviene en su esfera más privada, así como el ejercicio de sus otros derechos fundamentales. En razón a ello, el contenido esencial del derecho fundamental del trabajador al descanso estará constituido por el establecimiento de límites a la jornada de trabajo y la fijación de períodos razonables de descanso[16]. Estos instrumentos permitirán delimitar las fronteras de las pausas dedicadas al reposo físico y mental del trabajador, cuyo objetivo es reparador a la vez que preventivo (de accidentes de trabajo).

Ahora bien, la periodicidad del disfrute del descanso conformará -bajo determinadas circunstancias- parte del contenido esencial del derecho fundamental, lo que dependerá de cada supuesto. Nótese que en nuestro ordenamiento se eleva a rango constitucional la periodicidad del disfrute del descanso (semanal y anual) así como su carácter remunerativo[17]. Ambos períodos

13 STC 1417-2005-AA/TC de fecha 8 de julio de 2005, Manuel Anicama Hernández.
14 Hernández Valle, Rubén, Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 84 - 85.
15 Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, "El camino hacia la distribución flexible del tiempo de trabajo en el Perú", Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pp. 465-471.
16 Sobre la protección de la salud a través de la ordenación del tiempo de trabajo, véase Fito Ortega, Fernando, Límites legales a la jornada de trabajo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 28.

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

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

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

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

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

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

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

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

acumulativas o atípicas del artículo 25 de nuestra Constitución).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DESCANSO

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

Respecto del primer requisito de procedencia, habría que señalar que, en otros países, se ha usado criterios como rapidez, inmediación o prevención para determinar de forma casuística si el derecho invocado cuenta con otras vías procedimentales igualmente satisfactorias[21]. A fin de evitar interpretaciones contradictorias del concepto vacío que propone el Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ha fijado mediante precedente de observancia obligatoria los supuestos en los cuales procede el amparo laboral, señalando lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

a. Doctrina

- Abad Yupanqui, Samuel B., El proceso constitucional de amparo, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, 585 p.
- Alarcón Caracuel, Manuel R., La ordenación del tiempo de trabajo, Madrid, Tecnós, 1988, 157 p.
- Barbagelata, Héctor-Hugo, "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales", Derecho Laboral (Uruguay), Tomo XLVII, N° 214 (abril-junio 2004).
- Donayre Montesinos, Christian, "El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos", en AA.VV. Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 157-192.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, "Código Procesal Constitucional: Estudio introductorio", en AA.VV., Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 17-83.
- Fita Ortega, Fernando, Límites legales a la jornada de trabajo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, 122 p.
- Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia, "El camino hacia la distribución flexible del tiempo de trabajo en el Perú", Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pp. 465-471.
- Hernández Valle, Rubén, Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional, Lima, Jurista Editores, 2006, 651 p.
- Mantero de San Vicente, Osvaldo, "Derecho del Trabajo y derechos humanos fundamentales", Derecho Laboral (Uruguay), Tomo XLVI, N° 211 (junio-septiembre 2003), pp. 434-485.
- Rodríguez Mancini, Jorge, Derechos fundamentales y relaciones laborales, Bs. As.: Astrea, 2004, 363 p.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, "La evolución del concepto de tiempo de trabajo", en Seminario de Verano: El tiempo de trabajo, Alcalá de Henares, 1998.
- Sáenz Dávalos, Luis R., "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo", en AA.VV., Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 126-151.
- Valdés dal Ré, Fernando, "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador", en Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2003, pp. 27-148.
- Vega Ruiz, María Luz (ed.), La reforma laboral en América Latina: 15 años después, Lima, OIT, 2005, 280 p.
- Yamada, Gustavo, Horas de trabajo: determinante y dinámica en el Perú urbano, Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y Consorcio de Investigación Económica y Social, 2005, 102 p.

b. Jurisprudencia

- STC 4169-2004-AA/TC de fecha 15 de mayo de 2006, Sindicato Unificado de Trabajadores del Servicio de Parques y Jardines de Lima Metropolitana (SUTSERP).
- STC 4635-2004-AA/TC, de fecha 17 de abril de 2006, Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos.
- STC 206-2005-PA/TC de fecha 28 de noviembre de 2005, César Antonio Baylón Flores.
- STC 1417-2005-AA/TC de fecha 8 de julio de 2005, Manuel Anicama Hernández.

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

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACION Y LA CONCILIACION

*CARLOS JIMÉNEZ SILVA**

Sumario

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

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

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende, partiendo del desarrollo del derecho constitucional a la remuneración, contestar la siguiente pregunta: ¿Cuál es el límite para disponer de este derecho constitucional laboral por el trabajador frente a una conciliación?

El tema resulta importante y oportuno si consideramos que el artículo 26 inciso 2 de la Constitución establece que son irrenunciables los derechos reconocidos en la misma y la Ley, uno de los cuales es la remuneración, en tal sentido: ¿serán irrenunciables todos los derechos constitucionales laborales?; ¿se vaciaría de contenido el derecho constitucional a la remuneración si no se respetan determinados derechos derivados de la remuneración como su carácter preferencial y persecutorio? ¿En dichos supuestos, que sentido tendría la conciliación como mecanismo de solución de conflictos laborales? Toda conciliación supone renuncia de derechos, como principal herramienta de solución de conflictos laborales. En tal sentido existe la homologación para las conciliaciones generadas fuera de un proceso judicial[1]. ¿Tiene razón de existir la misma? ¿En qué supuestos?

Según algunos autores, los derechos laborales nacidos de la constitución o la ley no pueden ser materia de conciliación, sólo el reconocimiento de derechos laborales, que se deriven de una relación jurídica que se ha laborizado en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad o por apercibimiento de la Ley[2]. ¿Esto es verdaderamente así?

Para contestar dichas interrogantes partimos del desarrollo del derecho constitucional a la remuneración y los derechos que doctrinariamente pueden ser materia de disposición o no por el trabajador, y, sobre dicha base, determinar si la conciliación (Judicial, administrativa o privada) puede ser un medio para renunciar a determinados derechos constitucionales laborales y de que tipo serían los mismos.

1 Según el artículo 4 inciso 1 literal g) de la Ley N° 26636, son homologables las conciliaciones privadas.

2 Se pueden encontrar diferencias entre la presunción legal de laborización de una relación jurídica y el principio de primacía de la realidad, como son las siguientes: El principio de primacía de la realidad importa un procedimiento; mientras que la presunción legal de desnaturalización de la relación de trabajo se aplica en forma automática, de cumplirse el supuesto previsto en la ley; el principio de primacía de la realidad se aplica en defecto o deficiencia de la norma; en cambio la presunción legal se aplica en forma automática, sin estar condicionada su aplicación. Un estudio más amplio se puede encontrar en: JIMENEZ SILVA, Carlos. La Presunción de Laboralidad en la Relación Jurídica Deriva de la Celebración de Contratos de Locación de Servicios en las Entidades Financieras en Liquidación con Participación del Estado. En Dialogo con la Jurisprudencia N° 95. Agosto 2006.

I. AMBITO DE APLICACIÓN Y PROTECCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACION

La Constitución de 1993, regula la finalidad de la remuneración, indicando que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Esto supone una declaración de principios respecto a este derecho constitucional que posteriormente será objeto de desarrollo a nivel infracontitucional en los artículos 6 y 7 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y el artículo 10 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Respecto a la constitución de 1979 se ha cambiado el término de remuneración justa por el de equitativa y suficiente. Sobre el particular, creemos que dicho cambio de adjetivos no resuelve la imprecisión del término remunerativo en la medida que persiste la duda entre la cantidad y calidad del trabajo aportado y el monto que se paga como contraprestación del mismo[3].

No obstante lo expuesto, se sigue manteniendo la imprecisión del término remuneración equitativa y suficiente en el artículo 32 del Proyecto de Ley de la Reforma de la Constitución[4].

Respecto a la suficiencia en la remuneración, entendemos que será tal si permite al trabajador y a su familia satisfacer sus necesidades mínimas, las cuales están en función de la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, salud, educación y vivienda, calculadas sobre la base de una canasta básica familiar.

1. La remuneración mínima vital

El artículo 24 de la Constitución, establece que es el Estado el obligado a establecer las remuneraciones mínimas con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores.

3 Según Pedro MORALES CORRALES. En su artículo La Remuneración o Salario (Materiales de Lectura de Derecho Laboral I. Universidad de Lima) se inclinan por la mejora del cambio de término de remuneración justa por equitativa y suficiente. En tanto, la primera es una correlación exacta entre el trabajo que se presta y la remuneración que se recibe; en cambio, la segunda, puede no ser estrictamente justa, pero satisfacer las necesidades reales del trabajador y su familia.

4 Este proyecto fue elaborado en cumplimiento de la Ley N° 27600, por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, el cual concluyo de elaborarse el 8 de julio del 2002.

No obstante lo expuesto, la Remuneración Mínima Vital se ha dado en función de decretos supremos dados por el Poder Ejecutivo en forma unilateral y no sobre la base del consenso del Estado con los interlocutores sociales[5].

Al adoptarse en el mencionado artículo, una forma plural para referirse a las remuneraciones, deja libertad al Estado para fijar más de una remuneración mínima, atendiendo a la edad, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Así, a nivel infraconstitucional, se ha establecido por el artículo 6 inciso b) del Decreto Supremo N° 017-91-TR, que corresponde al Comité Nacional de la Remuneración Mínima Vital proponer al Ministerio de Trabajo los montos y tipos de RMV en función de cada actividad económica y región.

Finalmente, a diferencia de la constitución pasada, ya no esta previsto el reajuste de remuneraciones, de darse las condiciones adecuadas. Así, se promulgó el Decreto Legislativo N° 757, y, posteriormente, los Decretos Leyes números 25872 y 25876, que prohibieron que se pacte a través de convenios colectivos aumentos remunerativos sobre la base del índice de precios al consumidor o teniendo como referencia el tipo de cambio de determinada moneda extranjera.

La Remuneración Mínima Vital debería tener un reajuste gradual periódico, para compensar la pérdida del poder adquisitivo. En tal sentido, se debería vincular los reajustes del salario a la evolución de una canasta mínima. El reajuste de los salarios debería relacionarse a los aumentos de la productividad del trabajo y la inflación, utilizando como medio la negociación colectiva[6].

En concordancia con lo señalado, está el Convenio OIT número 26, sobre fijación de métodos de salarios mínimos, ratificado por el Perú por Resolución Legislativa N° 14033. Este, establece la obligación de los Estados para realizar cálculos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores, para estos efectos, previa consulta de las organizaciones de los interlocutores sociales, determinaran a quienes se aplican los salarios mínimos.

5 El Consejo Nacional de la Remuneración Mínima Vital (RMV), encargado de estudiar y proponer al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los montos de las remuneraciones mínimas, de acuerdo a la realidad de cada región y en función de las distintas actividades económicas se ha constituido para tal efecto. Conforme el artículo 6 del Decreto Supremo N° 017-91-TR. Pero no ha tenido ninguna operatividad.

6 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho a la Remuneración. Tomo I. Constitución Comentada.. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2005. Pag. 540.

2. El carácter preferencial de la remuneración

El privilegio en el pago de las remuneraciones, parte del artículo 24 segundo párrafo de la Constitución, el cual señala que el pago de la remuneración y beneficios sociales tiene prioridad sobre cualquier obligación del empleador[7].

En cuanto al ámbito de aplicación del concepto que se desarrolla, entendemos que el privilegio comprende tanto al carácter preferencial como al carácter persecutorio de los beneficios sociales.

El carácter preferencial, supone que los créditos laborales tienen preferencia de pago sobre cualquier otra obligación de carácter no laboral del empleador.

Este artículo, ha sido desarrollado a nivel infraconstitucional, pero no en forma concordante. Así, se pueden encontrar tres tipos de procesos liquidatorios de empresas, y, que en dos de ellos, las normas que los regulan, establecen como obligación para el empleador una preferencia distinta para al pago de los derechos laborales de sus ex trabajadores. Estos son:

A) El procedimiento de liquidación establecido en la Ley General de Sociedades, en cuyo caso los beneficios sociales se pagan por el empleador, conforme el orden prelatorio señalado por los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo N° 856. En este supuesto, están incluidos dentro del primer orden los intereses que se generen como consecuencia del incumplimiento en el pago de las obligaciones, por cuanto los créditos laborales incluyen los beneficios establecidos por ley a favor de los trabajadores, y una norma con rango de ley regula el pago de intereses de beneficios sociales, esto es el Decreto Ley N° 25920[8].
B) El procedimiento de disolución y liquidación establecido por la Ley General del Sistema Concursal número 27809, en cuyo artículo 42 numeral 42.1, establece que el pago de remuneraciones y beneficios sociales, y, los intereses que generen, están en primer orden predatorio. Criterio que guarda concordancia con lo señalado por el Decreto Legislativo N° 856.

7 Según el criterio adoptado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los beneficios sociales incluyen a la remuneración, al establecer que la primera consiste en todos los conceptos que percibe el trabajador con independencia de su origen y su naturaleza. De acuerdo a esta interpretación resulta redundante mencionar separadamente la remuneración y los beneficios sociales.

8 Conforme la teoría de la continuidad, las normas dadas por el gobierno de facto como son los Decretos Leyes, continúan teniendo validez con la restauración de un gobierno constitucional y tendrán plena validez mientras no sean modificadas por el procedimiento constitucional respectivo. La teoría de la continuidad es de aplicación en nuestro sistema legal, conforme el artículo 2 de la ley Constitucional promulgada el 6 de enero de 1993.

C) El procedimiento de disolución y liquidación establecido por la Ley del Sistema Financiero y de Seguros, aprobado por la Ley N° 26702, aplicable a las empresas financieras y de seguros, las cuales están excluidas del ámbito de aplicación de la normas del sistema concursal, según el artículo 2 numeral 2.2 de la indicada norma. El artículo 117 de la precitada disposición, señala que en primer lugar se paga el capital de las remuneraciones y beneficios sociales de los ex trabajadores, y, luego, los capitales de las demás obligaciones a cargo del empleador, conforme el orden de prelación establecido en dicho artículo.
Respecto a los intereses generados por el no pago de remuneraciones y beneficios sociales, su abono se podrá efectuar una vez que se cumpla con el pago de todos los capitales adeudados por el empleador, tanto laborales como de otra índole.

Lo antes expuesto, demuestra que no hay un criterio uniforme en las normas de desarrollo constitucional respecto a la prioridad en el pago de remuneraciones y beneficios sociales. En consecuencia, es una tarea pendiente por resolver.

Finalmente, el Convenio OIT N° 95 del 8 de junio de 1949, relativo a la protección del salario, ha sido superado ampliamente por las normas antes mencionadas, lo que guarda concordancia por cuanto no ha sido materia de ratificación por el Perú. Este convenio establece que la protección es sólo respecto a los salarios, no así respecto a los beneficios sociales. En segundo lugar, protege a las remuneraciones durante el período anterior a la quiebra o la liquidación, lo que supone que la protección es limitada[9].

3. El carácter persecutorio de la remuneración

El carácter persecutorio en el pago de las remuneraciones se da sobre la base de la siguiente premisa: Toda relación laboral genera una vinculación personal y además patrimonial entre el empleador y el trabajador, teniendo por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos constituyen las garantías para el pago de las acreencias laborales; no se trata de identificar quién o quienes ejercen actualmente la propiedad de los bienes de una empresa

9 Véase MORALES CORRALES, Pedro. La Protección de los Créditos Laborales en el Perú. En Revista Advocatus. Marzo de 1994.

deudora, o si hay un vínculo familiar o personal de los terceros adquirientes con el empleador; de lo que se trata es de identificar los bienes, para tener certeza que pertenecieron al empleador deudor (...)[10]

A partir de este razonamiento, se interpretó inicialmente por la Corte Suprema, sobre la base del segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución, que dicha norma por tener rango constitucional se prefería sobre el artículo 2014 del Código Civil, disposición que establece que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que aparece en el registro con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule o revoque la transferencia por causas que no consten en registros públicos.

De acuerdo a lo mencionado, se da preferencia al carácter persecutorio de los beneficios sociales, frente a la seguridad jurídica que garantiza el tráfico mercantil. Ello suponía, que una persona que decidiese adquirir un inmueble de una empresa, no sólo debía fijarse en registros públicos que dicho inmueble no tenga un gravamen o carga, sino que no existan créditos laborales contingentes[11].

Posteriormente, la Corte Suprema ha cambiado de criterio, estableciendo como precedente de observancia obligatoria, en el modo y forma previsto en la ley[12], dando preferencia a la seguridad jurídica frente al carácter persecutorio de los beneficios laborales[13]. En tal sentido, si un tercero que de buena fe adquiere a titulo oneroso algún inmueble de una empresa que tiene facultades para otorgarlo y que no tiene anotado ningún gravamen de tipo laboral, no responde por el pago de créditos laborales que pudiesen resultar exigibles con posterioridad a dicha transferencia, hasta el valor recibido por dicha transferencia.

4. Derecho constitucional de aplicación mediata o diferida

Existe una distinción entre los grados de preceptividad con que la constitución puede reconocer y garantizar un derecho que ella recoge, en este

10 Véase considerandos de la sentencia emitida por la Corte Suprema publicada en diario El Peruano de fecha 04.11.03, y recaída en la Casación N°1303-2003.
11 Créditos laborales contingentes son aquellos que potencialmente pueden ser exigibles, y en consecuencia se tienen que provisionar.
12 Al señalar establecido en la ley, entendemos que se esta refiriendo a lo señalado por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
13 Sentencia emitida por la Corte Suprema de la República, publicada en el Peruano el 4 de enero del 2005, recaída en la casación N° 2117-03 LA LIBERTAD.

caso de tipo laboral. Se identifican dos: Los de aplicación inmediata, cuando el texto constitucional es suficiente para accionar en su defensa ante el organismo jurisdiccional competente, entendemos mediante una acción de garantía constitucional, y, la aplazada o mediata, cuando se requiere de un desarrollo del derecho a nivel infraconstitucional básicamente por el Poder Legislativo, para poder exigir el cumplimiento del mismo.

Entendemos, que la norma bajo comentario es de preceptividad mediata o de carácter programático, en tanto para su cabal aplicación se requiere de medidas legislativas que impliquen la concreción material y la consiguiente conversión en derecho subjetivo exigible. Así, por ejemplo, nadie podrá iniciar en forma viable un proceso de amparo porque considera vulnerado su derecho a tener una remuneración equitativa y suficiente[14].

II. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS FRENTE AL PAGO PREFERENCIAL DE LAS REMUNERACIONES

El Principio de irrenunciabilidad de derechos, supone la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio[15].

A nivel constitucional, se establece que en toda relación laboral se aplica el Principio Irrenunciable de los derechos establecidos en la Constitución y la ley.

Respecto a los alcances de la protección de este principio el Tribunal Constitucional ha establecido que la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos derechos reconocidos por la Constitución y la ley, no cubriendo los derechos que provienen de la convención colectiva o costumbre[16].

A nivel infraconstitucional, dicho principio ha sido regulado por el artículo III del título preliminar de la ley procesal del trabajo[17]. Reforzando el criterio del carácter irrenunciable de los derechos que se derivan de la Constitución y la ley.

Respecto al derecho de pago preferente de las remuneraciones, sobre los demás créditos de naturaleza distinta que adeude el empleador, entendemos que

14 Véase sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0642-2004-AA del 25.06.04

15 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1998. Tercera Edición. Pag. 118.

16 Véase fundamento 24 de la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2005-PI/TC.

17 También por el artículo 3 inciso c) del Decreto Legislartivo 910 y el artículo 4 del Decreto Supremo N° 020-2001-TR, que han sido derogados por la Ley N° 28806, la cual entrará en vigencia a los sesenta días hábiles computados desde el 23 de julio del 2006.

no pueden ser materia de renuncia, en tanto dicho derecho esta consagrado por el artículo 24 de la Constitución y desarrollado a nivel infraconstitucional por el artículo 69 numeral 69.2 de la Ley N° 27809 al establecerse que es invalida la renuncia, tanto si es efectuada a título individual o colectivo, Esto equivale a consagrar el principio de irrenunciabilidad de derechos en el campo concursal[18].

Respecto al superprivilegio en el pago de remuneraciones, en relación a los demás créditos de naturaleza no laboral en las empresas que no están sujetas a procesos de liquidación, bajo la norma que regula el sistema concursal, esto es las entidades financieras o de seguros en liquidación y empresas que voluntariamente decidan liquidarse por acuerdo de sus accionistas, conforme a la Ley General de sociedades; entendemos que en la medida que el orden de preferencia en los pagos de las remuneraciones, parte de disposiciones con rango de normas imperativas, estos es la Ley N° 26702 y el Decreto Legislativo N° 856, respectivamente, no pueden ser tampoco materia de renuncia por parte del trabajador o ex trabajador.

Según AMERICO PLA, no se requiere el reconocimiento expreso en el derecho positivo para que la norma sea considerada irrenunciable, el carácter de irrenunciable deriva del propio contenido de la norma o de su finalidad[19].

III. LOS DERECHOS LABORALES Y SU LIBRE DISPONIBILIDAD POR EL TRABAJADOR

En el derecho del trabajo, prevalecen las normas imperativas de carácter irrenunciable, a diferencia del derecho civil en que la regla es la disponibilidad de derechos, salvo que contravengan el orden público y/o las buenas costumbres.

El problema consiste en determinar cuales son las normas que realmente son irrenunciables en materia laboral.

Deveali sostiene que algunas veces surge de su contenido, ya sea en la forma explicita o implícita.; otras veces de la ratio legis, esto es la finalidad perseguida por la norma[20].

PLA RODRIGUEZ, citando a PEREZ LEÑERO, enumera los requisitos para que los derechos sean irrenunciables[21]:

18 Véase BOZA PRO, Guillermo. Comentarios a los Aspectos Laborales de la Ley General del Sistema Concursal. Análisis Laboral Noviembre del 2002. Pag. 15.

19 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. Cit. Pags. 147-148.

20 DEVEALI, Mario. Orden Público e Inderogabilidad de las normas Laborales, revista argentina" Derecho del Trabajo" 1957. Pag. 355

21 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. Cit. Pag. 171.

1. Han de ser legales, o sea, otorgados por leyes, reglamentos o resoluciones administrativos. En el Perú deben provenir de la Constitución y la Ley, conforme al artículo 26 inciso 2 de la Constitución y la interpretación dada por el Tribunal Constitucional.
2. Han de ser derechos ciertos. Por eso se admite la conciliación, en donde ambas partes ceden por falta de seguridad en sus derechos.
3. Han de ser derechos subjetivos, esto supone que sean otorgados por la ley a favor del trabajador renunciante. Esto supone, por ejemplo, que si un trabajador en el Perú, gana más de la Remuneración Mínima Vital, regulada normativamente, puede renunciar por el exceso, por cuanto el elemento cantidad no califica el derecho. En tal sentido, es valida la renuncia del exceso de la remuneración.
4. Han de ser beneficiosos, la norma supone que lo son todos los que se otorgan a favor del trabajador; pero no lo hace con carácter absoluto sino exceptúa algunos de ellos que se convierten en renunciables. Como por ejemplo, en nuestra legislación el trabajador puede decidir no gozar el descanso vacacional en su integridad de mutuo acuerdo con su empleador a cambio de una compensación económica, conforme el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 713.

Como señala NEVES MUJICA, un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre el derecho, siendo una disposición válida del mismo. En cambio, en las normas imperativas no se puede disponer del derecho, por cuanto ello significará una renuncia de los mismos. Las normas imperativas pueden ser relativas, las que suponen que establecen limites que pueden ser hacia abajo o hacia arriba, limitándose en esta caso la imperatividad al aspecto indisponible de la norma, pero no al aspecto dispositivo[22].

IV. LIMITES AL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACION

El artículo 24 de la Constitución establece el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, no estableciendo un monto mínimo de la remuneración.

22 Véase NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. ARA Editores. Lima 1997. p. 108.

Esta norma, al ser de carácter diferido o programática, debe ser desarrollada a nivel infracontitucional, como efectivamente ha venido sucediendo. Habiéndose venido estableciendo por el Estado, mediante decretos supremos, las remuneraciones mínima vitales, la última de las cuales se ha establecido en S/. 500. 00 Nuevos Soles mensuales o S/. 16.66 Nuevos Soles diarios[23].

Esto supone, que al establecerse por la norma el monto de la RMV, lo que se pague en exceso es renunciable, por cuanto el derecho subjetivo a la remuneración que es irrenunciable, esta determinado en un monto mínimo. Ello supone, que el trabajador puede renunciar al exceso de dicha suma. Esto, queda ratificado por la ley N° 9463, la cual permite la rebaja de remuneraciones aceptada por el trabajador.

V. LA CONCILIACION LABORAL

Entendemos por conciliación, el medio para intentar solucionar por un tercero, por vía amistosa, un conflicto individual o colectivo de naturaleza económica o de intereses, o de tipo jurídico[24]. Este tercero no decide, sino tiene por función acercar a las partes, incentivando a las mismas a llegar a un acuerdo, el mismo no propone ni decide sólo acerca a las mismas[25].

La conciliación es una institución presente en la Constitución, aunque no expresamente, al señalarse en su artículo 28 inciso 2, que el Estado cautela la promoción de formas de solución pacifica de conflictos laborales.

Para el Tribunal Constitucional, la conciliación se define como el acto de ajustar o componer el ánimo de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí[26]

La conciliación no supone necesariamente una renuncia de derechos laborales, puede haber una conciliación sin renuncia y puede haber renuncia sin conciliación. Así, ambos conceptos están en planos distintos. La conciliación esta referida a la solución de conflictos y tiene que ver con el procedimiento; en cambio, la renuncia esta ligada a los aspectos de naturaleza sustantiva.

23 El Decreto Supremo N° 016-2005-TR del 28 de diciembre del 2005, estableció la RMV en S/. 500.00 a partir del 1 de enero del 2006.

24 El conflicto jurídico se presenta cuando se trata de incumplimiento o de la incorrecta interpretación de una norma legal o convencional; en cambio, el económico se origina en la intención de los interlocutores sociales, de crear nuevas cláusulas normativas que beneficien sus intereses, como las condiciones de trabajo e incremento de remuneraciones.

25 A diferencia de la conciliación la mediación supone que el arbitro propone una formula de solución frente al conflicto presentado que las partes pueden aceptar o rechazar, hace publica su propuesta, en la mediación no. El artículo 59 del T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, hace esta distinción entre mediación y conciliación.

Según PASCO, es diferente la conciliación en un conflicto jurídico que en uno económico. En el primer caso se aplica el límite del principio de irrenunciabilidad de derechos reconocidos en la Constitución y la Ley. En cambio, en el conflicto económico o de intereses, no hay límite para la capacidad de pedir y ceder[27].

Sin embargo, se puede cuestionar si verdaderamente es posible renunciar, vía la conciliación, en los conflictos económicos o de intereses de naturaleza colectiva, mediante una convención colectiva de trabajo (C.C.T.), por cuanto el sindicato o los representantes de los trabajadores ya no son los titulares de sus cláusulas normativas que se pactaron[28], las mismas que pertenecen a cada trabajador desde dicho momento, por cuanto de acuerdo a lo señalado por el artículo 43 inciso a) del T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, los contratos individuales de trabajo quedan automáticamente adaptados a lo acordado en la C.C.T. y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

VI. TIPOS DE CONCILIACION LABORAL

Para efectos del presente trabajo de investigación desarrollamos los tipos de conciliación, no en función de la clase de conflicto que se somete a solución, sino de las personas que intervienen en la conciliación para dar solución a los conflictos. Así tenemos:

1. La conciliación privada

Es una nueva forma de enfrentar la solución de conflictos laborales, señalada en el artículo 103 de la Ley Procesal del Trabajo número 26636. Para su validez, el conciliador debe ser especialista en asuntos laborales, acreditado ante el Ministerio de Justicia[29], siendo requisito ello, para la legalidad del acta de conciliación y que la misma pueda ser materia de ejecución en la vía sumarisima como proceso laboral especial, regulado en los artículos 76 y siguientes de la Ley N° 26636[30].

26 Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC, fundamento número 36.
27 PASCO COSMOPOLIS, Mario. Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Editorial AELE. 1997. Pag. 163.
28 Conforme el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decretos Supremo N° 011-92-TR son cláusulas normativas las que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento. Durante su vigencia se interpretan como normas jurídicas.
29 Véase artículos 25 y 26 de la Ley N° 26872.
30 Artículo 18 de la Ley N° 26872.

De no contar el conciliador con dicha calificación, el acta de acuerdo tendrá que ser materia de aprobación por la Sala Laboral de Turno de la Corte Superior de Justicia, conforme el artículo 4 numeral 1, inciso g) de la Ley N° 26636, mediante una homologación.

Cabe precisar, que en materia laboral no es requisito recurrir previamente a la conciliación privada antes de proceder a demandar judicialmente.

2. La conciliación administrativa

Esta a cargo del área de conciliación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que lleva adelante esta solicitud de conciliación[31]. El pedido de conciliación debe ser autorizada previamente por el liquidador adscrito al servicio de Defensa Legal Gratuita y Asesoría del Trabajador.

El plazo de caducidad laboral se suspende a partir de la fecha en que se presenta la solicitud de conciliación administrativa y hasta que concluya el procedimiento.

El aspecto central de este procedimiento es la audiencia. Si el trabajador no asiste, fracasa la conciliación y conflicto debe resolverse a través del procedimiento judicial. Si el empleador no asiste, se le aplica una multa, salvo que justique su inasistencia en las causales de incapacidad física, caso fortuito o fuerza mayor. Si se admite la justificación se vuelve a citar a las partes con una anticipación de 24 horas.

Esta conciliación no adquiere la condición de cosa juzgada, en tal sentido puede ser materia de impugnación ante el Juzgado de Trabajo de Turno, conforme lo señalado por el artículo 4 inciso 2, numeral g) de la Ley N° 26636, dentro del plazo de prescripción para demandar obligaciones laborales de cuatro años.

Ello, no debe entenderse, en el sentido que dicha acta de conciliación, sino es materia de impugnación en la vía judicial, no pueda ser materia de ejecución. Por el contrario, al contener una obligación de pago de beneficios sociales cierta, expresa y exigible, si es ejecutable, constituye título ejecutivo y tiene merito de instrumento público, en cuyo caso se procede conforme lo establecen los artículos 76 y siguientes de la ley procesal del trabajo.

31 Esta solicitud debe acompañar copia simple del DNI del solicitante o del representante, el documento que acredite la representación, copia simple de los documentos relacionados con el conflicto, la hoja de cálculo de beneficios sociales en caso de que haya sido practicada por el servicio de Defensa Legal Gratuita y Asesoría del Trabajador y la copia de los anexos para la otra parte.

3. La conciliación judicial

Es la conciliación que se lleva a cabo por el Juez a cargo de la tramitación del proceso, la misma puede realizarse en dos momentos distintos. En la audiencia única, en cuyo caso es parte del procedimiento judicial laboral, donde el Juez debe invitar a las partes a conciliar, lo que no supone llegar aun acuerdo; y, en forma facultativa, en cualquier etapa del procedimiento, después de la realizada la audiencia única y antes que se dicte sentencia. Esta es a solicitud de las partes en el litigio, debiendo llevarse la conciliación por el Juez a cargo del proceso, en cuyo caso adquiere el valor de cosa juzgada[32].

VII. LA CONCILIACION LABORAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACIÓN

El derecho constitucional laboral a la remuneración, recogido en el artículo 24 de la misma, es de carácter programático, en consecuencia el ejercicio efectivo de la tutela del derecho se hace depender a un desarrollo legal.

Ello supone, que para determinar si hay una renuncia de derechos respecto al derecho constitucional a la remuneración, mediante una conciliación, debemos analizar las normas que desarrollan este derecho a nivel infraconstitucional[33].

A continuación, analizamos diversos supuestos que se pueden presentar, vinculados al derecho constitucional a la remuneración y su renuncia mediante la conciliación:

1. En un proceso judicial donde se discute la naturaleza jurídica de la relación de trabajo

Al respecto, respondemos la siguiente pregunta planteada en la introducción de la ponencia: ¿es posible la renuncia a parte de las remuneraciones devengadas exigidas a través de un proceso judicial donde el demandante intenta demostrar su relación laboral?

Sobre el particular, consideramos que sí es posible su renuncia mediante la conciliación, por cuanto no estamos frente a derechos reconocidos legal o

32 Artículo 45 de la Ley N° 26636.

33 Conforme al artículo 9 de la Ley N° 26872, la conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando la irrenunciabilidad de derechos del trabajador reconocidos en la Constitución y la ley.

constitucionalmente, de naturaleza cierta y exigible, son derechos expectaticios o créditos contingentes, que pueden o no ser exigibles por el demandante. Aún no han sido materia de un reconocimiento judicial. No cumplen los derechos que se renunciarían vía una conciliación, un requisito indispensable para ser irrenunciables. Esto es, el de ser derechos subjetivos, ortorgados por la ley al renunciante, en la medida que no se ha decidido sobre la existencia o no de una relación laboral[34].

2. En un proceso judicial donde se discute el número de días que deben ser materia de reintegro de remuneraciones a un ex trabajador

Respecto al reclamo judicial de remuneraciones devengadas por un trabajador, donde lo que se discute el numero de días que supuestamente trabajo y que no se le pagaron, consideramos que tratándose de cuestiones de hecho si pueden ser renunciables, a diferencia de las cuestiones jurídicas que son irrenunciables. En este caso, no se niega el derecho al pago del reintegro como tal, lo que se que se discute es el numero de días que se deben pagar.

3. Respecto al pago preferencial del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador

En relación al carácter preferencial del pago de las remuneraciones, las mismas no puede ser materia de renuncia vía una conciliación, por tratarse de un derecho necesario absoluto indisponible. Así, por ejemplo el artículo 69.2 de la Ley número 27809, establece que los acreedores preferentes de créditos laborales no podrán renunciar. En dicho supuesto dicha renuncia es inválida[35].

Tratándose del orden predatorio establecido en los artículos 117 y 120 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros, y el Decreto Legislativo N° 856, que precisa los alcances y prioridades de las normas laborales, consideramos que no pueden ser materia de renuncia vía una conciliación, por tratarse de derechos

34 Se puede llegar a concluir que una relación jurídica es de naturaleza laboral, mediante dos caminos, la aplicación de la presunción de laboralidad recogida por el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR o la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

35 El Tribunal Constitucional ha establecido en el sentencia recaída en el Expediente N° 0446-2004-AA de fecha 12.11.04, que si un grupo de acreedores ha dispuesto de bienes de la masa en concurso en contra de las normas que regulan el procedimiento concursal ordinario (...) ha vulnerado el derecho al pago efectivo a los créditos laborales, reconocido en el artículo 24 de la Constitución. La Sala de Competencias de Indecopi, es del mismo parecer, en la sentencia emitida con carácter vinculante en el expediente N° 124-2001/CRP-ODI-CCPL.

recogidos en normas imperativas de desarrollo constitucional, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional[36].

Nótese, que los derechos laborales nacidos a partir de dichas normas imperativas prelatorias, son irrenunciables, independientemente de la extinción del vínculo laboral del trabajador, por cuanto no se ha cumplido con el pago de los créditos laborales.

4. Respecto al carácter persecutorio del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador

Tratándose del carácter persecutorio del pago de remuneraciones devengadas a favor del trabajador, se considera que tampoco puede ser materia de renuncia. No obstante ello, este derecho debe analizarse en forma concordante con otros derechos como el de la seguridad jurídica, sobre la base del principio de razonabilidad[37].

VIII. LA HOMOLOGACIÓN

La homologación, según nuestra legislación, es un requisito formal exigible sólo para las conciliaciones privadas, que es sometido a la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Turno, para su aprobación. De esta forma se convierte en un documento exigible.

En tal sentido, se autentica un acto conciliatorio privado, dándole el carácter de exigible. No existe una formalidad predeterminada en nuestra legislación para autenticar el acta conciliatoria, mediante la homologación, la misma puede ser solicitada por cualquiera de las partes intervinientes en la conciliación.

Respecto a la transacción, la misma no es homologable, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 378-2002-LAMBAYEQUE. En tal sentido hay que distinguir la conciliación de la transacción.

IX. CONCLUSIONES

1) El derecho constitucional a la remuneración, es un derecho de carácter programático que requiere de medidas legislativas para su concreción en un derecho exigible.

36 Op Cit. Nota 26.
37 El Principio de Razonabilidad, supone que el individuo en sus relaciones laborales debe proceder conforme a la razón.

2) El derecho a la remuneración, comprende el derecho a tener una remuneración mínima por el trabajo realizado, y su carácter preferencial y persecutorio en el pago. Respecto al aspecto preferencial de las remuneraciones, no ha sido desarrollado de manera uniforme a nivel infraconstitucional. Así, no es concordante, respecto a los créditos laborales, el orden de prelación en el pago señalado en la legislación concursal y la ley de Bancos.
3) La conciliación laboral es un medio para solucionar por un tercero (que acerca a las partes, sin proponer ni decidir), un conflicto individual o colectivo de naturaleza económica o de intereses, o de tipo jurídica. Este derecho, parte de lo señalado por el artículo 28 inciso 2 de la Constitución, al mencionar que el Estado cautela la promoción de formas de solución pacifica de conflictos laborales.
4) El límite para disponer del derecho constitucional a la remuneración, mediante la conciliación (privada, administrativa o judicial), esta directamente relacionado con el Principio Laboral de Irrenunciabilidad de Derechos, recogido en el artículo 26 inciso 2 de la Constitución. Este límite sólo alcanza a los derechos laborales indisponibles señalados en la Constitución y la Ley.
5) El problema surge al determinar cuáles derechos laborales señalados por la Constitución y/o la Ley son indisponibles; consecuentemente, que no puedan se materia de renuncia mediante una conciliación.
6) Consideramos que la posibilidad de renuncia de derechos, a partir del derecho constitucional a la remuneración, esta vinculado a cada caso concreto, donde habrá una solución distinta.
7) Somos de la opinión que los supuestos en que se pueden renunciar mediante la conciliación, a derechos derivados de la remuneración, son los siguientes: cuando se discute la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, en el supuesto que el conflicto esta referido a hechos y no a derechos laborales. Así por ejemplo, cuando se discute el número de días que pueden ser materia de reintegro de remuneraciones y no el pago mismo por el trabajo efectuado. Finalmente, en la hipótesis de aceptar el trabajador recibir una remuneración menor, que no este por debajo de la remuneración mínima vital.
8) Son irrenunciables, el derecho al carácter persecutorio y preferencial en el pago de las remuneraciones por parte del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Maria.
  2001 Derecho del Trabajo. Editorial Civitas. Madrid. España.
- ALONSO OLEA, Manuel y MIÑAMBRES PUIG, Cesar.
  1991 Derecho Procesal del Trabajo. Editorial Civitas.
- ASOCIACION LABORAL PARA EL DESARROLLO.
  1993 Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio Comparado en 20 Constituciones Hispanoamericanas. Editorial ADEC-ATC.
- BOZA PRO, Guillermo.
  2002 Comentarios a los Aspectos Laborales de la Ley General del Sistema Concursal. En Análisis Laboral. Lima.
- DEVEALI, Mario.
  1957 Orden Público e Inderogabilidad de las Normas Laborales. En Revista Argentina del Trabajo.
- PLA RODRIGUEZ, Américo.
  1998 Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones de Palma. Buenos Aires.
- JIMENEZ SILVA, Carlos Humberto.
  2000 El Convenio Colectivo Frente al Principio de Irrenunciabilidad de Derechos Laborales. En Dialogo con la Jurisprudencia. Número 20.
  2006 La Presunción de Laboralidad en la Relación Jurídica Derivada de la Celebración de Contratos de Locación de Servicios en las Entidades Financieras en Liquidación con Participación del Estado. En Dialogo con la Jurisprudencia. Número 95.
- MORALES CORRALES, Pedro.
  La Remuneración o Salario. Materiales de Lectura Derecho Individual I. Universidad de Lima.
  1994 La Protección de los Créditos Laborales en el Perú. En Revista Advocatus. Lima.
- NEVES MUJICA, Javier.
  1997 Introducción al Derecho del Trabajo. ARA Editores. Lima.
- PASCO COSMOPOLIS
  1997 Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Editorial AELE.
- ROMERO MONTES, Javier.
  1998 Derecho Procesal del Trabajo. Editorial San Marcos.
- RUBIO CORREA, Marcial.
  2004 Introducción al Derecho. Sistema Jurídico. Fondo Editorial PUC.

- SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL
  2001 Balance de la Reforma Laboral Peruana.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.
  2005 Derecho a la Remuneración. Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Tomo I. Lima.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU
  2006 La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica.
  VINATEA RECOBA, Luis.
- 1997 La Conciliación Laboral en la Ley Procesal del Trabajo. En Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo.

PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

*Rafael Omar Llanos Gamarra**

"El respeto de uno nace,
cuando respetamos el derecho de los demás"

Sumario

I. Nociones generales. II. Realidad jurídica peruana. III. Protección constitucional contra la hostilidad laboral sexual. IV. Comentarios y reflexiones finales. Bibliografía

INTRODUCCION

En los últimos años hemos sido testigos de la cantidad de casos denunciados y presentados por los medios de comunicación respecto del acoso sexual en el ámbito laboral, pero muy pocas veces hemos visto a través de los mismos medios de que manera el estado ha protegido y ha hecho valer los derechos de aquellas personas que han sido victimas de la misma, y sobretodo no hemos escuchado en ningún lugar, ni por así manifestarlo en la misma Defensoría del Pueblo, en sus programas de prevención, cómo alguien que es victima de hostigamiento laboral puede actuar para frenar a este problema social que cada día se acrecienta mas y mas, y todo esto debido a la falta de información del tema y empezamos por el Estado, así como también debo de mencionar que si bien el Estado es el primer ente constitucional que vela por los derechos de sus ciudadanos, también es necesario enfocar y centrar como uno de los responsables de que se sigan

* Abogado – Conciliador.

cometiendo estos actos que van en contra de los Derechos constitucionales de las personas, a los empleadores, ya que son ellos los primeros que deben de capacitar a sus empleados en el tema, esto con el ánimo de evitar de que en sus Instituciones ya sean públicas o privadas se den este tipo de violaciones constitucionales.

Sin embargo es necesario también hacernos otra pregunta, ¿Qué pasaría si el Empleador o Jefe de un establecimiento laboral, es el primer impulsor de esta serie de acosos contra la moral?, en este sentido nos encontramos en una encrucijada, de saber cómo alguien que conciente este tipo de actos puede ser juez y parte al mismo tiempo.

Es así que conocedor de este tema tan delicado, aprovecho esta oportunidad para que en adelante dejemos de hacernos lamentaciones y como alguna vez alguien en el tiempo manifestó que si no somos parte de la solución somos parte del problema. Y al respecto es mi deseo en ésta ocasión aportar con un granito de arena a una gran cruzada que debe de iniciarse en las Facultades de Derecho de las Universidades del País, asociaciones civiles, grupos religiosos, estudios jurídicos, etc. Para empezar lo que en os claustros universitarios nos apasionaba, como son la charlas, seminarios y por que no también concientizar a los jóvenes estudiantes de derecho y abogados en conjunto para que empecemos a humanizar nuestra profesión en el sentido de que ayudemos a quienes nos necesiten en todo tiempo y sobretodo atenderlos y asesorarlos como si a nosotros, algún día en caso de caer en semejante desgracia, nos gustaría como nos asesoren y apoyen moralmente.

En las siguientes líneas menciono de manera sucinta como la violencia, entendida como aquella agresión física, verbal o la insinuante se ha ido apoderando del campo laboral, y cómo es entendida en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto también la OIT se pronuncia y define la misma, así como también de manera doctrinal reconocemos los elementos que configuran la hostilidad sexual, como son la relación de autoridad, realizar un acto de connotación sexual, la existencia de un acto no deseado por el empleado y el rechazo a la conducta molestosa.

También hago mención de los puntos centrales a donde la víctima de hostilidad sexual puede acudir, centrando nuestra atención a la Ley de Protección contra la Hostilidad Sexual Laboral así como también, recurro a la Constitución Política Peruana y el Nuevo Código Procesal Constitucional.

Instrumentos de vital importancia toda vez de que aparte de que la victima conozca como actuar en su centro laboral, también menciono cómo y de que

manera puede recurrir al auxilio constitucional, por intermedio de La Protección Constitucional de sus derechos por intermedio de la acción de Amparo, la cual será incoada contra aquella persona o entidad que viene realizando conductas indecorosas, y que por demás esta decirlo son conductas que van en contra de nuestro ordenamiento constitucional.

I: NOCIONES GENERALES

Tema 1: La Violencia **en el Tiempo**

La Violencia puede adoptar diversas modalidades. Se puede decir que no hay conducta positiva o negativa, simbólica o efectivamente realizada, que no pueda funcionar como violencia. Entre ellas existen manifestaciones sutiles, solapadas, como la ironía y la hipocresía, que aparecen en El Tartufo de Molière; como la impostura, del Hipócrita, de La Bruyere. El resentimiento de Ricardo III o el de Lady Macbeth. Campeones de la crítica, la queja, la protesta y el oposicionismo que operan con técnicas de sobrevaloración, desprecio y venganza. También la envidia, aquel "dragón de los ojos verdes que aborrece el alimento que lo nutre", de acuerdo a una magnífica descripción de Shakespeare; la deshonestidad, que abarca desde la llamada "viveza criolla" a la mala fe. Esta breve enumeración advierte que la violencia es inherente a todo ser humano. Desde la óptica psicoanalítica, lo que supone discriminarla de los factores jurídicos, biológicos e ideológicos, hablar de la violencia implica hablar de lo pulsional. Violencia consiste en la mezcla de Eros con la pulsión de muerte: "La pulsión de muerte del organismo vivo se defiende de la imbricación de lo pulsional de diversas maneras, deflexionándola, utilizando la musculatura, agrediendo, transformándola en pulsión de destrucción o agresión..."[1]. La agresividad siempre actúa mezclada con la pulsión sexual, así entendemos sadismo, masoquismo, en sus diversas formas. Establece una relación con lo imaginario, con el narcisismo. En El malestar en la cultura y en Moisés y la religión monoteísta, Freud explica la tendencia natural a la maldad, la agresión, la crueldad que proviene del odio primordial y que tiene incidencias sociales desastrosas. El hombre satisface sus aspiraciones eludiendo interdicciones. Explota sin resarcir, humilla, martiriza, mata, se apropia de los bienes de otros; pero como debe renunciar a satisfacer plenamente esta agresividad en la sociedad, encuentra un exutorio en los conflictos tribales o nacionales. Todo ello

1 Freud, S.: Nota destacada de los apuntes de la Lic. Catalina Martino sobre La agresividad. Argentina. 2000.

vuelve a Freud pesimista y poco inclinado a creer en el progreso de la humanidad

Al hablar de violencia me refiero, como ejemplo paradigmático, a la tortura. Hay una presencia simbólica específica que permite una agresividad con una cierta finalidad. Hay una licencia del super yo para ejercer una acción que es un hecho perverso en sí. Es un fenómeno individual y también cultural-grupal. La culpa en el parricidio llevó a instaurar normas. Es la estructura de normatividad la que permite deslindar la agresividad de la violencia.

Cuando la ley -estructura de normatividad- se transgrede, hay violencia. Etimológicamente violencia tiene su origen en violare, que significa violentar la ley, la norma. Violentar es aplicar medios agresivos para vencer la resistencia del otro en una situación- en la mayoría de los casos- de abuso de poder, H. Harendt dice que, como la violencia está tan presente en la sociedad humana, ha merecido poca atención de los estudiosos de la política y la historia, porque se la"da por sentada". Como relacioné violencia y poder, creo importante puntualizar algunas disquisiciones sobre el tema, dado que violencia suele confundirse con autoridad, agresividad, temor, poderío y sobre todo, poder. Hay una diferencia sustancial entre el carácter instrumental de la violencia, su ligazón a la acción individual, la naturaleza grupal y, por lo tanto consensual, del poder. Se puede pensar que a mayor capacidad de violencia, mayor poder. Y también se puede pensar que la ausencia de poder desata la violencia; o que a mayor violencia, menor poder. La violencia está en el origen del poder, pero no es su determinante. En la prehistoria dominaba el más fuerte, pero a poco andar el poder nace del conjunto, de la unión de los más débiles que cooperan entre sí para superar la desigualdad propuesta por el dominante. Los ejemplos van desde la horda primitiva hasta la sublevación de los esclavos, entre tantos otros. Harendt dice que el poder"corresponde a la capacidad humana no sólo de actuar sino de actuar en concierto, el poder no es nunca propiedad de un individuo, pertenece al grupo y existe sólo mientras éste no se desintegra". Se desprende de lo antedicho que no existe poder individual; si un individuo aparece con poder es porque la sociedad se lo delega. En esencia, el poder es colectivo, se basa en el consenso, en la delegación voluntaria que la sociedad hace de ese poder en una persona o grupo."El poder brota donde la gente se una y actúe de concierto. Deriva su legitimidad de la unión inicial más que de cualquier acción que lo siga...".“Asociada y confundida con el poder, se halla la violencia, que se distingue por su carácter instrumental". En términos fenomenológicos, se aproxima más al poderío ya que los implementos de la

violencia, como las demás herramientas, se diseñan y emplean a fin de multiplicar la fuerza natural hasta llegar a sustituirla. La violencia puede ser justificable, pero nunca es legítima. La violencia puede destruir al poder, pero no lo puede sustituir; si esto sucede, aparecen las dictaduras y el terror y, cuando esto ocurre, la violencia se vuelve no sólo contra sus enemigos sino también contra sus amigos, pues teme al poder.

Tema 2: Concepto del Hostigamiento Sexual

El Hostigamiento sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales[2].

El hostigamiento sexual en el campo laboral ha venido incrementándose de menos a más, sin embargo son pocas las instituciones que se realmente se han preocupado para la prevención en este tipo de abusos contra las mujeres en un centro de labores, ahora, si nos ponemos tipificar las conductas el agresor atenta contra los derechos constitucionales de la mujer, al respecto podemos señalar algunas manifestaciones que se pueden dar a manera de comentarios verbales, miradas, acercamiento o contacto físico, insinuaciones sexuales, que recibe una persona de otra sin pedirlo ni desearlo. Es así que nuestra mayor preocupación en la presente ponencia se centra en el sentido de que las autoridades del estado así como también del Ministerio de trabajo le restan la importancia debida, pues es visto como algo natural y pasajero en el comportamiento de los hombres hacia las mujeres. Sin embargo puede tener consecuencias emocionales y físicas graves en la persona agredida. Puedo decir entonces después de analizar las formas conductuales actuales de esta manifestación que el hostigamiento sexual laboral es una manifestación del sistema patriarcal, en el cual mujeres y hombres tenemos diferentes roles a los cuales también se les da diferente valor.

En la actualidad estamos conviviendo con la creencia errónea de que el hombre es considerado superior a las mujeres y por lo tanto éste se cree con poder sobre ella. En ese sentido el hostigamiento sexual es una de las formas por medio de la cual los hombres someten a las mujeres, pues es un ejercicio del poder del más fuerte sobre el que se supone más débil.

2 El Peruano. Normas Legales. Art.4 de la Ley de Prevención Contra la Hostilidad Sexual. Publicado el 27-02-03.

Nuestra sociedad debilitada en su totalidad de los valores concibe a la mujer como un objeto sexual, hecho solo para complacer a los hombres. De ahí que a las mujeres en determinados centros laborales se las valore por la apariencia física y no por sus capacidades, sentimientos y decisiones. El hostigamiento sexual en el trabajo se caracteriza por un comportamiento agresivo y desafiante por parte del agresor, en cambio la agredida muchas veces manifiesta una conducta pasiva y sumisa. Generalmente este comportamiento ocurre en una oficina, un ascensor, un pasillo o un camino solitario, pocas veces frente a otras personas.

Tema 3: ¿Cómo se manifiesta?

Según la ley de Protección y sanción del hostigamiento sexual, podemos reconocer en nuestra legislación las siguientes manifestaciones por medio de las conductas siguientes:

a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente y/o beneficioso respecto a su si?tuación actual o futura a cambio de favores sexua?les.
b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad.
c) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.
d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima.
e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las con?ductas señaladas en este artículo.

Tema 4: Acoso Sexual y Hostilidad Sexual

El acoso es someter a una persona a pequeños ataques repetitivos. Toda acción persistente y reiterada de incomodar con palabras o gestos, bromas o insultos en razón de su sexo, edad, nacionalidad, origen étnico, color, religión, estado civil, capacidades diferentes, conformación física, preferencias artísticas, deportivas, situación familiar u otros. Es una violencia en pequeñas dosis que puede no advertirse pero es muy destructiva. Varía según los medios culturales o

sectores profesionales. Su característica es su repetición. Tiene premeditación, deseos de dañar[3].

El acoso sexual fue reconocido como un problema social en la mitad de los años 70 detectado por las feministas que obtuvieron reconocimiento legal sobre la problemática que generaba el acoso sexual al contribuir a la inequidad en las oportunidades de empleo y trabajo. La Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo en Estados Unidos establece que el acoso sexual es una forma de discriminación sexual que ocurre cuando una conducta física o verbal no deseada de naturaleza sexual afecta al trabajo individual, interfiere de manera irracional con el desempeño individual en el trabajo o crea un ambiente de trabajo intimidatorio hostil u ofensivo.

Pero la definición citada con mayor frecuencia es la que figura en la recomendación de la Comisión Europea de 1991, de 27 de noviembre relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, en la que se recomienda a los Estados miembro que adopten las medidas necesarias para fomentar la conciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecten a la dignidad de la mujer y del hombre, incluida la conducta de superiores y compañeros resulta inaceptable si:

- resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma;
- la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos o cualesquiera otras relativas al empleo y/o
- dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma[4].

Por otro lado la hostilidad es la hostilidad puede ser un tipo de discriminación ilícita. La hostilidad es un comportamiento no deseado, desagradable, y no solicitado que rebaja, amenaza, u ofende a la victima y da como resultado un ambiente hostil para la victima. El comportamiento hostil

3 Mackinnon, Catherine. Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination. Yale University Press New Haven. USA. 1979.
4 Bernet Soto, Adriana. Acoso Sexual Laboral. España 2003.

puede incluir, pero no esta limitado a, epítetos, comentarios despreciativos o difamatorios y a propósitos obscenos, asalto, impedimento o bloquear movimiento, contacto ofensivo o físico que interfiere con el movimiento o trabajo normal e insultos visuales, tales como carteles o caricaturas derogatorios.

Tema 5 : Definición de Hostilidad Sexual Laboral

La hostilidad sexual se representa básicamente en hacer sugerencias sexuales no solicitadas y molestas, en la petición de favores sexuales y en otras formas de conducta, verbal, no verbal o física, de carácter sexual que persiguen la finalidad o surten el efecto de coartar de modo inaceptable, el trabajo de una persona o de crear un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo.

En 1980 la Comisión de igualdad de oportunidad en el empleo produjo un conjunto de guías o reglas para definir la hostilidad sexual laboral el acoso sexual como:

Insinuaciones sexuales indeseadas, solicitudes de favores sexuales, u otra conducta física o verbal de naturaleza sexual cuando:

a) Su cumplimiento se hace de manera explícita o implícita en términos o como condición para obtener el empleo.
b) Su cumplimiento o la negación de su cumplimiento por un individuo es la base para tomar decisiones que afecten el empleo de dicho individuo, o
c) Tales conductas tienen el propósito o efecto de interferir sin razón, en la eficiencia del trabajo de un individuo; o creando un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo.

Los puntos a. y b. son llamados "quid pro quo" (del Latín "esto por eso" o "algo por algo"). Esencialmente son "sobornos sexuales" o promesas de beneficios y coerción sexual.

El tipo c. es conocido como "ambiente hostil de trabajo", es de lejos la forma más común. Es menos explícita y más subjetiva[5].

5 Alemany Gómez, Carmen. El acoso sexual en los lugares de trabajo, Madrid, Instituto de la Mujer. (2001)

Tema 6 : Elementos doctrinales que conforman la Hostilidad Sexual Laboral (OIT)

Según la OIT en el aspecto doctrinal considero importante hacer la siguiente anotación respecto de los elementos que se podrían tomar en cuenta para fines académicos, en primer lugar nos encontramos frente al primer elemento el cual señala que la hostilidad no debe ser deseada, que la trabajadora lo perciba como un condicionante hostil para su trabajo, convirtiéndolo en algo humillante. Al respecto, me parece oportuno señalar que el factor determinante de la hostilidad sexual en el trabajo no depende de la intención de la persona culpable: es la persona receptora de dicha actitud la que decide si una conducta de naturaleza sexual es bien recibida o no.

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos frente a una realidad que se aproxima a las necesidades de aquellas victimas del presente tema de discusión. En el reglamento de la Ley de Prevención y Sanción contra la hostilidad sexual laboral, encontramos en su sección quinta los siguientes elementos:

a) Una relación de autoridad o dependencia, o jerarquía o situación ventajosa.
b) Un acto de carácter o connotación sexual: Estos actos pueden ser físicos, verbales, escritos o de similar naturaleza.
c) El acto no es deseado o es rechazado manifiestamente, por la víctima.
d) El sometimiento o el rechazo de una persona a dicha conducta se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación o al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o dicha conducta creando un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.

La reiterancia no será relevante para los efectos de la constitución del acto de hostigamiento sexual, sin embargo podrá ser un elemento indiciario que coadyuve a constatar su efectiva presencia, y en lo que respecta a los menores de edad será de aplicación lo dispuesto en el literal a) del artículo 18 de la Ley N° 27337, Código de Niños y Adolescentes, referido al acoso a los alumnos, entendiéndose a éste como hostigamiento sexual.

Tema 7: Modalidades del Acoso Sexual[6]

ACOSO VERTICAL (acoso chantaje), de parte de un superior jerárquico hacia una subalterna. Manifestación de poder, que puede darse mediante amenazas si la víctima no accede a favores sexuales, o promesa de cualquier tipo de beneficio laboral si accede.

Aquí si incluye situaciones en las que los beneficios del trabajo están condicionados a favores sexuales (quid pro quo) recompensa en latín.

ACOSO HORIZONTAL, se da cuando una mujer es acosada insistentemente por un compañero de trabajo de la misma jerarquía o por un cliente de la empresa donde trabaja.

Tema 8: ¿Cómo Proceder en Nuestra Legislación Nacional?

Nuestra legislación nos dice que en primer lugar debemos de seguir los siguientes pasos:

1. Interposición de la queja.- Las quejas pueden ser presentadas de forma verbal o escrita ante la instancia establecida en cada ámbito de aplicación. En ningún caso se puede obligar a la víctima a interponer la queja ante el presunto hostigador, por ser coincidentemente la autoridad encargada del proceso, debiendo corresponderle al inmediato superior o quien haga sus veces. Recibida la queja, la autoridad u órgano administrativo tiene un plazo de 24 horas o el del término de la distancia debidamente fundamentado, para elevar la queja a la instancia u órgano competente encargado de la investigación.
2. Medidas cautelares.- Con la finalidad de asegurar la eficacia de la Resolución final y la protección a la víctima, se podrá solicitar y/o dictar medidas cautelares. Las medidas que se adopten deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad, y que podrán ser: Rotación del presunto hostigador, Suspensión temporal del presunto hostigador, salvo los trabajadores del Régimen Laboral Público, Rotación de la víctima, a solicitud de la misma, Impedimento de acercarse a la víctima o a su entorno familiar, para lo cual se deberá efectuar una constatación policial al respecto, Asistencia psicológica u otras medidas de protección que garanticen la integridad física, psíquica y/o moral de la víctima, por ser el/la mayor

6 Idem.

afectado/a con el hostigamiento sexual sufrido. Dicha responsabilidad estará a cargo del Sector Salud.

3. Traslado de la queja.- Al tomar conocimiento el órgano encargado de la investigación, éste cuenta con 3 días hábiles para correr traslado de la queja. El quejado cuenta con 5 días hábiles para presentar sus descargos contados a partir del día siguiente de la notificación. El descargo deberá hacerse por escrito y contendrá la exposición ordenada de los hechos y pruebas con que se desvirtúen los cargos. Las pruebas que podrán ser utilizadas son las establecidas en el presente Reglamento y podrán ser presentadas hasta antes que se emita la Resolución final.
4. Investigación.- La autoridad u órgano encargado de la investigación cuenta con el plazo de diez (10) días para realizar su labor: correrá traslado de la contestación al quejoso dentro del tercer día hábil de recibida dicha contestación, deberá poner en conocimiento de ambas partes todos los documentos que se presenten y realizará las investigaciones que considere necesarias a fin de determinar la configuración del acto de hostigamiento sexual, de acuerdo a los criterios establecidos en la Ley y el presente Reglamento. La resolución motivada que se derive de esta investigación pondrá fin a los respectivos procedimientos internos de cada institución.
5 Plazo máximo.- El procedimiento durará como máximo 20 días hábiles, salvo el término de la distancia debidamente fundamentado, para el caso de las regiones geográficamente apartadas.

II: REALIDAD JURÍDICA PERUANA

Tema 1: Hostigamiento Sexual en el Régimen Laboral Privado[7]

1. Ámbito de aplicación:

Se encuentran comprendidas todas la relaciones sujetas al régimen laboral de la actividad privada, los trabajadores y socios trabajadores de las empresas de servicios, las cooperativas de trabajo, la entidades educativas sujetas a este régimen laboral, los contratados por prácticas pre-profesionales, convenios de formación y contratos de aprendizaje.

7 Abad Yupanqui, Samuel, "Acción de Amparo y Vías paralelas", en lecturas sobre temas constitucionales. 2005.

2. **Obligaciones del empleador:**

- Promover y establecer medidas de prevención y sanción del hostigamiento sexual.
- Capacitar y sensibilizar a sus trabajadores sobre las conductas a sancionar por hostigamiento sexual.
- Establecer, dentro de un plazo de treinta días calendario -contados a partir del 26 de noviembre del 2003-, un procedimiento preventivo interno que permita al trabajador interponer una queja en caso sea víctima del hostigamiento sexual, el mismo que deberá ponerse en conocimiento de todos los trabajadores del centro laboral. De este modo, hasta el 26 de diciembre este plazo está vigente, luego de lo cual se convierte en obligatorio. Este procedimiento deberá contener, según el reglamento, unas pautas mínimas, las cuales se detallan en el punto 2.3 siguiente.
- Informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) sobre el procedimiento preventivo instaurado y las sanciones impuestas dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, los cuales se computarán a partir de la fecha en que fue expedida la resolución final del procedimiento de prevención.

3. **El procedimiento preventivo:**

Ante un acto de hostigamiento sexual, el trabajador puede optar por las siguientes alternativas:

a) Accionar por el cese de hostilidad.
b) Exigir el pago de una indemnización dando por terminado el contrato de trabajo, conforme al artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante LPCL).

En caso el trabajador optase por la alternativa a), deberá accionar por el cese de hostilidad siguiendo el procedimiento preventivo establecido por el empleador, el cual debe cumplir los siguientes requisitos:

1. La queja deberá ser interpuesta ante la Gerencia de Personal, Oficina de Personal o de Recursos Humanos o quien haga sus veces. De ser el caso que

la queja sea interpuesta contra el gerente de personal, esta debe interponerse ante la autoridad inmediata de mayor jerarquía.
2. El gerente de personal o la autoridad de mayor jerarquía, correrá traslado inmediatamente, de la queja al quejado, dentro del tercer día útil de presentada.
3. El quejado tiene un plazo de cinco (05) días útiles para presentar sus descargos, adjuntando las pruebas que considere oportunas, las cuales podrán ser presentadas hasta antes que se emita resolución final.
4. Las pruebas que pueden ser utilizadas para la demostración del hostigamiento sexual son las siguientes:
   - Declaración de testigos.
   - Documentos públicos o privados, grabaciones, correos electrónicos, mensajes de texto telefónicos, fotografías, objetos, cintas de grabación, entre otros.
   - Pericias psicológicas, psiquiátricas, forenses, grafotécnicas, análisis biológicos, químicos, entre otros.
   - Cualquier otro medio probatorio idóneo.
5. El gerente de personal o la autoridad con mayor jerarquía correrá traslado de la contestación al quejoso, y deberá poner en conocimiento de ambas partes todos los documentos que se presenten.
6. El gerente de personal o la autoridad con mayor jerarquía cuenta con diez (10) días hábiles para realizar las investigaciones que considere necesarias a fin de determinar el acto de hostigamiento sexual.
7. El gerente de personal o la autoridad con mayor jerarquía podrá interponer medidas cautelares durante el tiempo que dure el procedimiento. Estas incluyen medidas de protección para la víctima. Dichas medidas cautelares podrán ser las siguientes:
   - Rotación del presunto hostigador.
   - Suspensión temporal del presunto hostigador, salvo los trabajadores del Régimen Laboral Público.
   - Rotación de la víctima, a solicitud de la misma.
   - Impedimento de acercarse a la víctima o a su entorno familiar, para lo cual se deberá efectuar una constatación policial al respecto.
   - Asistencia psicológica u otras medidas de protección que garanticen la integridad física, psíquica y/o moral de la víctima, por ser el/la mayor afectado/a con el hostigamiento sexual sufrido. Dicha responsabilidad estará a cargo del Sector Salud.

8. El gerente de personal o la autoridad con mayor jerarquía contará con cinco (05) días hábiles para emitir una resolución motivada que ponga fin al procedimiento interno.
9. En caso se determine la existencia del acto de hostigamiento sexual, las sanciones aplicables dependerán de la gravedad, debiéndose tener en cuenta que pueden ser:

   - Amonestación.
   - Suspensión.
   - Despido.

10. Los trabajadores sancionados con despido por acto de hostigamiento sexual tienen expedito su derecho a interponer una demanda de nulidad de despido o el pago de indemnización por despido arbitrario.

11. En caso la queja recaiga sobre la autoridad de mayor jerarquía, este procedimiento interno no resulta aplicable, teniendo el trabajador el derecho a interponer una demanda por cese de hostilidad, de acuerdo a lo establecido por el artículo 35 de la LPCL.

Tema 2: Caducidad

El plazo para presentar la queja o demanda por cese de hostilidad o pago de indemnización por despido arbitrario es de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de producido el último acto de hostigamiento o indicio del mismo

Tema 3: El Hostigamiento Sexual en el Régimen Laboral Público

1. **Ámbito de aplicación**
   Se aplica a todos los funcionarios y servidores públicos sujetos al régimen laboral público, regulado por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Cabe señalar que a efectos de la aplicación de las disposiciones del reglamento analizado, no interesa el vínculo contractual de la persona presuntamente hostigada.
2. **Procedimiento administrativo**

El procedimiento aplicable es el establecido en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
De ser el caso que el quejado sea un servidor, la queja deberá ser evaluada por la Comisión Permanente de Procedimientos Administrativos Disciplinarios. En caso el quejado sea un funcionario, la misma deberá ser examinada por la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios.
En caso el quejado sea miembro titular de las referidas comisiones, deberá ser reemplazado por un miembro suplente elegido por la víctima.

3. **Inicio del procedimiento**
   Recibida la queja por la autoridad correspondiente, la Comisión respectiva calificará y se pronunciará sobre la procedencia de la apertura o no del proceso administrativo disciplinario. En caso de no proceder la queja, la Comisión elevará lo actuado al titular de la entidad con los fundamentos de su pronunciamiento, para los fines del caso.
   En caso el titular del sector o el funcionario encargado de emitir resolución para instaurar el procedimiento administrativo no cumpla con iniciar el procedimiento, será responsable solidario por el pago de la indemnización que pudiera corresponder al hostigado. La resolución que instaura el procedimiento por hostigamiento deberá ser comunicada al órgano de auditoría encargado del seguimiento de los procesos administrativos de la institución.
4. **Plazos para el procedimiento administrativo disciplinario**
   El plazo de este procedimiento no podrá exceder de treinta (30) días hábiles, y en caso no se concluya en este período, será bajo responsabilidad de la Comisión encargada de evaluar el caso, configurándose una falta de carácter disciplinario no cumplir con resolverlo dentro del plazo señalado.
   El descargo debe hacerse por escrito y contendrá la exposición ordenada de los hechos, los fundamentos legales y pruebas con que se desvirtúen los cargos materia del proceso o el reconocimiento de su legalidad. El término de presentación es de cinco (05) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación. Excepcionalmente, cuando exista causa justificada y a petición del interesado se prorrogará cinco (05) días hábiles adicionales.

El proceso administrativo disciplinario deberá iniciarse en un plazo no mayor de un (01) año, contado a partir del momento en que la autoridad competente

tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria, bajo responsabilidad de la citada autoridad. En caso contrario, se declarará prescrita la acción sin perjuicio del proceso civil o penal a que hubiere lugar.

Estas disposiciones serán aplicables a los funcionarios y servidores públicos contratados, en lo que les sea aplicable, aun en el caso que hayan concluido su vínculo laboral con el Estado, y dentro de los términos señalados en el reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

III: PROTECCION CONSTITUCIONAL CONTRA LA HOSTILIDAD LABORAL SEXUAL

Tema 1: El Amparo Laboral

Dar una definición única sobre la palabra amparo es un poco amplia sin embargo al remitirnos al Latín encuentro que Amparar, significa favorecer, proteger, defender. Acogerse al favor o protección de alguien. La institución constitucional del amparo tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Constitucional y principalmente tiene como norte jurídico proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad, sin importar su índole, que actúa fuera del ámbito de sus atribuciones legales, y de esta manera esta haciendo vulnerable las garantías de las personas establecidas en la Constitución Peruana o los derechos que ella protege.

En el campo laboral y en campo del Derecho del trabajo entendido este último como: el más social de todos los derechos, en vista de que este es una rama autónoma que va a regir y a garantizar los derechos más relevantes del hombre, que van más allá de las relaciones pecuniarias o de los intereses entre las partes o terceros. Entre estos derechos podemos mencionar el derecho al empleo, el derecho al salario justo, el derecho a las 8 horas de trabajo, a la libertad sindical entre otros que se encuentran consagrados en la Constitución. El recurso de amparo viene a constituir el medio de rescate de algunos de estos derechos, que se hayan visto violados con la finalidad de proteger los intereses del trabajador.

Es de gran importancia el amparo laboral por cuanto constituye el mecanismo de protección de los trabajadores cuando sus esferas jurídicas se ven afectadas o perturbadas por un tercero quien excediéndose de sus funciones o

valiéndose de su autoridad atenta contra sus derechos. Derechos que por su naturaleza y su relevancia trasciende las relaciones individuales de las partes y se desprenden prerrogativas y garantías para la proyección de los mismos, que son inseparables del ser humano [8].

Tema 2: Derechos Cautelados y Protegidos por la acción de Amparo

Las leyes sociales tienen una naturaleza eminentemente proteccionista en función de los derechos de los trabajadores que son aquellos que más urgentemente hacen necesaria la intervención del Estado en el logro del equilibrio entre la superioridad del empleador sin importar que este sea un empleador público o empleador privado, ante la condición débil jurídica que posee el trabajador, aunque esta condición de debilidad jurídica no es merecida por el trabajador. En razón de esto el nuevo Código Procesal Constitucional establece que una protección especial a los derechos de los trabajadores y ciudadanos en general como:

- Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;
- Al trabajo;
- De sindicación, negociación colectiva y huelga;
- De petición ante la autoridad competente;
- De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
- A la salud; y los demás que la Constitución reconoce.

Esta acción de garantía constituye el medio adecuado e idóneo para la protección efectiva ante la amenaza o violación de un derecho constitucional, ya sea por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, incluso cuando exista incompatibilidad entre una norma legal y la Constitución, es recurrible por esta vía de protección, declarándose en tal caso la inaplicabilidad de la norma en cuestión al caso concreto. La Acción de Amparo tiene por fin proteger todos los derechos constitucionales, explícitos o implícitos. También están tutelados los derechos patrimoniales. Actualmente, se discute en doctrina si el amparo tutela derechos de origen no constitucional, sino derivados de una ley o de un Tratado Internacional. Una corriente extensiva así lo admite, fundamentando su tesis en

8 SAINZ M. Carlos (1.993):"Antecedentes y connotaciones de la nueva Ley Orgánica del Trabajo.". Caracas

que, si se niega un derecho de base legal, se está privando al afectado de una facultad propia, contraviniendo el principio constitucional por el cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe." Para esta corriente el Amparo debe proceder en cuanto se utilice para tutelar derechos emergentes de un tratado internacional como el derecho de réplica.

Tema 3: La Acción de Amparo frente a la Hostilidad laboral Sexual

La Acción de Amparo en el campo laboral, por ser tema especifico de la presente ponencia, es una acción de garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza cualquier derecho reconocido por la Constitución (Art. 200 inc. 2); como por ejemplo: que el empresario haga una promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente y/o beneficioso respecto a su si?tuación actual o futura a cambio de favores sexua?les, que formule amenazas al trabajador de manera que exija una conducta no deseada por parte de la trabajadora porque atenta o agravie su dignidad, que el empleador o cualquier trabajador utilice términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima, que existan acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima y todo aquel trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en el presente trabajo.

Tema 4: Sujetos frente a la Hostilidad laboral Sexual

4.1 Sujeto Activo de la Violación o Amenaza

El sujeto activo de la hostilidad sexual viene a ser Toda aquella persona que dirige a otra comportamientos de naturaleza sexual no deseados, cuya responsabilidad ha sido determinada y que ha sido sancionada previa queja o demanda según sea el caso, por hostigamiento sexual, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley de Hostilidad sexual laboral y su reglamento.

4.2 Sujeto Pasivo de la Violación o Amenaza

En nuestro ordenamiento jurídico respecto al tema materia de estudio se delimita de manera contundente como el sujeto de la hostilidad sexual denominándolo Hostigado a aquella persona, varón o mujer, que es víctima de hostigamiento sexual.

4.3 Casos en que resulta Improcedente

La acción de amparo en el ámbito laboral se sujeta a lo convenido en la ley 23506, en la que se establece que la acción de garantía no procede cuando:

a) Haya cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable;
b) Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular. (Texto según Ley 27053, publicada el 19 de enero de 1999)
c) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria; y
d) De las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones.

4.4 Legitimación Activa: ¿Quién debe entablar la demanda?

Según nuestro nuevo código procesal constitucional y el tema materia de discusión El hostigado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo. Así como también en el mismo cuerpo procesal podemos encontrar en el Artículo 40 respecto de la Representación Procesal en la que dice que el hostigado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada. Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos. Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales y respecto

del siguiente articulo en el tema de la Procuración Oficiosa, el mismo cuerpo normativo nos señala que cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.[9]

4.5 Calificación Positiva de la Acción de Amparo

En primer lugar del hostigado debe tener en cuanta que su ejercicio de la acción de Amparo no haya caducado. Esto es, que la interposición de la acción se haya producido dentro de los 60 días hábiles desde el momento en que se produce la afectación, aún cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad, y siempre que, el hostigado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si se demuestra que no se hallaba en dicho supuesto, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento

Que se hayan agotado las vías previas, es decir La Acción de Amparo sólo procede siempre que se hubiera cumplido con agotar los procedimientos administrativos, esto lo mencioné y señale en el capitulo anterior en el que detalladamente señalo los pasos a seguir dentro de la institución laboral, con el objeto que la propia administración corrija el acto lesivo si lo hubiera, y la norma no sólo exige que se trámite la vía previa, sino que además se agote (haciendo uso de algún recurso impugnativo contra ordenes de pago, por ejemplo), salvo excepciones previstas por ley. Destaco estos lineamientos por cuanto se concatenan mejor con el tema en análisis.

Tema 5: Procedimiento de La Acción de Amparo frente a la Hostilidad laboral Sexual

5.1 Demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

9 Gaceta Jurídica. Guía Procesal del Abogado. 2005.

1) La designación del Juez ante quien se interpone;
2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
3) El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del Código Procesal Constitucional;
4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;
5) Los derechos que se consideran violados o amenazados;
6) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
7) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado. En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente.

5.2 Acumulación subjetiva de oficio

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

5.3 Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido. Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se

computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.

4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

5.3 Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

5.4 Excepciones al agotamiento de las vías previas

No será exigible el agotamiento de las vías previas si
:

1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;
2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;
3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o
4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

5.5 Improcedencia liminar

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código.

También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones

consideradas inexactas o agraviantes. Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto.

5.6 Inadmisibilidad

Si el Juez declara inadmisible la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

5.7 Reconvención, abandono y desistimiento

En el amparo no procede la reconvención ni el abandono del proceso. Es procedente el desistimiento.

5.8 Acumulación de procesos y resolución inimpugnable

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de amparo. La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.

5.9 Juez Competente y plazo de resolución en Corte

Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción. Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio. La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda.

5.10 Impedimentos

El Juez deberá abstenerse cuando concurran las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso será procedente la

recusación. El Juez que intencionalmente no se abstiene cuando concurre una causal de impedimento, o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal.

5.11 Trámite

En la resolución que admite la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados. Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta. Si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. Si estima que la relación procesal tiene un defecto insubsanable, declarará improcedente la demanda en la sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito. Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

5.12 Intervención litisconsorcial

Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior.

El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.

5.13 Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

5.14 Costas y Costos

Si la sentencia declara fundada la demanda, se interpondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos. En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

5.15 Apelación

La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

5.16 Trámite de la apelación

El superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro

de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa. El superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad.

5.17 Ejecución de Sentencia

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del Código procesal Constitucional, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 del Código Procesal constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho. Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente. Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

IV: COMENTARIOS Y REFLEXIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo de investigación, la intención inicial y principal de la presente, no ha sido mas que enfocar desde un punto de crítico - constructivo respecto de toda aquella conducta que atente contra los derechos

fundamentales de las personas, para ser mas específicos me refiero a las damas, ya que aún con el transcurrir de los siglos sus derechos no les son reconocidos plenamente por determinadas personas de nuestra sociedad que sólo las ven como objetos de satisfacción personal y no las ven como seres potencialmente inteligentes que se merecen estar en un sitial de respeto y honor para las mismas.

Esos derechos vulnerados constitucionalmente hacia ellas nos hace pensar que nos encontramos en un medio en el cual el poder del empleador se ve reflejado como en antaño conocíamos como ley del mas fuerte, lo cual nos hace retroceder en el tiempo y nos hace reflexionar de que las sanciones para este tipo de violencia humana inconstitucional se ven muy dóciles y el agresor después de haber cometido su fechoría sigue su vida como si no hubiese pasado nada, y por el abuso del poder, el cual puede ser el dinero, el puesto, etc. Es que las víctimas de estos malos empleadores casi siempre son vistas con malicia y son ellas las que al final de tanta ofensa y atropellos hacia ellas son las que aparte de ser dañadas moralmente, ó en caso de que ellas no accedan los requerimientos del jefe, sufren otro tipo de hostilizaciones laborales, las cuales a las finales de todo ese penoso proceso, terminan renunciando al trabajo o en el peor de los caso son despedidas sin justa razón.

Al respecto ya se ha pronunciado las diversas organizaciones de defensa de los derechos humanos de la mujer, en la que a parte de delimitar las fronteras que debería de existir en un centro laboral como el respeto, confianza, empatía, etc. Nos encontramos frente a un fenómeno, que tal vez por descuido o ignorancia del legislador, social va carcomiendo día a día a nuestra sociedad de un mundo al cual llamamos globalizado, y todo parece indicar que al estar inmersos en esta era de la revolución de la tecnología, al mismo tiempo decrecemos en una revolución que a la fecha aún no comienza su marcha por el mundo, el cual es el rescate de los valores que en algún día fueron guías de grandes personajes de nuestra historia y que esos valores en antaño fueron los que decidieron el destino de muchas personas y naciones en el animo de llegar al bien común y de dar el todo por el todo en beneficio de una colectividad que en conjunto se llama nación.

Al respecto los que nos involucramos en estudio de los fenómenos jurídicos del medio, somos los primeros llamados a empezar una cruzada por el rescate de los mismos, rescate que no solo serán de beneplácito de esta sociedad que esta ávida de que cambie para mejora no solo de los actuales transeúntes móviles del presente siglo sino que se preocupa por aquellas generaciones que vendrán después de nosotros pero que herencia podemos dejar a las nuevas generaciones

si tanto jurídica como moralmente sólo les dejamos angustias y conformismos con lo que ocurre. En el campo laboral hay mucho por escudriñar respecto al presente tema de ponencia, ya que en mi humilde apreciación no solo se trata de hacer leyes que nos señalen cómo y de qué manera se realiza la hostilidad sexual laboral, sino que debemos de iniciar una labor desde las facultades de derecho en el fiel animo de prevenir y concienciar a los empleadores, trabajadoras y trabajadores de que el SILENCIO en este tipo de atropellos no deben ser ocultados y deben tener la confianza de que aún en esta sociedad, quedamos jóvenes letrados que somos concientes del dolor anímico que sufren al ser víctimas de malos empleadores, y que desde ya cuentan con una mano extendida de animo y aliento para poder sobrellevar esa difícil situación y que de manera conjunta con la sociedad pongamos mano dura y buscar una drástica sanción a esta gente que sea feliz haciendo daño a los demás.

CONCLUSIONES

- La mujer no es responsable del acoso sexual. No existen situaciones ni vestimentas, ni actitudes que "provoquen" actitudes acosadoras.
- A las mujeres no les "gusta" ser acosadas, en contra de todas las creencias masculinas al respecto. Las mujeres (y los hombres) tienen derecho a elegir libremente sus relaciones.
- La legislación que pena el acoso sexual no puede cambiar al acosador pero sí poner límites y proteger los derechos de las mujeres en su trabajo.
- Dependerá bastante de la política del centro de trabajo que se preocupen capacitar a sus empleados, a fin de evitar problemas internos que ala larga repercutan en el crecimiento empresarial de la misma.
- Es necesario reconocer y resaltar que el derecho de uno empieza cuando respetamos el derecho de los demás.

BIBLIOGRAFÍA

- Alemany Gómez, Carme (2001) El acoso sexual en los lugares de trabajo, Madrid, Instituto de la Mujer. ISBN 8477999686
- Alemany Gómez, Carmen. El acoso sexual en los lugares de trabajo, Madrid, Instituto de la Mujer. (2001)
- Bernet Soto, Adriana. Acoso Sexual Laboral. España 2003.

- Berlak, Miriam. Programa Género ORL /FITCM. 2000.
- El Peruano. Normas Legales. Art.4 de la Ley de Prevención Contra la Hostilidad Sexual. Publicado el 27-02-03
- Gaceta Jurídica. Revista "Actualidad Jurídica" N° 121 de diciembre de 2003 .
- http://rafael-llanos-gamarra.neurona.com.E-Mail: effective_help@yahoo.es
- IIDH. "La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2004)
- Mackinnon, Catherine. Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination. Yale University Press New Haven. USA. 1979
- OIT. "Violence at Work Magazine" 2004
- Velázquez Barón, Ángel (2000) Delitos de acoso sexual (Libro Electrónico), Bosch.
- Wise, Sue (1992) El acoso sexual en la vida cotidiana, Paidos, 1992.

EL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE 2002*

*RICARDO MARCENARO FRERS***

Cuando se aprobó la Constitución de 1993, por razones políticas e ideológicas, se realizaron críticas a los artículos referidos al trabajo. Debido a mi especial interés por el tema y siendo el responsable político de dicha parte del texto constitucional por haber sido electo Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático, en 1995 publiqué el libro "El Trabajo en la Nueva Constitución", Cultural Cuzco S.A. En dicho texto se explica la preparación de los artículos por destacados especialistas y su aprobación por unanimidad de todos los partidos políticos en la Comisión que tuve el honor de presidir. Además se presenta la comparación de dicho texto con las Constituciones latinoamericanas y europeas demostrándose que se seguía la más moderna tendencia mundial.

Para poder establecer los derechos que tendrían jerarquía constitucional en la Constitución de 1993 se tomó en cuenta la doctrina, los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos y, especialmente, los temas propuestos por los especialistas peruanos en diversas publicaciones. Asimismo, se revisaron las propuestas efectuadas por abogados en diferentes publicaciones habiendo obtenido la relación temática comparativa siguiente: "No obstante, para que tal sociedad pluralista pueda tener viabilidad, es necesario que la

---

* El Trabajo comparado en 24 Constituciones europeas, 19 Constituciones latinoamericanas y el Proyecto de Reforma Constitucional de 2002.

** Abogado Laboralista. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Constitución reconozca determinados derechos, como el trabajo, el empleo, la igualdad o no discriminación, el salario, la seguridad e higiene, el descanso, las vacaciones, la protección contra el despido arbitrario, entre otros, que son precisamente intereses de naturaleza individual de los trabajadores subordinados.

Pero tal protección debe ir acompañada de determinados derechos colectivos o instrumentales en favor de los trabajadores en cuanto a grupo o clase social. Así, la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, el derecho de participación en las empresas y el derecho a la huelga. Estos derechos están destinados justamente a mantener el equilibrio dentro de una sociedad pluralista".[1]

> "En efecto, en el campo del derecho individual del trabajo, las normas referentes al salario justo y la remuneración mínima vital, jornada máxima de trabajo, pago de horas extraordinarias, descanso semanal, vacaciones y compensación por tiempo de servicios son casi el "piso" de una legislación protectora del trabajador, y como tal están virtualmente consagradas por las normas internacionales del trabajo emanadas de los convenios de la OIT con pretensión de validez universal. En este ámbito, es, sin duda, el derecho a la estabilidad laboral aquel que concita las mayores polémicas y enconos, (...) caso de las asignaciones familiares, el derecho de huelga, la protección de la madre trabajadora, la higiene y seguridad en el trabajo, la causa justa de despido, el procedimiento de la negociación colectiva y la participación en la empresa, (...) principios del derecho laboral enunciados por la Constitución como lo son el protector, la igualdad de trato, la irrenunciabilidad de derechos y el in dubio pro operario".[2]

> "Consideramos adecuado que se legisle sobre las remuneraciones (...) no discriminación (...) remuneración mínima (...) jornada de trabajo (...) derechos laborales que son considerados mínimos (...) especial protección legislativa para el trabajo de mujeres y menores

1 CIUDAD REYNAUD, Adolfo. El Derecho Constitucional del Trabajo. Análisis Laboral. Enero 1993.p.20
2 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La Reforma Constitucional y el Derecho del Trabajo. Asesoría Laboral. Año III, No.26. Febrero 1993. p. 12

> (...) productividad (...) la ley protegerá a los trabajadores contra el despido arbitrario (...) en lo referente al derecho de sindicación, por la propiedad de su enunciación, podría mantenerse en su integridad el texto del artículo 51 de la Constitución de 1979 (...) la negociación colectiva (...) el convenio colectivo (...) derecho de huelga contenido en el artículo 55 de la Constitución de 1979 (...) el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa (...) por excepción las leyes laborales pueden ser retroactivas (...)"[3].

Estos últimos especialistas además consideran que "no se encuentra justificación, a que sea la Constitución la llamada a legislar sobre la situación laboral de los trabajadores extranjeros (...) asignaciones familiares (...) trabajadores a domicilio (...) banco de los trabajadores (...)"[4].

Tal como puede deducirse de los comentarios citados, la Constitución de 1993 incluyó los principales derechos laborales que habían sido señalados por los especialistas, antes que se aprobara el texto constitucional. Se consideraron los derechos laborales fundamentales y fueron excluidos aquellos que la mayoría reconocía no era materia constitucional. Luego de establecer los derechos que serían tratados en la Constitución se procedió a enunciarlos en terminología técnica, concisa y moderna evitando las reglamentaciones y ataduras que impidieran la evolución de la legislación laboral.

La Constitución no es un código de trabajo y por lo tanto sólo debe contener los derechos laborales fundamentales, esenciales y básicos expresados en los términos más precisos y concisos que sea posible.

En la Constitución de 1993 se pretendió evitar las rigideces del pasado que impedían el normal desarrollo del Derecho Laboral y se buscó no sólo proteger al trabajador sino también convertir a esta rama del Derecho en promotora de empleo y desarrollo económico. Es decir, se acordó redactar una Constitución que reconociera los derechos laborales fundamentales, pero que también permitiera se legisle en favor de la flexibilización del Derecho Laboral.[5]

En el año 2004 presenté la edición privada de un nuevo libro "El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas" en el que comparo 19

3 APARICIO VALDEZ, Luis, BERNEDO ALVARADO, Jorge, CHIENDA QUIROZ, Alfredo, ROMERO MONTES, Francisco, SERKOVIC GONZALES, Germán, VERTIZ IRIARTE, Aldo. El Tratamiento Constitucional del Trabajo. Debate y propuestas. En Análisis Laboral. Enero 1993,p. 23.
4 Ibíd.
5 MARCENARO FRERS, Ricardo. El Trabajo en la Nueva Constitución. Cultura Cuzco S.A.. 1995. p.19 a 23.

Constituciones Latinoamericanas y 24 Europeas exclusivamente en el tema de trabajo. Si comparo los derechos laborales comunes (cinco o más países) en Europa y Latinoamérica juntos solo existen quince (15) temas, que son los siguientes:

El trabajo como derecho y/o deber.
Protección al trabajo.
Protección a la mujer o madre.
Protección al menor de edad.
Fomento del empleo (Pleno empleo).
Principio de igualdad y no discriminación.
Libertad y elección de trabajo.
Salario social.
Jornada de trabajo.
Descanso semanal, vacaciones y feriados.
Formación profesional.
Libertad sindical.
Convenios colectivos de trabajo.
Huelga.
Participación de los trabajadores en la empresa.

Estos temas han sido comprendidos en el texto de la Constitución de 1993 y en el proyecto de 2002 que está en proceso de aprobación en el Congreso.

También, tomando en cuenta los temas que los autores peruanos consideran deben incluirse en la Constitución, puedo concluir que la gran mayoría de ellos han sido incorporados en la Constitución de 1993 y en el proyecto de 2002.

La Constitución de 1993 y el proyecto de 2002 han excluido muchos de los temas incorporados en el texto constitucional de 1979 tales como "el trabajo fuente principal de la riqueza", "sistema de asignaciones familiares", "trabajo nocturno", "compensación por tiempo de servicios", "derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios","el trabajador a domicilio","la creación del Banco de los Trabajadores", "la remuneración al trabajo extraordinario","retroactividad en materia laboral"y el concepto de "cogestión y copropiedad", entre otros.

Sabiamente la Comisión de Constitución no aceptó el criterio manifestado por el Dr. Carlos Ferrero Costa, presidente del Congreso, ya que "para el titular del Congreso la nueva Carta Magna que surja, después de aprobadas la reformas,

se parecerá en lo laboral a la de 1979 y en lo económico a la de 1993" (El Peruano,10 de Marzo de 2002, pag.4). Es evidente que la economía y el derecho laboral deben tener una misma orientación y, en consecuencia, nos parece correcto que los parlamentarios no aceptaran la concepción ideológica que inspiró la Constitución de 1979, ni el primer proyecto presentado a la Comisión de Constitución del Congreso de la República.[6] Curiosamente, el legislador actual criticó duramente la Constitución de 1993 en el tema laboral, sin embargo, al momento de redactar la propuesta de un nuevo texto, tomó en cuenta los mismos temas de la Constitución de 1993 y ha buscado cambiar solo algunos conceptos. Destacados juristas, profesores universitarios de Derecho Laboral y muchos especialistas han resaltado los evidentes méritos de la Constitución de 1993 en el tema laboral. Podemos resumir los diversos comentarios favorables a la Constitución de 1993 en materia laboral con las palabras del Dr. Mario Pasco Cosmópolis:

> "A nuestro entender, lo recogido en materia laboral por la nueva Constitución supera la gaseosa y superabundante proliferación de la anterior en esta materia. No podía ser distinto si atendemos a que el moderno texto fue elaborado, en su integridad, por un grupo de conspicuos juslaboralistas, entre quienes destacan los exministros Joaquín Leguía, Carlos Blancas y Alfonso de los Heros; los directores de revistas especializadas Ana María Yánez, Luis Aparicio y Javier Neves; y diversos profesores universitarios. Ese grupo informal era de amplia y plural composición; estuvo representado allí el pensamiento de personas cercanas al movimiento sindical, como al empresariado y a la cátedra independiente. En una materia delicada, difícil y conflictiva como es la laboral, resulta enaltecedor que el contenido de la Constitución sea fruto de un consenso académico y no de una lucubración política.

Sus características más saltantes son, en nuestra opinión, las siguientes:

1. Concisión y concreción. La Carta de 1979 adolecía de grandilocuencia y lirismo. Eran más los postulados teóricos, las declaraciones principistas, las metas

6 MARCENARO FRERS, Ricardo. El Trabajo en el Derecho Constitucional Latinoamericano y Europeo. Análisis Laboral , Vol. XXVI, No. 301, Julio 2002, p. 31.

ideales, que los derechos concretos y exigibles que de ella podían desprenderse.

No obstante, a pesar de su abstracción, algunos de ellos fueron utilizados como fundamento para las más descabelladas pretensiones —por vía de las acciones de amparo— y, peor aún, admitidas por algunos tribunales.

Una buena Constitución debe ser concreta, veraz y factible. Debe proponerse metas que puedan ser cumplidas; no meras declaraciones ideales, sino preceptos en los cuales pueda el trabajador obtener tutela para sus legítimas aspiraciones.

El texto aprobado reúne esas características.

2. Flexibilidad. La Constitución de 1979 era extremadamente rígida en muchas de sus postulaciones, pese a lo cual tenía el curioso defecto de remitir demasiadas cosas para la legislación posterior. Esa legislación en muchos casos no llegó a ser dictada, con lo que se producía una doble distorsión: por un lado, por falta de reglamentación legal, la Constitución no lograba plena eficacia; por otro, la legislación que hubiera tenido que dictarse venía encorsetada por moldes inflexibles, que restringían la capacidad creativa del legislador.

Ejemplo patético de este defecto fue la prescripción de los derechos laborales que, al ser establecida en quince años, no daba margen para un criterio menos arbitrario. Sin embargo, nunca se dio la ley que precisara desde cuándo se contaba tan dilatado plazo, materia que quedó en la nebulosa.

3. Tecnicismo. Al haber sido redactada por expertos, el uso del lenguaje es cuidadoso, buscando precisión y claridad.

Eso no significa que se hagan concesiones en cuanto al contenido; antes bien, cuando es necesario, se recurre al lenguaje sofisticado que resulta imprescindible para definir ciertos conceptos. Tal es el caso, por ejemplo, de la expresión " fuerza vinculante" utilizada para la convención colectiva, que ya fue recogida en el ordenamiento y tiene el respaldo de la doctrina española, de la cual ha sido tomada en préstamo.

4. Liberalismo. Resultaría contrario a la lógica y la razón que la parte laboral de la nueva Constitución no se alineara con el sustrato ideológico que prevalece en lo demás. Promovida desde un Gobierno que ha sentado las bases legales y económicas para un desarrollo basado en la libre empresa, en la reducción del rol estatal, en la eliminación del intervensionismo y los controles, en la apertura de los mercados, etc., de un Gobierno abiertamente liberal, en suma, la nueva Carta tiene que recoger ese aliento y ese destino.

En lo social, empero, se ha buscado resguardar las esencias intangibles del Derecho Laboral: su carácter eminentemente protector, el respeto a la dignidad del trabajador, la garantía de sus derechos fundamentales, el

reconocimiento de los derechos colectivos y la promoción a su ejercicio democrático.

Nadie que actúe de buena fe y con sensatez y ponderación, podrá calificar esta Carta de antiobrera o retrógrada. Es más bien progresista en la medida que se orienta y enrumba en el sentido del cambio social que nuestra patria y el mundo entero vienen viviendo.

Es, por sobre todo, un texto hecho para el Perú, pensando en el país real y en el tiempo actual; no tomado a préstamo de realidades extranjeras, que pueden ser útiles como ejemplo, mas no como modelo y menos como paradigma. Debe ser, por todo ello, al menos en la materia laboral, el marco que conduzca a relaciones laborales más racionales y más equitativas, en las que los derechos se asienten en el cumplimiento de los deberes y no se exageren unos con desmedro de los otros, y que no se subordine a la economía, pero que tampoco la desdeñe".[7]

Como lo demuestra mi libro El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas los artículos laborales de la Constitución de 1993 son los mismos que rigen mayoritariamente en el mundo occidental y en los países de mayor desarrollo jurídico, cultural y democrático. No se han eliminado derechos que tengan jerarquía constitucional, y los que figuraban en la Constitución de 1979 y fueron excluidos, son el resultado del estudio serio realizado por los expertos conforme a la tendencia mundial. Por ello, en el proyecto de Constitución de 2002, en el que han participado representantes del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Trabajadores y Empleadores se han reiterado los conceptos y estructura de la Constitución de 1993 y no se han reintegrado aquellos derechos que fueron correctamente excluidos. He podido comprobar que algunos de los profesores de Derecho Constitucional y de Derecho Laboral desconocen muchas veces el Derecho Constitucional Laboral que constituye una especialidad diferente. Asimismo, otros pretenden que se regrese a las concepciones ideológicas que regían en los años sesenta. Algunos profesores de Derecho Constitucional han afirmado que la Constitución de 1993 ha eliminado derechos laborales fundamentales, no obstante que dichos constitucionalistas reconocen que no dominan el Derecho Laboral y que no han realizado ningún estudio especializado al respecto. Desgraciadamente estas apreciaciones, sin fundamento, han sido repetidas por otros. Mi investigación demuestra que, en

7 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. El Trabajo en la Constitución. Pag.27.Ius et Veritas, Año IV, No.7.Noviembre 1993.

materia de Derecho Constitucional Laboral, la de 1993 ha seguido las tendencias más modernas y exactamente la misma orientación que rige a la mayoría de Constituciones del mundo occidental. Evidentemente me refiero a los artículos que en materia laboral establece la Constitución de 1993 y no al resto del texto. Las pasiones que a veces despiertan estos temas han llevado al extremo de afirmar de manera absolutamente contradictoria que "las observaciones que hacen los autores que conforman la doctrina nacional, comparten el cuestionamiento por la acentuada opción neoliberal asumida por la Constitución, lo que ha significado tanto cualitativa como cuantitativamente, un retroceso, restricción, regresión, menoscabo, desconocimiento, reducción, replanteamiento, adelgazamiento, desmejora, supresión, recorte o poda del contenido laboral de nuestra Constitución".[8] Estas equivocadas afirmaciones han quedado totalmente desestimadas desde el momento que el proyecto presentado por los representantes de los trabajadores, empleadores, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo luego de largas y argumentadas discusiones han reiterado los quince derechos incluidos en la Constitución de 1993 y han excluido los mismos temas que fueron eliminados en la Constitución vigente.

Respecto a los artículos laborales incluidos en la Constitución de 1993[9] deseo dejar constancia de los siguientes hechos:

1. Son parte del articulado Constitucional que los especialistas en Derecho Laboral trabajaron durante más de doce años en la cátedra universitaria. Definitivamente no es un texto improvisado.
2. Los artículos constitucionales comprenden los temas que muchos estudiosos nacionales consideraban los únicos que deberían incluirse.
3. Ningún artículo atenta contra los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos.
4. El articulado preparado en el Instituto de Capacitación y Estudios Laborales (ICEL), luego de muchas horas de discusiones, fue acogido por los integrantes de Nueva Mayoría y Cambio Noventa sin modificar su redacción

8 CARRILLO CALLE, Martín. La flexibilización del contenido laboral de la Constitución. Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Septiembre 2001.p.58.

9 MARCENARO FRERS, Ricardo. El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas. Publicación privada del Estudio Ricardo Marcenaro Frers. 2004.Pag.423

y texto, solamente eliminándose el concepto de la retroactividad benigna en favor del trabajador.

5. Los grupos políticos representados en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del C.C.D. también aceptaron la redacción de los artículos preparados por los expertos convocados por ICEL, sin proponerse cambio o modificación alguna.
6. Para los artículos de trabajo se convocó a las organizaciones sindicales, empresariales, profesores y especialistas en la materia.
7. Es la única parte de la Constitución que fue aprobada con dictamen previo de la Comisión respectiva del Congreso.
8. Fue aprobada por unanimidad de los partidos políticos representados en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático.
9. Su redacción comprendió la comparación con dieciocho constituciones latinoamericanas y veinticinco europeas.
10. Los artículos de trabajo fueron analizados, estudiados, discutidos y aprobados en el Instituto de Capacitación y Estudios Laborales, Nueva Mayoría y Cambio-Noventa, Comisión de Trabajo y Seguridad Social del C.C.D., Comisión de Constitución y Reglamento del C.C.D., y Pleno del C.C.D.
11. Los artículos fueron aprobados en el pleno con una altísima votación a favor y muy pocos votos en contra. El promedio de los votos a favor de los artículos 22 al 29 inclusive, es de 81.76%.
12. La Constitución fue ratificada en un referéndum con el 52.33% de los votos a favor y 47.67% en contra.
13. El Proyecto de Constitución de 2002 preparado por acuerdo de trabajadores, empleadores, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo comprende los mismos quince derechos de la Constitución de 1993 con muy pocas variaciones.
14. Los derechos excluidos en la Constitución de 1993 tales como:
    "el trabajo fuente principal de la riqueza",
    "sistema de asignaciones familiares",
    "trabajo nocturno",
    "compensación por tiempo de servicios",
    "derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios",
    "el trabajador a domicilio",
    "la creación del Banco de los Trabajadores",
    "la remuneración al trabajo extraordinario",
    "retroactividad en materia laboral" y
    el derecho de "cogestión y copropiedad", entre otros, también fueron excluidos en el proyecto del año 2002.

15. Tal como lo demuestra el cuadro que aparece a continuación el proyecto de 2002 ha tomado en cuenta la Constitución de 1993 y copia su estructura, articulado y realiza muy pocas modificaciones de fondo. Es evidente que si se llega a aprobar el texto del proyecto del año 2002 se producirán muchas controversias en el futuro por cuanto en aras al consenso se ha sacrificado el tecnicismo.

ARTICULOS DE LA CONSTITUCION DE 1979	ARTICULOS DE LA CONSTITUCION DE 1993	ARTICULOS APROBADOS EN EL PROYECTO CONSTITUCIONAL DE 2002
Artículo 42.- El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. (...)	**Artículo 22.**- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.	**Artículo 51.**- El trabajo es un derecho y un deber, base del bienestar social y medio de realización de la persona. (...) El Estado erradica toda forma de trabajo prohibido por la ley. (...)
Artículo 42.- (...) El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. (...) **Artículo 44.**- (...) La ley (...) Determina las condiciones del trabajo de menores y mujeres. (...) Artículo 45.- La ley determina las medidas de protección de la madre trabajadora.	**Artículo 23.**- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. (...)	2 **ARTÍCULO 51.**- EL TRABAJO, EN SUS DIVERSAS MODALIDADES, ES OBJETO DE PROTECCIÓN POR EL ESTADO, EN ESPECIAL EL DE LA MADRE Y DEL MENOR DE EDAD.
Artículo 46.- El Estado estimula el adelanto cultural, la formación profesional y el perfeccionamiento técnico de los trabajadores, para mejorar la productividad, impulsar el bienestar social y contribuir al desarrollo del país. Asimismo, promueve la creación de organismos socialmente orientados a dichos fines.	**Artículo 23.** (...) El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. (...)	**Artículo 52.**- El Estado adopta políticas y promueve condiciones para el fomento del trabajo decente, equidad en el acceso al empleo, capacitación, formación profesional, productividad y formalización de las relaciones de trabajo. El Estado impulsa el diálogo y la concertación social en todas sus formas.

Artículo 46.- El Estado estimula el adelanto cultural, la formación profesional y el perfeccionamiento técnico de los trabajadores, para mejorar la productividad, impulsar el bienestar social y contribuir al desarrollo del país. Asimismo, promueve la creación de organismos socialmente orientados a dichos fines.	**Artículo 23.**- (...) El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. (...)	**Artículo 52.**- El Estado adopta políticas y promueve condiciones para el fomento del trabajo decente, equidad en el acceso al empleo, capacitación, formación profesional, productividad y formalización de las relaciones de trabajo. El Estado impulsa el diálogo y la concertación social en todas sus formas.
Artículo 42.- (...) En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos laborales constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.	**Artículo 23.**- (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. (...)	**Artículo 53.**- En la relación de trabajo, es nula toda condición que impida el ejercicio de los derechos fundamentales. **Artículo 55.**- El trabajador tiene derecho a condiciones de trabajo que no menoscaben su salud, su seguridad ni su dignidad. (...)
Artículo 42.- (...) A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución.	**Artículo 23.**- (...) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.(...)	
Artículo 43.- El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procuré para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual. El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador. Las remuneraciones mínimas vitales se reajustan periódicamente por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores, cuando las circunstancias lo requieran.	3 **ARTÍCULO 24.**- EL TRABAJADOR TIENE DERECHO A UNA REMUNERACIÓN EQUITATIVA Y SUFICIENTE, QUE PROCURE, PARA ÉL Y SU FAMILIA, EL BIENESTAR MATERIAL Y ESPIRITUAL. (...) (...) Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.	**Artículo 56.**- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Las remuneraciones mínimas vitales son reajustadas por el Estado, con la participación de las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores.

Artículo 49.- El pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es en todo caso preferente a cualquier otra obligación del empleador. La acción de cobro prescribe a los quince años.	**Artículo 24.**- (...) El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. (...)	
Artículo 44.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente.(...) Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios. (...)	**Artículo 25.**- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.	**Artículo 55.**- (...) La jornada máxima de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales. La ley regula las jornadas acumulativas o atípicas. Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado semanal, anual y en días feriados, conforme a ley.
Artículo 57.- Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo. En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se ésta a lo que es mas favorable al trabajador.	**Artículo 26.**- 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 la norma.	**Artículo 54.**- En la relación de trabajo rigen los siguientes principios: 1. Interpretación mas favorable al trabajador al trabajador en caso de duda sobre el significado de una norma. 2. Norma mas favorable al trabajador cuando dos o mas normas regulen en forma incompatible un mismo hecho. 3. Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador nacidos de normas imperativas. 4. Igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación. La ley puede establecer preferencias a favor de los trabajadores nacionales. 5. Primacía de la realidad para preferir los hechos sobre las formas y las apariencias. 6. Autonomía colectiva para la regulación equilibrada de las relaciones laborales y generación de paz social.

Artículo 48.- El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada.	**Artículo 27.**- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.	**Artículo 51.**- (...) El despido requiere de causa justificada señalada en la ley. En caso de despido injustificado el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación, en la forma prevista por la ley. Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución.
Artículo 51.- El Estado reconoce el derecho a la sindicalización sin autorización previa nadie ésta obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo. Los sindicatos tiene derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales. Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Suprema. Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que le corresponden.	**Artículo 28.**- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical.	**Artículo 58.**- Los trabajadores tienen derecho a constituir sindicatos sin autorización previa, a afiliarse libremente a ellos y a desarrollar actividad sindical. Los sindicatos y las organizaciones empresariales son autónomas para su organización y actuación; su estructura y funcionamiento deben ser democráticos. La ley establece las garantías y facilidades de que gozan los dirigentes sindicales de todos los niveles. Los trabajadores no sujetos a una relación laboral pueden organizarse para la defensa de sus intereses. Son aplicables a sus organizaciones las disposiciones que rigen para los sindicatos, en los pertinente.
Artículo 54.- Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tiene fuerza de ley para las partes. El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacifica de los conflictos laborales. La intervención del Estado sólo procede y es definitoria a falta de acuerdo entre las partes.	2. Fomenta la negociación colectiva y promueve otras formas de solución pacífica de conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.	**Artículo 59.**- El Estado fomenta la negociación colectiva y promueve otras formas de solución pacífica de los conflictos laborales. El convenio colectivo tiene fuerza vinculante; produce efectos normativos y obligacionales dentro de su ámbito.

Artículo 55.- La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley.	3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.	**Artículo 60.**- La huelga es un derecho de los trabajadores; se ejerce conforme a ley, la que establece además las garantías para el mantenimiento de los servicios esenciales.
Artículo 56.- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de esta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide.	**Artículo 29.**- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.	**Artículo 61.**- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.
Artículo 42.- (...) Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones. (...)		
Artículo 42.- (...) La Ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso.		
Artículo 43.- (...) La ley organiza el sistema de asignaciones familiares a favor de los trabajadores con familia numerosa.		
Artículo 44.- (...)La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas. (...)		

Artículo 44.- (...) También tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo.		
Artículo 47.- Corresponde al Estado dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo, que permitan prevenir los riesgos profesionales, y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores.		
Artículo 50.- Se reconoce al trabajador a domicilio una situación jurídica análoga a la de los demás trabajadores, según las peculiaridades de su labor.		
Artículo 52.- Los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo, pueden organizarse para la defensa de sus derechos. Les son aplicables en lo pertinente las disposiciones que rigen para los sindicatos.		
Artículo 53.- El Estado propicia la creación del Banco de los Trabajadores y de otras entidades de crédito para su servicio conforme a ley.		
Artículo 187.- Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, laboral y tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente.		

BIBLIOGRAFÍA

- Adolfo CIUDAD REYNAUD. El Derecho Constitucional del Trabajo. Análisis Laboral. Enero 1993.p.20
- Carlos BLANCAS BUSTAMANTE. La Reforma Constitucional y el Derecho del Trabajo. Asesoría Laboral. Año III, No.26. Febrero 1993. p. 12
- Luis APARICIO VALDEZ, Jorge BERNEDO ALVARADO, Alfredo CHIENDA QUIROZ, Francisco ROMERO MONTES, Germán SERKOVIC GONZALES, Aldo VERTIZ IRIARTE. El Tratamiento Constitucional del Trabajo. Debate y propuestas. En Análisis Laboral. Enero 1993,p. 23.
- Ibíd
- Ricardo MARCENARO FRERS. El Trabajo en la Nueva Constitución. Cultura Cuzco S.A.. 1995. p.19 a 23.
- Ricardo MARCENARO FRERS. El Trabajo en el Derecho Constitucional Latinoamericano y Europeo. Análisis Laboral , Vol. XXVI, No. 301, Julio 2002, p. 31.
- Mario PASCO COSMÓPOLIS. El Trabajo en la Constitución. Pag.27.Ius et Veritas, Año IV, No.7.Noviembre 1993.
- Martín CARRILLO CALLE. La flexibilización del contenido laboral de la Constitución. Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Septiembre 2001.p.58.
- Ricardo MARCENARO FRERS. El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas. Publicación privada del Estudio Ricardo Marcenaro Frers. 2004. Pag.423

RAZONES FILOSÓFICAS PARA LA EXISTENCIA Y VIGENCIA DEL DERECHO LABORAL

*SHIRLEY PALACIOS ORDÓÑEZ**

Sumario

I. Introducción. II. El rol del contrato de trabajo en el Derecho Laboral. III. El trabajo y la Dignidad de la persona humana. IV. Régimen Constitucional del Trabajo. 4.1. Derechos fundamentales laborales. 4.2. Eficacia inter privatos de los derechos constitucionales. V. Delimitación de los derechos fundamentales laborales. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde los albores de la sociedad siempre ha existido el trabajo como una actividad humana transformadora de riqueza, pero es a partir de la idea de desarrollo económico, cuando ésta ha cobrado mayor importancia producto de la era industrial, el avance técnico, científico, y además, la aparición de la democracia, lo cual permitió que los pueblos estuvieran en condiciones de presionar a los gobiernos para una mejora en las condiciones de trabajo, que se lograron a través del reconocimiento, y por ende la protección, de una serie de derechos económicos y sociales; entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a un salario justo, etc que eran expresión del respeto a la dignidad humana. A pesar de ello ha sido imposible eliminar los abusos derivados de la relación empleador-trabajador, a pesar de la labor doctrinal y jurisprudencial a nivel mundial (y en el

* Shirley Palacios Ordóñez. Estudiante Décimo ciclo. Escuela de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo - Chiclayo.

Perú se puede apreciar con suma facilidad), antes bien se han venido efectuando una serie de atropellos a los derechos fundamentales del trabajador como persona, so pretexto de ser "influenciados" por el fenómeno de la globalización y de practicar una suerte de capitalismo descontrolado, que muchas veces siguen la máxima maquiavélica, "el fin justifica los medios".

En este orden de ideas es imprescindible no perder de vista las razones primigenias por las cuales surgió el Derecho Laboral, analizando especialmente su dimensión personal, lo que nos permitirá, retornar a la humanización y socialización del Derecho de Trabajo a través de una serie de propuestas referidas al respeto incondicional de los derechos fundamentales de los trabajadores, protegiéndolos de este modo, de "limitaciones" -generalmente injustificadas por constituir la parte más débil de la relación contractual- impuestas por los empleadores en una relación laboral y, muchas veces permitidas o toleradas por el estado quien deja de lado su obligación protectora de los derechos humanos de sus ciudadanos.

II. EL ROL DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL DERECHO LABORAL

La aparición del Derecho de trabajo estuvo condicionada a la existencia de ciertos elementos, tal como lo menciona ALONSO OLEA, que fueron: la libertad de la persona como base jurídica de las relaciones de prestaciones de servicios por cuenta ajena; la presencia de un nuevo tipo de trabajo, el trabajo industrial; la aparición de la llamada cuestión social, entendida como el conjunto de penosas situaciones sufridas por el trabajador; y por último las profundas transformaciones políticas y económicas –que hicieron aumentar espectacularmente el nivel de riqueza y beneficio de las empresas- que tienen lugar a finales del siglo XIX y principios del siglo XX[1]. Todos estos elementos aunados a la ineficacia del derecho civil para regular esta nueva realidad, por abarcar sólo relaciones jurídicas contractuales entre individuos en igualdad de condiciones, supuesto de hecho que no se presenta en la relación laboral en donde intervienen sujetos con profundos contrastes sociales y económicos.

Así el derecho laboral, configuró un desprendimiento del derecho civil, pues como hemos descrito brevemente, con el paso del tiempo ha constituido

1 Olea, Alonso, Introducción al Derecho de Trabajo, Civitas, Madrid, 2002, p. 34

características que requirieron el nacimiento de una rama autónoma del derecho[2].

Como nos lo recuerda Neves Mujica "Todo trabajo por ser una actividad física y mental del hombre genera relaciones sociales que son materia de regulación por el derecho con la finalidad que las mismas se desenvuelvan dentro de un marco de justicia, sin embargo para efectos del presente estudio sólo nos interesa el trabajo humano, productivo por cuenta ajena, libre y subordinado[3].

Elementos contenidos en el art. 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que establece que "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"[4].

Como podemos apreciar el carácter personal de la prestación puede llevarnos a pensar que el objeto del contrato de trabajo sea la persona misma, en cuanto se necesita de la "prestación personal" de trabajador, y a llevarnos de regreso a una concepción patrimonial de la relación del hombre y su cuerpo, como algunas antiguas teorías que calificaban al cuerpo como un derecho real de propiedad hasta de usufructo.

Si hoy se rechaza, en principio, ésta concepción patrimonial, se debe a que conduce a asimilar el cuerpo a una cosa, y a una cosa distinta de la persona, cuando es la persona misma[5]. Al no poder asimilarse a una cosa, el cuerpo humano se halla fuera del comercio, lo que convierte nulo todo acuerdo de que sea objeto; y en consecuencia nulo el contrato de trabajo, pues lo que queda sometido al poder de dirección del empleador es la energía del trabajador, y hablar solamente de "su energía", admitiría que ésta pueda separarse del hombre mismo. Situación distinta al contrato civil, pues en éste se pone disposición el resultado o un servicio determinado, mientras que el contrato de trabajo se pone a disposición su cuerpo, su energía.

Respecto a esta discusión Ripert y Boulanger llevan a cabo, por su parte la afirmación más llamativa "En realidad, la persona humana es tanto el objeto del contrato, como sujeto del mismo"[6]. No obstante, debemos decir que ésta

2 En la relación de trabajo, y a diferencia del empresario, el trabajador no arriesga su patrimonio, arriesga su piel. Y, en primer lugar, el derecho de trabajo surgió para salvar ésta última, es decir, para imponer seguridad en el trabajo. Supiot, Alain, Crítica al Derecho de Trabajo, 1996. p, 90.

3 Neves Mujica, Javier, Introducción al Derecho de trabajo, ARA, Lima, 1997, p. 19.

4 Presunción contenida en el Título I "Del Contrato de Trabajo", Capítulo I Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (Dec. Leg. 728, de acuerdo al Texto Único Ordenado aprobado mediante D.S. 03-97-TR)

5 Supiot, Alain, Crítica al Derecho de Trabajo, 1996. p, 77.

6 Supiot, A. 1996. Ob. Cit., p. 78.

afirmación es parcialmente cierta y un poco aproximada, pues el hombre está constituido de una serie de potencias, no es un cuerpo inerte, sino dotado de capacidades físicas e intelectuales, profesionales. Son sólo las capacidades profesionales –una combinación de las capacidades físicas e intelectuales- las que se ponen en juego en una relación laboral (obligaciones contractuales), quedando libre de "ataduras" los demás aspectos personales del trabajador, como sus ideales religiosos, políticos, filosóficos, etc.

Lo que sí es correcto afirmar, es que el contrato de trabajo no agota todas las dimensiones del hombre, y no es del todo cierto que "el objeto del contrato de trabajo sea la persona misma, en su totalidad", sino sólo esa capacidad profesional de poner a disposición del empleador "una prestación personal de servicios" constituida en las obligaciones contractuales, que por ser una parte única de la dimensión personal del hombre, puede ser remunerada; en esto consiste su carácter sui generis.

Por eso puede afirmarse que "el trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas, cuya actividad, relacionada con el mantenimiento de la vida, no puede llamarse trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar"[7].

El otro elemento configurador de la relación laboral es la subordinación, que siguiendo a Ludovico Barassi, puede ser definido como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador. Como se destaca, su definición no ha diferido en esencia de lo que los autores actuales consideran[8].

Según el art. 9 de la LPCL "Por subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turno, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo"[9].

7 Pacheco, L. "La subordinación como elemento tipificante del contrato de trabajo" en Primeras Jornadas de Derecho de la Empresa, Universidad de Piura, Piura, p. 4

8 Cfr. Ermida Uriarte, Oscar, Crítica de la Subordinación, Ius et Veritas 25, p. 282

9 Así, resulta de la subordinación jurídica las llamadas facultades o poderes del empleador que son: el poder de dirección, poder reglamentario y el poder sancionador.

Suele señalar la doctrina que tal sujeción se puede dar, según los casos, con mayor y menor intensidad y que no supone que el empleador esté efectivamente ejerciendo una dirección constante sobre la actividad del trabajador, sino de aquél que conserve la facultad de ejercer tal dirección y que éste tenga la obligación de acatarla. Es importante observar que el tipo de subordinación que en todo contrato tiene la parte que asume una o más obligaciones. Es, en efecto, cierto que de todos los contratos civiles o mercantiles nacen obligaciones, al menos para una de las partes contratantes y que la parte que se obliga subordina su conducta al contrato, en el sentido que debe dar cumplimiento a la obligación asumida mediante el mismo. Pero en el contrato de trabajo, la subordinación no significa solamente que el trabajador está obligado a prestar servicio al cual se comprometió, sino que debe prestarlo con sujeción personal al poder directivo del empleador, lo cual crea, una relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles.

Es necesario aclarar que la subordinación es de tipo jurídico, por el cual existe un poder de disposición del empleador sobre la fuerza de trabajador del servidor.[10] BARASSI afirma que la subordinación es un "estado jurídico" de origen contractual, del cual deriva "un haz de relaciones jurídicas", que se resume en "el derecho de quien está investido del poder de imponer su voluntad y en la obligación de quien es sujeto pasivo de aceptar y secundar esa voluntad adecuando a la misma su conducta", cuya intensidad es susceptible de asumir "una variedad de grados"[11].

Son este sometimiento personal del trabajador a la autoridad jerárquica del empleador y las desigualdades económicas las que dificultan que a través del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad aquel pueda negociar con éste sus condiciones de trabajo de una manera equitativa, circunstancias que justifican histórica e ideológicamente el nacimiento y la existencia del Derecho de Trabajo como una disciplina jurídica especializada que tiende a dar adecuada tutela a ese trabajador jurídicamente dependiente y económicamente desigual[12].

10 Otros tipos de subordinaciones son la subordinación económica y la técnica. Para mayor comprensión Cfr. a Sanguineti, Wilfredo, Contrato de Locación de Servicios frente al Derecho Civil y al Derecho de Trabajo, Cultural Cusco Editores, Lima, 1988, p. 162. Citado por Morales, Pedro G. En: Problemática Actual del Contrato Individual del Trabajo: La Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente. , AAVV, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

11 Espinoza, Javier, Apuntes del Curso de Derecho Laboral I, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2006, p.4.

12 Ermida Uriarte, Oscar, Op. Cit., p. 284.

Cabe precisar -como veremos más adelante- que este poder de dirección tiene como límites la razonabilidad (Cfr. Art. 9 de la LPCL) y el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 segundo párrafo de la Constitución Política del Perú[13][14].

III. EL TRABAJO Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

La dignidad del trabajo es una consecuencia de la dignidad del hombre que trabaja. Claro está, que, para comprender debidamente la afirmación precedente en su sentido verdadero, habría que empezar sostener la existencia de una "filosofía del trabajo", y, entonces, de acuerdo a Tristán de Athayde, precisar, que desde el punto de vista filosófico, debe entenderse el"trabajo", como:"El esfuerzo individual del ser humano, ordenado a un fin transitivo, honesto, caracterizado por la racionalidad, libertad y fecundidad"[15].

Este fin transitivo es una expresión de la operatividad de la dignidad humana, es decir el hombre está llamado a perfeccionarse, a realizarse, puesto que la dignidad consiste en la excelencia del ser humano, que radica en la naturaleza racional del hombre, confiriéndole una impronta esencial distinta de otros seres del mundo animal. Asimismo de la relación de los fines –que se existen en la constitución del ser como inclinaciones naturales – y la dignidad humana, nacen derechos y deberes que son manifestaciones de la propia dignidad humana; sirviendo algunos de ellos como medios para la realización del hombre, como ejemplo de ello, es el derecho natural al trabajo[16].

Si bien es cierto el concepto de dignidad humana es un concepto, netamente filosófico, el carácter ontológico de la persona nos lleva a adentrarnos en un aspecto existente de esta, como es su juridicidad o capacidad y potencia de dar lugar a la realidad que llamamos jurídica, como son normas, deberes, derechos, etc.; cuya base reposa en las relaciones que se generan y desarrollan en el campo de la comunicación interpersonal de naturaleza intelectual y libre[17]. Aún con

13 Espinoza, Javier, Op. Cit., p 5.

14 Entre las disposiciones sustanciales del contrato (de trabajo) que limitan el poder de dirección, una debe retener especialmente la atención, se trata de la cualificación profesional, noción ambigua, pues sirve tanto para designar una cualidad de la persona –su competencia profesional- como la naturaleza de las prestaciones de que esta persona es deudora en el contrato de trabajo. Supiot, A. 1996. Crítica al Derecho de Trabajo. p,146.

15 Palomino, Teodorio, Humanización del Trabajo y el Derecho al Ocio, Juris Laboral, Lima, 1993, p. 65

16 Por lo tanto el trabajo es un bien del hombre —es un bien de su humanidad—, porque mediante el trabajo el hombre no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido «se hace más hombre». Juan Pablo II. Laborem Exercens, Folletos Mundo Cristiano, Madrid, 1994, p. 21

17 Hervada, Javier, Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho Natural, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 466.

estos datos, este derecho-principio, en cuanto a su eficacia jurídica, está supeditada a la protección judicial y el desarrollo de su contenido dependerá de la labor jurisprudencial y de la imaginación de los juristas para encontrar soluciones y mecanismos jurídicos que salvaguarden la libertad y la dignidad de todo trabajador.

"El reto está planteado: Lograr que las normas conjuguen la lógica de la racionalidad económica con el respeto de la dignidad de los trabajadores. En su sentido más amplio sin convertir la técnica y a la competencia empresarial en valores supremos de la sociedad"[18].

IV. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO

El trabajador es un valor superior para nuestra Constitución vigente. Así se aprecia con nitidez en las declaraciones de su preámbulo y articulado, que conceptúan al trabajo como deber y derecho, base del bienestar general y de la realización personal, fundamento del régimen económico y sustento de la República democrática y social.

Estas expresiones poseen la mayor relevancia porque muestran que nos encontramos ante un bien superior en el ordenamiento. Además pueden servir, de un lado, como clave interpretativa para el conjunto del articulado laboral y del texto constitucional (base sobre la cual, por ejemplo, puede sostenerse el reconocimiento de todos los principios del Derecho del Trabajo, originados en el carácter protector de este, aunque no estén expresamente consagrados). Así, nuestra Constitución se ubica al lado de los textos fundamentales modernos y democráticos del mundo, todos los cuales reconocen derechos económicos y sociales, además de las tradicionales libertades civiles y políticas.

En ese contexto el estado peruano asume un rol protector del trabajador –aunque en menor intensidad comparada con la Constitución de 1979[19]–, fundado en la desigualdad económica entre las partes de la relación laboral, que debe ser nivelada jurídicamente. Entendemos por relación laboral[20], al vínculo

18 Pacheco Zerga, Luz, La dignidad humana en el Derecho de Trabajo. Universidad de Navarra, Pamplona, 2006, p. 74.

19 "Sostiene Carlos Blanca, que en materia laboral la Constitución de 1993 se caracteriza en razón de las normas de la Constitución de 1979 que suprime o recorta, pues, al parecer, su tarea ha consistido, en podar lo que para algunos ha sido una normatividad constitucional frondosa, sin agregar innovación alguna que la singularice".

20 Cfr. Bernales, Enrique, La Constitución de 1993. Análisis Comparado, Rao, Lima, 1999, p. 258."La relación laboral es una relación jurídica dentro de la cual se desarrolla el trabajo cotidiano con la subordinación de trabajador a empleador. El Derecho trata en general de que todas las personas ingresen en relaciones de igualdad. Cuando se producen desequiparidades entre las partes, entonces el Derecho busca compensarlas, normalmente con normas de carácter protectivo para la parte más débil. Con ello busca retomar el equilibrio en la relación.

jurídico existente entre el empleador y el trabajador[21], cuyo rasgo más característico es la subordinación, de la que se derivan los poderes o facultades del empleador (poder de dirección, reglamentario y sancionador), teniendo como límites el principio de razonabilidad y los derechos fundamentales del trabajador. Es este último punto al que nos vamos a referir detenidamente.

4.1 Derechos fundamentales laborales

La Constitución vigente consagra una relación enumerada de derechos laborales (art. 22 al art. 29), llamados por la doctrina "derechos laborales específicos"; pero existen además otros derechos que se le atribuyen al trabajador por el hecho de ser persona, los llamados derechos laborales inespecíficos, derivados del precepto contenido en el artículo 23 de la Constitución en su párrafo tercero que textualmente establece que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". [22]

PALOMEQUE definiendo estos derechos afirma que son aquellos derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ser ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y por tanto se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en la que se hacen valer [23] [24].

Tal es así que la Constitución prevé la enumeración de los derechos fundamentales, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, dando lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales –o

21 Sanguineti, Wilfredo, Contrato de Locación de Servicios frente al Derecho civil y al Derecho de trabajo, Cultural Cusco, Lima, 1985, p. 12. El Contrato de trabajo no es sólo un acto jurídico inicial, sino mucho más. Consta de dos partes. La primera parte, se presenta como un acuerdo, se sitúa en el plano de la concertación; en la segunda parte pertenece al plano de la ejecución de las obligaciones. La relación entre una y otra corresponde a la que existe entre el derecho como norma y el derecho como relación social.

22 A diferencia del contrato civil en donde se cumple lo pactado expresamente (derechos y obligaciones) en el contrato de trabajo las partes acuerdan sus obligaciones y derechos pero además por la naturaleza del contrato (personal, subordinado y remunerado) se activan una serie de mecanismos de acción civil (por ejemplo la seguridad social) en razón, no de una simple condición o etiqueta de trabajador sino del status jurídico o situación jurídica que le permite adquirir una serie de derechos por ser persona.

23 Espinoza, Javier, Op. Cit., p. 7.

24 Las normas jurídico laborales que pertenecen básicamente a los derechos "económicos y sociales" (es decir de "segunda generación"); reconocen o consagran derechos de dimensión colectiva. Pero no puede negarse la vinculación de los derechos laborales con los derechos civiles y políticos clásicos; más bien ha de afirmarse su interdependencia con estos últimosAAVV, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 318

atribuidos a todos los ciudadanos por ser personas- sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales[25].

Como hemos señalado los derechos fundamentales hacen referencia a todas las exigencias jurídicas derivadas la dignidad humana[26], y que todo estado democrático debe reconocer. Así nuestra Constitución en su artículo 1 dispone que "La defensa de la persona humana y el respeto su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", por lo que se sanciona todo hecho que vulnere a la dignidad humana.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia emitida en el proceso recaído en el expediente N° 4635-2004-AA/TC del 17 de abril de 2006, en cuyo fundamento 12, al establecer que "si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto para su exigibilidad como límite para el accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectando en él como fin supremo de la sociedad y el Estado".

Cabe precisar la distinción entre el respeto a la dignidad y el de los derechos fundamentales. Puede existir una cesión en el ejercicio de los derechos fundamentales que no afecte a la dignidad, en cambio no es posible pactar una vejación a la dignidad[27].

Desde el punto de vista filosófico y antropológico, todos los derechos constitucionales son derechos humanos y, en cuanto tales, se fundan de algún modo en la dignidad humana. Sin embargo, no todos los derechos fundamentales son inviolables, en cuanto que no puede gozarse de alguno de

25 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano Exp. N° 1417-2005-AA/TC publicada el 12.07.2005 en El Peruano, p. 1636 y 1637

26 AAVV, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Op. Cit., p. 317. "La exposición sistemática y la fundamentación de los derechos fundamentales de la persona humana responden a concepciones filosóficas y políticas originadas en el pensamiento europeo occidental. El desarrollo progresivo de ese concepto y su puesta en práctica le han otorgado carácter jurídico: ya no es meramente una fórmula política ni una propuesta moral: durante décadas se ha decantado una enumeración de los derechos humanos y ha sido establecidos diversos órganos y procedimientos de tutela, a través de declaraciones, cartas, convenios, tratados, pactos, y otros instrumentos internacionales."

27 Pacheco, Luz, Op. Cit.

ellos o de algunos en toda su intensidad, sin caer por ello en indignidad, ya por propia voluntad o por las circunstancias[28].

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto se puede concluir que los derechos fundamentales de las personas tienen vigencia, validez y eficacia en la relación laboral; a continuación veremos algunos pronunciamientos del Tribual Constitucional al respecto.

4.2 Eficacia inter privatos de los derechos constitucionales

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el proceso recaído en el expediente N° 1124-2001-AA/TC del 11 de julio de 2002, en el proceso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró en su Fundamento sexto lo siguiente:

> "La Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. (Fundamento Sétimo) "Esto mismo ha de proyectarse a las relaciones privadas entre empleador y trabajador. Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vinculo laboral."

Este mismo criterio también se encuentra recogido en la sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC del 13 de marzo de 2003 en el proceso seguido entre Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú en sus fundamentos

28 Pacheco, Luz, Op. Cit., p. 75.

cinco al nueve, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, ello significa que los derechos fundamentales son valores supremos "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°. 4]."

En suma, pues, 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. Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privatos y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos. Todo ello significa que cualquier acto entre particulares debe respetar el ejercicio de los derechos fundamentales, situación a la que no puede permanecer ajena la relación laboral entre empleador y trabajador máxime si el artículo 23 segundo párrafo de la acotada norma establece que Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".[29]

De lo expuesto se traduce que los derechos fundamentales, ya sean derechos laborales específicos o inespecíficos, constituyen un límite al poder de dirección del empleador, que no puede entenderse como omnímoda, sino que se encuentra sometido a la razonabilidad[30], respetando los derechos de los trabajadores y a su dignidad humana.

V. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

Si bien los derechos fundamentales son límites al poder de dirección del empresario; en una relación laboral tampoco se puede inflar los derechos de los trabajadores. El Derecho del trabajo, es el derecho del trabajador y del empresario, consecuentemente, los derechos fundamentales se deben modalizar

29 Espinoza, Javier, Op. Cit., p. 8

30 Que supone la actuación de los sujetos conforme a los dictados de la razón y que actúa como un freno en aquellas áreas donde la norma no ha previsto límites muy rígidos. AAVV. Análisis Laboral. Vol. XXIX. N° 333. AELE.SAC., Lima, 2005, p. 11.

a través de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato de trabajo. Criterio asumido en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 99/1999, que establece que "El contrato de trabajo no puede restar eficacia a los derechos fundamentales, pero sí delimitar su contenido, de acuerdo a las obligaciones asumidas por el trabajador y por el empresario"[31].

Esta determinación del "contenido constitucional" de los derechos fundamentales[32], es una tarea que no puede realizarse apriorísticamente, sino que dependerá de cada situación en concreto. Línea de interpretación seguida por Tribunal Constitucional Español, que aún nos llevaría a realizarnos una interrogante ¿los derechos fundamentales de los trabajadores se puedan limitar para determinar el contenido esencial de ellos? La respuesta es no, Pacheco Zerga nos aclara tal confusión, afirma que los derechos fundamentales son demitables, mas no limitables. Limitar significa "prescribir limitaciones", y si esto se admitiera, entonces sería justo admitir que los límites son impuestos externamente, y ya no por su fundamento sino por la arbitrariedad del poder que trae consigo el caos dentro de todo el ordenamiento jurídico. Por otro lado delimitar significa "describir límites", límites inmanentes que por la propia unidad del sistema jurídico deben permanecer equilibrados. Por lo tanto no existe el llamado "conflicto de derechos", pues los derechos no pueden determinarse a apriorísticamente, al no estar acabados, sino que requiere de una labor hermenéutica del jurista, y que por ende no llevaría a colisionar con otros derechos.

De esta forma SERNA Bermúdez nos dice que esta apertura lleva a descubrir que lo que se presentaba como un conflicto de derechos subjetivos era, mas bien, un simple conflicto de intereses o pretensiones. La diferencia es radical porque los derechos, a diferencia de los intereses de las personas son armónicos, no sólo por regla general de interpretación constitucional sistemática, sino por la unidad de la persona humana[33]. Si se admitiera este conflicto de derechos o que sus límites fueron establecidos externamente –es decir, no por su fundamento sino

31 Pacheco, Luz, Op. Cit., p. 215

32 Es preferible el empleo de la expresión "contenido constitucional del derecho" antes que la expresión "contenido esencial", debido a que ésta segunda es un equívoco en la medida que sugiere la existencia de un contenido no esencial del derecho constitucional el cual no vincularía al Poder Político, en particular al legislador. Y admitir eso sería admitir que los mandatos de la Constitución son sólo en partes vinculantes, es decir, sólo en parte la Constitución debería ser obedecida, lo cual choca con el principio de normatividad de la Constitución. AAVV., Asesoría Laboral. Año XIX. N° 167, ECB, 2004, p. 9.

33 Pacheco, L.uz, Op. Cit., p. 219

por la fuerza del poder-, entonces el ordenamiento jurídico no podría ser un sistema armónico que garantice la justicia y la paz social[34].

Con justa razón, se ha dicho que determinar el contenido constitucional de un derecho es "mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protege, hacia su finalidad y su ejercicio funciona; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable[35].

Para cumplir con la delimitación de los derechos fundamentales OLLERO hace referencia a la "ponderación delimitadora de los derechos humanos, para establecer criterios de proporcionalidad", criterio que se concretiza mediante la teoría del ajuste social, la cual no impone límites externos sino que reconoce la realidad objetiva que se encuentra detrás de los derechos invocados y que no está predeterminada, ni que los derechos son absolutos, salvo el derecho a la vida y la integridad física, y que en determinadas circunstancias ceden frente a otros deberes[36], como en la relación laboral que se refieren a los deberes y obligaciones recíprocas entre el empleador y trabajador.[37]

Por otro lado Brage Camazano[38] propone un método que "distingue entre el ámbito normativo del derecho fundamental, como contenido ab initio del derecho fundamental, antes de toda posible restricción; la intervención en el derecho fundamental, que se refiere a las distintas formas de interferencia o injerencia en ese ámbito inicialmente protegido por el derecho; y la justificación constitucional de esa intervención".

Asimismo Pacheco Zerga, también se pronuncia acerca de los criterios hermenéuticos para la delimitación de los derechos fundamentales, con bastante similitud, resumiendo estos, en tres tipos de juicios: Juicio de idoneidad, que significa que la condición sea susceptible de conseguir el objeto propuesto; el juicio de necesidad, que la medida adoptada sea indispensable, es decir que no haya otra medida más moderada para conseguir tal fin con igual eficacia, y por

34 Cfr. Ibidem p, 223

35 AAVV., Asesoría Laboral. Año XIX. N° 167, ECB, Lima, 2004, p. 9

36 Cfr. Pacheco, Luz, Op. Cit., p. 224.

37 Ver Sentencia del Tribunal Constitucional –aunque erróneamente utiliza el término restringir- N° 0004-2004-AI/TC que establece en su fundamento sétimo que "Ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento "esencial" del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)"

38 BRAGE CAMAZANO, J., [Los límites a los derechos fundamentales], Madrid, Dykinson, 2005. (http://www.geocities.com/derechoconstitucional/INDICELIBROLIMITESDDFF.htm

último el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que refiere a la acción ponderada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas en general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto[39].

Es importante señalar un principio que no ha sido desarrollado por la jurisprudencia peruana, pero sí ha tenido un importante progreso en la doctrina española, me refiero al principio de buena fe, que también es un requisito indispensable para delimitar el contenido de los derechos fundamentales, puesto que el quebrantamiento de este principio supondría un incumplimiento, y no el ejercicio de un derecho. De este modo, Diez Picazo, nos dice que la obligación de ejecutar el contrato conforme a los compromisos adquiridos, tiene su fundamento último en la dignidad humana, porque tanto el empresario como el trabajador, al celebrar un contrato están dando cauce a sus fines, intereses, aspiraciones, que derivan de su comportamiento racional y que el orden jurídico protege[40].

VI. CONCLUSIONES

El trabajo es una de las características que tiene la marca personal y necesaria del hombre, cuya vocación y exigencia procede de la dignidad de la persona humana y que en su carácter social se conforma como un deber y un derecho, reconocida en la mayoría de las legislaciones democráticas del mundo, y en nuestra constitución en su artículo 22.

El estado, tiene un rol protector hacia los trabajadores, en función de la desigualdad económica entre las partes de la relación laboral, que debe nivelarla jurídicamente, a través de mecanismos tendientes a su protección teniendo como límites al poder de dirección el principio de razonabilidad y el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Específicamente a los que la doctrina llama derechos laborales inespecíficos, atribuidos a todos los ciudadanos en general pero que son ejercitados en el seno de una relación laboral, en razón de la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales por la vinculatoriedad de la Constitución que se proyecta erga omnes a todo el ordenamiento jurídico.

Los derechos fundamentales hacen referencia a todas las exigencias jurídicas derivadas de la dignidad humana, que se deben modalizar a través de las

39 Pacheco, Luz, Op. Cit., p. 229.
40 Diez Picazo, Luis, Fundamento del Derecho Civil Patrimonial, Tecnos, Madrid, p. 126

obligaciones asumidas por las partes en el contrato de trabajo, debiéndose delimitar mas no limitar tales derechos a través de mecanismos idóneos que no impongan límites externos sino que reconozcan la realidad objetiva que se encuentra detrás de los derechos invocados.

Finalmente, a la luz de las razones filosóficas concluimos que la razón trascendental que sustenta la existencia y vigencia del derecho laboral, es la dignidad humana, de la cual derivan una serie de derechos y deberes tendientes a la realización y perfección de la persona.

BIBLIOGRAFIA

Olea, Alonso. Introducción al Derecho de Trabajo. Civitas. Madrid, 2002.
Alonso, M. y Casa, M. Derecho de Trabajo. Civitas. Madrid. 2002
AAVV. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2001.
Ballesteros, J. Derechos Humanos. Madrid. TECNOS. 1992.
Bernales, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Rao. Lima. 1999.
Borrajo Da Cruz, E. Introducción al Derecho de Trabajo. TECNOS. Madrid. 2002
Juan Pablo II. Centessimus annus. Ediciones Paulinas. Lima. 1991.
Juan Pablo II. Laborem exercens. Folletos Mundo Cristiano. Madrid. 1994.
Ermida Uriarte, Oscar. Crítica de la Subordinación. Ius et Veritas. N° 25.
Espinoza, Javier. Apuntes del Curso de Derecho Laboral I. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo. 2006.
Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural. Universidad de Piura. Piura. 1999.
Hervada, Javier. Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho Natural. Universidad de Navarra. Pamplona. 2000.
Montoya, Alfredo. Derecho de Trabajo. TECNOS. Madrid. 2002.
Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho de trabajo. ARA. Lima. 1997
Pacheco Zerga, Luz. La subordinación como elemento tipificante del contrato de trabajo" en Primeras Jornadas de Derecho de la Empresa. Universidad de Piura. Piura.
Pacheco Zerga, Luz. La dignidad humana en el Derecho de Trabajo. Universidad de Navarra. Pamplona. 2006.
Palomino, Teodorio. Humanización del Trabajo y el Derecho al Ocio. Juris Laboral. Lima. 1993

Pérez, A. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. TECNOS. Madrid. 2005
Rendón, Javier. Legislación Laboral. Régimen de la Actividad Privada. Grijley. Lima. 2006
Sanguineti, Wilfredo. Contrato de Locación de Servicios frente al Derecho civil y al Derecho de trabajo. Cultural Cusco S.A. Lima. 1985
Supiot, Alain. Crítica al Derecho de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.1996
Toyama, Jorge. Instituciones de Derecho del Trabajo. Gaceta Jurídica. Lima. 2005
Vásquez, A., Paz, E., Borda, A., Eguiguren, F.Y Belaunde, F. El Pensamiento Social Cristiano y sus desafíos en el Perú de hoy. Konrad Adenauer Stiffung y el Instituto de Estudios Social Cristiano. Lima. 2004.

Revistas jurídicas:
AAVV. Asesoría Laboral. Año XIII. N° 151. ECB. Lima. 2003
AAVV. Asesoría Laboral. Año XIII. N° 152. ECB. Lima. 2003
AAVV. Asesoría Laboral. Año XIX. N° 167. ECB. Lima. 2004
AAVV. Asesoría Laboral. Año XV. N° 169. ECB. Lima. 2005
AAVV. Asesoría Laboral. Año XV. N° 175. ECB. Lima. 2005
AAVV. Análisis Laboral. Vol. XXIX. N° 333. AELE.SAC. Lima. 2005

Páginas web:
KAZOR ALISTE, Kamel. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CRITERIOS DE VINCULACION POSITIVA Y NEGATIVA EN LA CONSTITUCION. Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 1997, Vol. 8, No. 1 [citado 28 Junio 2006], pp. 92-96. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/1124-2001-AA.htm
http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/juris-nac/0976-2001-AA.htm
http://www.monografias.com/trabajos10/tupa/tupa.shtml
http://www.interrogantes.net/includes/documento.php?IdDoc=2063&Idsec=217
http://www.malostratos.com/contenido/biblioteca/definiciones/Dereliberta.htm
http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_constitucionales

CONSTITUCIÓN Y NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

*RAÚL SACO BARRIOS**

"Si mantenemos un sistema de relaciones laborales en el cual se establece y reconoce que los sujetos (trabajadores y empleadores) son adversarios plantearemos soluciones en ese ámbito, cuando en realidad lo que debería hacerse es proporcionar a las partes soluciones e instrumentos que les permitan preservar sus derechos con equidad y no en forma desproporcionada. Las relaciones laborales que se forman a partir del contrato de trabajo requieren de soluciones equitativas, que promuevan el trabajo y el respeto de los derechos de las partes".

LUIS APARICIO VALDEZ

Sumario[1]

Introducción. I. La importancia de la Constitución. II. El constitucionalismo social. III. El Derecho Universal de los Derechos Humanos. Las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos. IV. El sistema normativo de la OIT. V. El bloque de constitucionalidad. VI. Conclusión. Bibliografía.

* Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados (Diploma de Postgrado en Derecho de la Empresa, modalidad virtual) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha concluido estudios de Maestría en Relaciones Laborales en la misma universidad. Secretario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. rgsaco@pucp.edu.pe

1 El autor agradece la colaboración de las señoritas Cynthia Montesinos y Karla Cánova, por el acopio de información y la sugerencia de ideas sobre el tema de esta ponencia.

INTRODUCCIÓN

Las Constituciones y los acuerdos internacionales, en particular las Declaraciones y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y los convenios y recomendaciones y declaraciones de la Organización Internacional del Trabajo, contienen normas atinentes al trabajo.

Al estar ellas incluidas en la Constitución del Estado o en acuerdos internacionales de la mayor jerarquía, su cabal conocimiento e idónea utilización tienen extraordinaria trascendencia.

En tal virtud, la absolución de cualesquiera consultas, la elaboración de cualesquiera dictámenes o informes, la gestión de la normativa laboral y la definición de cualesquiera conflictos o controversias de trabajo debieran, ante todo, considerar su pertinencia y aplicación.

Aquí procuramos presentar algunos aspectos sobre tales normas constitucionales e internacionales, con la idea de subrayar su relevancia y promover su uso.

Para ello, referiremos la importancia de la Constitución, el constitucionalismo social, el Derecho Universal de los Derechos Humanos y algunas normas internacionales al respecto, el sistema normativo de la OIT y el llamado bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Por último, formulamos una muy breve conclusión.

I. LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma fundante del Estado y de todo el sistema jurídico[2]. Este poder de "fundar" el Estado mediante la Constitución se denomina Poder Constituyente y su titular es el pueblo[3].

La Constitución tiene, pues, un rango supremo[4]: encarna el nivel más alto del orden jurídico de un país[5] y rige "sobre todo y todos, en todas las circunstancias"[6]. En tal virtud, ella determina la forma de organización del Estado y las prerrogativas generales y el procedimiento de los órganos estatales para el dictado de las leyes y demás disposiciones; y sus disposiciones no pueden ser

2 RUBIO CORREA, Marcial, El sistema jurídico (Introducción al Derecho), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1999, p. 139.
3 Loc. cit.
4 Ibid., p. 139.
5 MASCARO NASCIMENTO, Arnauri, Teoría General del Derecho del Trabajo, Sao Paulo, Editora LTR, 1999, pp. 121.
6 RUBIO CORREA, Marcial, op. cit., p. 37.

contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma ni por cualquier pronunciamiento[7].

El principio de constitucionalidad del sistema jurídico informa, en consecuencia, que las normas constitucionales priman sobre cualquier otra norma del sistema y que, si cualquier otra norma se opone de alguna manera a la norma constitucional, deberá aplicarse la norma constitucional sobre ella[8].

En el ámbito del Derecho positivo, el artículo 51 de la Constitución Política del Perú, promulgada en 1993, establece la jerarquía de las normas, fija expresamente la preeminencia constitucional e introduce el principio de legalidad: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre todas las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)".

Acerca del Derecho del Trabajo, precisamente, adviértase que las normas constitucionales actúan como pisos y no como techos[9]. En tal sentido, las normas de los distintos niveles normativos del ordenamiento jurídico pueden atribuir a los trabajadores otros derechos subjetivos, concedentes de beneficios o ventajas mayores o no previstos[10].

II. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Con las Constituciones de Querétaro (México, 1917) en América y de Weimar (Alemania, 1919) en Europa, se inició un movimiento llamado constitucionalismo social, que, con la idea de contribuir al logro de la justicia social, propugnó la inclusión de normas sociales –principalmente, las relativas al trabajo– en los textos de las Constituciones de cada Estado[11]. Ambas Cartas acreditan que ya entonces el Poder Constituyente no podía desconocer más la trascendencia política, jurídica y económica de la inserción de los derechos sociales en las Constituciones[12].

Una suma valoración del Derecho del Trabajo ha determinado su ascenso al más encumbrado nivel en el sistema jurídico: la introducción de derechos laborales en la Constitución. Entre otras razones, porque aquél procura una mejor organización de la sociedad y el desenvolvimiento de relaciones armónicas entre el capital y el trabajo[13].

7 Ibid., p. 135.
8 Ibid., p. 136.
9 MASCARO NASCIMENTO, op. cit., p. 60.
10 Loc. cit.
11 Ibid., pp. 109-110.
12 Ibid., p. 111.
13 Ibid., p. 124.

Este constitucionalismo social, según afirma Amauri MASCARO NASCIMENTO, "amplía las bases de soporte de los derechos de los trabajadores, permitiendo dotar al ordenamiento jurídico de un respaldo a la libertad sindical, a la autonomía colectiva de los particulares y al derecho de huelga, además de incluir los derechos individuales que merezcan el nivel constitucional en la línea de desarrollo de los derechos humanos"[14]. En este orden, la Constitución es siempre un instrumento actual e imprescindible para toda sociedad preocupada por la preservación y la promoción de los valores fundamentales de la persona humana[15].

Sobre el punto, Manuel ALONSO OLEA ya había sostenido: "El acceso de principios básicos informadores del Derecho del Trabajo a las constituciones es relativamente reciente y de extensión progresiva. Puede hablarse de un proceso de "constitucionalización" del Derecho del Trabajo (...) Los principios que acceden a las Constituciones (...) señalan un giro desde las "clásicas", con su defensa enérgica de la libertad individual y la igualdad formal ante la ley, la afirmación enfática del derecho de propiedad y el desconocimiento por el Estado de la existencia entre él y el ciudadano de organizaciones intermedias, hacia las "modernas", con su insistencia sobre el principio de igualdad sustancial ante la ley, lo que requiere la igualdad en la oportunidad y, por consiguiente, no ya la lucha enérgica contra las discriminaciones, sino la ayuda al no privilegiado o al deficiente por cualquier causa; la afirmación de una obligación general del Estado respecto de los ciudadanos de libertarlos de las angustias de vida, en la medida en que éstas sean susceptibles de un tratamiento comunitario; el reconocimiento de los grupos organizados de la sociedad civil; finalmente, el acceso a la constitución del trabajo, proclamado como derecho y como deber del ciudadano, lo que lleva a pronunciamientos sucesivos, tales como los de una política que tienda al mantenimiento del pleno empleo; sistemas educativos que preparen para la elección libre de empleo y consagración de éste, acompañado por el derecho esencial a la emigración interior y exterior; derecho a la percepción de un salario justo por una jornada razonable, o de rentas sustitutivas en caso de infortunio y, posiblemente, a declaraciones mucho más precisas y quizá con orientaciones ideológicas concretas: derecho a formación o la pertenencia sin discriminación a sindicatos; a la participación en la regulación de las condiciones de trabajo a través de

14 Ibid., p. 123.
15 DALLARI, cit. por, MASCARO NASCIMENTO, Amauri, loc. cit.

convenios colectivos; a la huelga y otros procedimientos de formalización de conflictos laborales; a la participación en los beneficios o en la gestión de la empresa; a la seguridad e higiene en el trabajo; al descanso diario, semanal y anual, etc. La idea de que el trabajo es un bien jurídico necesitado de tratamiento especial planea sobre las declaraciones de las constituciones contemporáneas, por otro lado fuertemente influidas por las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, muy insistentes sobre este punto"[16].

Desde otro punto de vista, el constitucionalismo social –la "constitucionalización" del Derecho del Trabajo– atribuye mayor consistencia al ordenamiento laboral e instituye, por ende, un obstáculo para las corrientes que propician no regular derechos laborales. En rigor, toda supresión o modificación de derechos constitucionales implicará una reforma constitucional y, consecuentemente, una y otra requerirán el cumplimiento previo de un complejo proceso establecido al efecto por la propia Constitución.

Hoy por hoy, los derechos laborales incluidos en la Constitución tratan acerca de la libertad de trabajo (derecho a decidir si se trabaja o no, en qué se trabaja y para quién se trabaja), del derecho al trabajo (derecho a acceder a un empleo y a conservarlo) y de los derechos en el trabajo (los derechos propios a un empleo en condiciones idóneas)[17].

Así, la Constitución peruana contiene muy diversas normas laborales: declara el carácter básico del trabajo, considera a éste un deber y un derecho, garantiza la libertad de trabajo (y la libertad de empresa), destaca el interés primordial del Estado en el trabajo y promueve la educación para el trabajo[18]; establece algunos principios laborales[19]; determina la protección especial de

16 ALONSO OLEA, Manuel, Derecho del Trabajo, Madrid, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1985, pp. 511-512.
17 NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2003, p. 51.
18 Artículo 22: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". Artículo 2 inciso 15: "Toda persona tiene derecho: (...) A trabajar libremente, con sujeción a ley". Artículo 23: "(...) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento". Artículo 59: "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa (...)". Artículo 23: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...) El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (...)". Artículo 14: "La educación (...) Prepara para la vida y el trabajo (...)".
19 Artículo 23: "(...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)". Artículo 26: "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".

ciertos trabajadores[20]; reconoce los derechos colectivos[21]; y fija determinados derechos individuales (de los trabajadores)[22].

III. EL DERECHO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Derechos humanos son los derechos que todo hombre tiene por la simple consideración de ser tal. Proceden de la cualidad humana, conciernen incondicionalmente a todas las personas y deben ser admitidos y respetados por el legislador. Por su naturaleza, están ubicados sobre cualquier norma. Así, aparecen consagrados en la Constitución y en documentos internacionales.

Los derechos humanos son, pues, derechos básicos, derechos esenciales, derechos fundamentales[23]. Más aún, son derechos universales[24]. Y cuando establecidos expresamente en la Constitución, derechos constitucionales.

Al respecto, Fernando VALDÉS DAL RÉ es contundente: "(...) los derechos de nuestro tiempo, los que los individuos reclaman ante y contra la sociedad y los poderes que la gobiernan, son los "derechos fundamentales"; aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden

20 Artículo 23: El Estado "protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)".

21 Artículo 28: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

22 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 los trabajadores y de los empleadores". Artículo 25: "La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio". Artículo 27: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Artículo 29: "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación".

23 José Enrique PRECHT (Incorporación de las normas internacionales al ordenamiento interno chileno, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 2000, tomo XLIII, No. 197, p. 121) afirma: "Desde un cierto punto de vista todos los derechos emanan de la naturaleza humana. Pero hay ciertos derechos que son considerados fundamentales o básicos, de allí que (...) "derechos esenciales" es sinónimo de "derechos humanos"".

24 Para Luigi FERRAJOLI (cit. por VALDÉS DAL RÉ, Fernando, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de Informes Generales, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 42), los "derechos fundamentales" son "aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar"; y un rasgo estructural que distingue los derechos fundamentales de los demás es "la forma universal de su imputación; se trata de derechos "universales", en el sentido deóntico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, son sus titulares".

jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales. La atribución a los derechos fundamentales de la condición de derechos de nuestra época tiene un valor universal, entendida la nota de universalidad no sólo ni tanto en un sentido subjetivo, que atiende a la titularidad de los derechos, cuanto en un significado material. En el arco del tiempo que discurre entre los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII (...) y los movimientos democráticos de finales del siglo XX (...), los derechos fundamentales han experimentado una notable expansión. Lejos de configurarse como una categoría cerrada de una vez por todas, los derechos fundamentales han ido incorporando a su catálogo nuevos intereses, bienes y expectativas como consecuencia de las sucesivas y no agotadas reivindaciones y luchas de los individuos y de los grupos sociales en los que ellos se integran a fin de lograr mayores y más decentes espacios de igualdad y libertad"[25].

El Derecho del Trabajo guarda, entonces, ceñida correspondencia con el Derecho de los Derechos Humanos. Entre otros aspectos, debido a la protección y a la indisponibilidad de los derechos considerados[26]: "la razón de ser del Derecho del Trabajo es la protección del ser humano que trabaja"[27]; y uno y otro Derechos limitan e impulsan al legislador, es decir, constituyen, a igual tiempo, una frontera que no debe ser cruzada y un estímulo que dinamiza la acción social "para que se progrese en el orden del respeto, del reconocimiento, de la aplicación y de la extensión"[28]. Además, ambas disciplinas están consagradas por la Constitución y por normas internacionales[29].

Ciertamente, el Derecho del Trabajo intenta preservar la dignidad humana con vistas a evitar la explotación económica del trabajador. En consecuencia, "consagra derechos del trabajador, elevándolos a la categoría de derechos humanos, como forma de valorizar al máximo y por encima de todo valor de cambio a la persona humana, en el caso, la persona del trabajador"[30].

25 Ibid., pp. 38-39.

26 DODERA, José Luis, Los tratados de Derechos Humanos y la jurisdicción laboral interna, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 2004, tomo XLVII, No. 215, p. 535.

27 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, cit. por DODERA, José Luis, op. cit., p. 536.

28 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Derechos Humanos y el Derecho Laboral en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 1999, tomo XLII, No. 194, p. 301.

29 Ibid., p. 300.

30 ERMIDA URIARTE, Óscar, Derechos Laborales y Comercio Internacional. En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pp. 285-286.

En tal entorno, Américo PLÁ RODRÍGUEZ destaca que no basta la proclamación de los derechos sociales sino que éstos "deben ser impulsados, desarrollados, vigilados (...) para que dejen de ser un simple reconocimiento teórico y se conviertan en una realidad práctica"[31]. Sostiene enfáticamente que todos quienes nos sentimos atraídos por el Derecho del Trabajo "debemos asumir una forma de militancia al servicio del hombre"[32].

Entre las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos que aluden al trabajo –es decir, inclusivas de derechos laborales entre los derechos fundamentales del ser humano[33]–, tenemos:

I) Instrumentos internacionales de ámbito mundial:

La llamada "Carta Internacional de los Derechos Humanos", integrada por:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; ratificada por el Perú mediante la Resolución Legislativa No. 13282 del 9 de diciembre de 1959).
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor: 23 de marzo de 1976; ratificado por el Perú mediante el Decreto Ley No. 22128 del 28 de marzo de 1978 y la Decimosexta Disposición General de la Constitución de 1979).
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor: 3 de enero de 1976; ratificado por el Perú mediante el Decreto Ley No. 22129 del 28 de marzo de 1978).

De esta manera, tales Declaración y Pactos, adoptados todos en el marco de la ONU, tienen vocación de universalidad[34].

31 PLÁ RODRÍGEZ, op. cit., p. 301.
32 Loc. cit.
33 ERMIDA URIARTE, Óscar, op. cit., p. 291.
34 Loc. cit.

II) Instrumentos internacionales de ámbito americano:

A) La IX Conferencia Internacional Americana (1948) ha sancionado:

- La Constitución de la Organización de Estados Americanos – OEA –"Carta de la Organización de los Estados Americanos" o "Carta de Bogotá" (ratificada por el Perú mediante la Resolución Legislativa No. 11830 del 3 de abril de 1954).
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948)
- La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (OEA, 1948).

B) La Convención Americana sobre Derechos Humanos –"Pacto de San José de Costa Rica" (aprobada por la Asamblea Extraordinaria de la OEA el 22 de noviembre de 1969).

C) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – "Protocolo de San Salvador" (aprobado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988; ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa No. 26448, publicada el 14 de junio de 1995).

Con mayor o menor detalle, todos estos instrumentos internacionales –que a decir de Javier NEVES MUJICA, son el "núcleo" sobre la materia[35]– incluyen derechos laborales. Particularmente, éstos aparecen en conjunto en los reguladores de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre los derechos civiles y políticos, figura también la libertad sindical[36].

Una lista concisa (y no exhaustiva) de los diversos derechos laborales incluidos en las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos[37] referirá: el

35 NEVES MUJICA, Javier, op. cit., p. 59.
36 Loc. cit.
37 Al efecto, seguimos el esquema presentado por DODERA, José Luis, op. cit., pp. 536 y siguientes. Este autor refiere también algunos otros derechos individuales –de la mujer (vinculados con el embarazo y la posterior maternidad y el estado civil), de los menores de edad (vinculados con la edad mínima de ingreso al trabajo y a que la labor no perjudique la salud de los menores, a la restricción de horarios y de actividades) y de los impedidos que trabajan– y otros derechos propios a la seguridad social –atentos a diferentes contingencias o riesgos sociales: desempleo, invalidez, vejez, enfermedad, viudez u otros, ya sean contingencias temporales o permanentes que impidan a la persona ganarse la vida.

derecho al trabajo; el derecho a la libre elección del trabajo; el derecho a remuneraciones y condiciones equitativas y satisfactorias –el derecho a la igualdad de trato (igualdad de oportunidades, igualdad de condiciones de trabajo, igualdad frente a la formación y promoción en el trabajo, no discriminación); el derecho al empleo y a la protección contra el desempleo; el derecho a igual salario por trabajo de igual valor, a una remuneración "equitativa y satisfactoria" o "justa", al salario mínimo, a la no discriminación–; el derecho al descanso –el derecho a la limitación de la jornada, al descanso semanal y a las vacaciones–; el derecho a la sindicación y la libertad sindical.

Ahora bien, ¿todos los derechos laborales son derechos humanos?

La doctrina del Derecho del Trabajo intenta determinar si todos los derechos laborales componen el sistema de los derechos humanos. Como enseña Héctor-Hugo BARBAGELATA, "parece posible admitir que poseen ese carácter, prácticamente todas las disposiciones de fondo dirigidas a la protección del trabajador y concretamente, además de las constitucionales del respectivo país, las concernientes, de los instrumentos internacionales que abarcan en su conjunto los derechos humanos"[38].

Así, califican como derechos humanos los derechos laborales expresamente consagrados en las declaraciones o pactos sobre derechos humanos y, en los respectivos países, los contenidos en instrumentos regionales[39]. En el correspondiente Derecho nacional, "también serán derechos fundamentales los previstos (directamente o por remisión) en la Constitución, que a menudo consagra unos expresamente y remite luego a otros dimanantes de las normas internacionales o intrínsecos a la persona humana o a la forma democrática o republicana de gobierno"[40].

En cualquier circunstancia y conforme expone Óscar ERMIDA URIARTE, "en tal determinación de los derechos laborales que forman parte del elenco de los humanos o fundamentales deben aplicarse los principios de interpretación e integración propios de los derechos humanos, tales como los de interdependencia de los tratados, según el cual las referencias a derechos humanos contenidas en los diversos instrumentos internacionales sobre la

38 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 2004, tomo XLVII, No. 214, p. 228.
39 ERMIDA URIARTE, Óscar, op. cit., p. 292.
40 Loc. cit.

materia se interpretan coordinada y acumulativamente, y de la preeminencia de la interpretación más favorable a la persona humana o potenciadora y no reductora del alcance y eficacia del derecho"[41].

De todos modos, resaltemos que además de los derechos humanos estrictamente laborales, comprendidos en la Constitución y en las declaraciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, la mayoría de los derechos fundamentales "tienen una vertiente laboral, en el sentido de que pueden emerger u ocurrir, y aun ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo"[42].

IV. EL SISTEMA NORMATIVO DE LA OIT

Hablamos del sistema normativo de la OIT para referir al conjunto de normas dictadas al interior de la Organización Internacional del Trabajo: convenios, recomendaciones, declaraciones y resoluciones.

Destacamos aquí los convenios internacionales del trabajo[43] y la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

I) Convenios internacionales del trabajo

Los convenios internacionales del trabajo regulan los derechos laborales más significativos, además de otros muy diversos temas atinentes al trabajo. A manera

41 Ibid., p. 293.
42 ALONSO OLEA, Manuel, cit. por BARBAGELATA, Héctor-Hugo, loc. cit. Por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del 19 de agosto del 2002, recaída en el expediente No. 895-2001-AA/TC –acción de amparo interpuesta por Lucio Valentín Rosado Adanaque contra el Seguro Social de Salud – ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo–, ha contemplado las libertades de conciencia y de religión y el derecho a la no discriminación para resolver la petición planteada por el demandante para que no lo obliguen a trabajar los sábados debido a su pertenencia a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos obliga a la observancia del sábado como día dedicado al culto por ser el "Día del Señor o Día de Reposo Cristiano" –vid. el análisis de dicha sentencia elaborado por PACHECO ZERGA, Luz, Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional. En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional, Lima, Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pp. 77 y siguientes.
43 En estricto: "(...) la Constitución de la OIT (...) tipifica a los convenios y las recomendaciones como los dos instrumentos principales en los que se expresan las normas internacionales del trabajo. La diferencia básica entre ambos radica en que el convenio está abierto a la ratificación de un Estado Miembro, acto que crea para éste obligaciones jurídicas internacionales relativas a su aplicación y cumplimiento. Una recomendación no puede ser ratificada y constituye sólo una guía para una acción nacional en la materia cubierta por este instrumento. De acuerdo con la Constitución (art. 19, párr. 1º), el instrumento revestirá la forma de una recomendación si la cuestión tratada o alguno de sus aspectos no se presta aún para la adopción de un convenio. Puede ser útil para delinear objetivos sociales que son demasiado avanzados como para pretender una aplicación generalizada, o a fin de tratar materias muy complejas o que se presentan en forma muy disímil entre los países, o para regular en detalle los principios más generales incorporados a un convenio" (VON POTOBSKY, Geraldo W y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., La Organización Internacional del Trabajo, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, p. 24).

de tratados internacionales sui generis, determinan normas mínimas aplicables a las condiciones de trabajo y relaciones laborales. Aunque un convenio internacional del trabajo no es aprobado con arreglo al procedimiento usual originario de los demás tratados –negociación entre los Estados partes y firma o celebración por las partes que llegaron a un acuerdo– sino según un procedimiento, más bien, propio o característico de una asamblea –la aprobación se realiza en la Conferencia Internacional del Trabajo, órgano máximo de la OIT, donde los países están representados de modo tripartito (por sus respectivos gobiernos y por representantes de organizaciones de empleadores y de trabajadores) y sobre la base de una votación de mayoría calificada– aquél, cuando aprobado, requiere sí la ratificación para tener absoluta eficacia en el Derecho interno[44]. Además, ellos no se circunscriben a crear obligaciones entre los Estados firmantes, sino que también pretenden la regulación sustantiva del asunto sobre el cual versan[45].

Los convenios internacionales del trabajo han sido percibidos mayormente como una legislación internacional orientada a inscribir pisos mínimos en los ordenamientos nacionales[46].

II) Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentes en el Trabajo y su Seguimiento ha sido adoptada el 18 de junio de 1998, en Ginebra, por la Conferencia Internacional del Trabajo. Según su artículo 2, todos los miembros de la OIT, por su mera pertenencia a ésta y aunque no los hayan ratificado, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los convenios siguientes: a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de discriminación en materia de empleo y ocupación. En consecuencia, son normas laborales mínimas o equitativas los "convenios fundamentales" sobre libertad sindical y sindicación y negociación

44 ERMIDA URIARTE, Óscar, op. cit., p. 289.
45 Ibid., p. 290.
46 Loc. cit.

colectiva (87 y 98), trabajo forzoso (29 y 105), trabajo infantil (138 y 182) y no discriminación (100 y 111).

La Declaración constituye la base jurídica del sistema global[47]. Al parecer, "se trata de dar un salto cualitativo, apuntando a universalizar o "globalizar" los principios contenidos en determinado número de convenios, independizando su eficacia del acto de ratificación nacional"[48]. A su vez, "al considerar obligatorios los principios contenidos en los convenios "fundamentales" más allá de cualquier acto nacional de ratificación, recepción, incorporación, adopción o reconocimiento, la Declaración de 1998 viene a sumarse al elenco de grandes pactos y declaraciones de derechos humanos que consolidarían o codificarían el contenido del jus cogens y del Derecho universal del los derechos humanos"[49].

V. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

BARBAGELATA refiere "la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Tal bloque de constitucionalidad de los derechos humanos (...) ha abierto el camino hacia el reconocimiento de un derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional, que no es ya meramente derecho interno o internacional, sino universal"[50].

Este bloque de constitucionalidad está integrado, pues, por todas las disposiciones y principios (es decir, declaraciones extraídas del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina) a los cuales se les reconoce valor constitucional[51].

Las disposiciones y principios que conforman el bloque de constitucionalidad no son únicamente los que aparecen en o se deducen de la parte dispositiva de

47 SACO BARRIOS, Raúl, Cláusulas Sociales en los Tratados Internacionales de Comercio. En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, p. 331.
48 ERMIDA URIARTE, Óscar, loc. cit.
49 Ibid., p. 291.
50 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, op. cit., p. 215.
51 Ibid., p. 217. En nuestro país, mencionan los principios constitucionales: el artículo 14 (cuarto párrafo) de la Constitución –"La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa"–; y los artículos VI del Título Preliminar (tercer párrafo) –"Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional"– y 37 inciso 18 –acerca de la procedencia del amparo para la defensa del derecho "De impartir educación dentro de los principios constitucionales"– del Código Procesal Constitucional.

una Constitución y de su Preámbulo sino que se agregan a ellos los que figuran en o se infieren de instrumentos internacionales e incluso de las doctrinas generalmente aceptadas en un régimen democrático de derecho[52].

ERMIDA anota, además, que"los instrumentos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos y/o constituyen una fuente de conocimiento de los derechos constitucionalmente reconocidos como fundamentales"[53].

Integración de los instrumentos internacionales en el bloque de constitucionalidad

¿Cuál es la jerarquía y cómo funciona la interpretación de los instrumentos internacionales? ¿Cómo se produce la integración de los instrumentos internacionales en el bloque de constitucionalidad?

En este contexto, importa indicar las disposiciones constitucionales sobre los tratados, sobre la interpretación de derechos y libertades y sobre la protección a futuro de nuevos derechos.

Acerca de los tratados, el artículo 55 de la Constitución determina:

"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

Acerca de la interpretación de derechos y libertades, la Cuarta Disposición Final de la Constitución establece:

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

Acerca de la protección a futuro de nuevos derechos, el artículo 3 de la Constitución prescribe:

52 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, op. cit., pp. 217-218.
53 ERMIDA URIARTE, Óscar, ibid., p. 292.

"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (Derechos fundamentales de la persona) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Sobre esta base, puede afirmarse que:

- Las Normas Internacionales sobre sobre Derechos Humanos tienen rango constitucional. A saber, existe una constitucionalización de los tratados sobre Derechos Humanos[54].
- Las Normas Internacionales del Trabajo versan, como tales, sobre Derechos Humanos. En consecuencia, tienen también rango constitucional y se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.
- En el Perú, la integración de los instrumentos internacionales en el bloque de constitucionalidad deriva de la (citada) cuarta Disposición Final de la Constitución. Aunque tal precepto alude expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, no los incorpora directamente al sistema de las"normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce" sino, más bien, los constituye en elementos de obligatoria consideración para la interpretación de dichas normas.

NEVES expone una importante apreciación: "Nos parece que estos convenios internacionales del trabajo, los cuales –en su mayoría– desarrollan derechos laborales antes regulados con menos detalle por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, deben calificarse también como tales. De este modo, el tratamiento que brinda nuestra Constitución a los tratados sobre derechos humanos (...) se hace extensivo a los convenios internacionales del trabajo"[55].

54 Vid. NEVES MUJICA, Javier, op. cit., pp. 62-63.
55 Ibid., p. 60.

VI. CONCLUSIÓN

Es imposible cumplir normas desconocidas. Entonces, importa tomar cabalmente en cuenta el carácter vinculante de la Constitución y de las normas internacionales del trabajo. Ciertamente, aquélla y éstas no contienen únicamente normas programáticas sino también normas autoejecutables, de insoslayable acatamiento. Incluso, con preeminencia sobre cualesquiera otras normas del ordenamiento.

En tal tarea, debiéramos estamos todos comprometidos: los tres Órganos del Estado y el Tribunal Constitucional, en sus respectivos ámbitos de competencia, y los actores sociales.

BIBLIOGRAFÍA[56]

- ALONSO OLEA, Manuel, Derecho del Trabajo, Madrid, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1985.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, El bloque de constitucionalidad de los Derechos Humanos laborales, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 2004, tomo XLVII, No. 214.
- CANESSA MONTEJO, Miguel F., Los Convenios de la OIT y la nueva Constitución peruana", en revista "Asesoría Laboral", Lima, 1994, año IV, No. 37.
- CANESSA MONTEJO, Miguel F., Los Derechos Humanos Laborales, la Mundialización de la Economía y la Organización Internacional del Trabajo, en revista "Asesoría Laboral", Lima, 1999.
- CANESSA MONTEJO, Miguel F., Los derechos humanos laborales: un ensayo de fundamentación, en revista "Asesoría Laboral", Lima, 2001.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, Normas internacionales sobre Derechos Humanos, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988.
- DODERA, José Luis, Los tratados de Derechos Humanos y la jurisdicción laboral interna, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 2004, tomo XLVII, No. 215.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, ¿Tienen todos los Derechos Humanos igual jerarquía?, en revista "Ius et Veritas", Lima, 1992, No. 4.

56 Se refiere la bibliografía consultada y/o citada.

- LANDA ARROYO, César y VELAZCO LOZADA, Ana, Constitución Política del Perú 1993. Sumillas. Reformas Constitucionales. Índice Analítico, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2005.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri, Teoría General del Derecho del Trabajo, Sao Paulo, LTr, 1999.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Constitución Política del Perú y Tratados sobre Derechos Humanos, Lima, Ministerio de Justicia, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Teoría General del Derecho del Trabajo, Sao Paulo, LTR, 1999.
- NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2003.
- NEVES MUJICA, Javier, La cuarta disposición final y transitoria de la Constitución y los derechos laborales, en revista "Ius et Veritas", Lima, 1999, No. 19.
- NEVES MUJICA, Javier, Las fuentes del Derecho del Trabajo en las Constituciones de 1979 y 1993, en revista "Ius et Veritas", Lima, No. 9, 1994.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Derechos Humanos y el Derecho Laboral, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 1999, tomo XLII, No. 194.
- PRECHT, José Enrique, Incorporación de las normas internacionales al ordenamiento interno chileno, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, 2000, tomo XLIII, No. 197.
- RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, José Hugo, Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos, Lima, Centro de Asesoría Legal (CEAL), 1989.
- RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, Derechos fundamentales y relaciones laborales, Buenos Aires, Astrea de A. y R. Depalma, 2004.
- RUBIO CORREA, Marcial, El sistema jurídico (Introducción al Derecho), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1999.
- SACO BARRIOS, Raúl, Cláusulas sociales en los tratados internacionales de comercio. En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003.
- VON POTOBSKY, Geraldo, Los Convenio de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?. En: Evolución del pensamiento juslaboralista.

Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

- VON POTOBSKY, Geraldo W., BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- ZAMUDIO COLLADO, Luis M., Los tres poderes del Estado dedicados al cumplimiento de los convenios internacionales del trabajo, en revista "Análisis Laboral", Lima, 2002, Vol. XXVI, No. 295.

EL ACOSO MORAL EN EL AMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES O MOBBING

*LILIANA TSUBOYAMA SHIOHAMA**

Sumario

Introducción. I. Definición. Elementos. II. El acoso moral y su afectación a derechos constitucionales. 2.1. La dignidad de la persona humana. 2.2. Afectación a la integridad psíquica o física del trabajador. 2.3. Derechos fundamentales que comúnmente pueden verse afectados ante un acoso moral en el marco de una relación laboral. III. Instrumentos jurídicos para la protección contra el acoso moral. 3.1. El acoso moral y el proceso de cese de actos de hostilidad o de terminación de la relación laboral por actos de hostilidad. 3.2. Proceso de amparo. 3.3. Habeas corpus. 3.4. Reclamo de indemnización por daños y perjuicios. 3.5. Acciones administrativas. IV. Necesidad de legislar el acoso moral en el ámbito de las relaciones laborales. V. Conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El acoso moral en el centro de trabajo o mobbing constituye una problemática multidisciplinaria que viene cobrando vigencia en los últimos tiempos y que, a falta de regulación en varios países, ha tenido un desarrollo jurídico a través de las decisiones jurisprudenciales.

Como se verá a lo largo del presente trabajo, el acoso moral implica una afectación a la dignidad de la persona del trabajador, valor supremo consagrado

* Abogada del Estudio Luis Echecopar García.

en el artículo 1° de la Constitución Política de 1993, como fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, en el ámbito de las relaciones laborales, el artículo 23° de la Constitución ha proscrito toda conducta que rebaje la dignidad del trabajador. Esta será la perspectiva y supuesto principal que se tendrá en consideración en el presente trabajo, vale decir, la dignidad como principal valor afectado contra los actos de acoso moral.

Sin embargo, la figura del acoso moral, que tiene especiales características que lo diferencian de otros fenómenos existentes en el campo laboral, no ha sido regulada como tal en nuestro ordenamiento jurídico. Por tal motivo, el presente trabajo tiene como finalidad brindar una aproximación a esta interesante problemática a efectos de una eventual regulación de la materia, examinar asimismo las vías actuales de protección contra el acoso moral y los principales aspectos a tener en cuenta en cada tipo de proceso en particular.

I. DEFINICIÓN. ELEMENTOS

El mobbing, vocablo inglés con el que también se conoce al fenómeno del acoso moral en el centro de trabajo, fue un concepto introducido por el profesor Heinz Leymann en la década de los sesenta para describir a toda conducta consistente en "actitudes hostiles frecuentes y repetidas en el lugar de trabajo que tienen a la misma persona en la punta de mira."[1] De otro lado, la psiquiatra Marie – France Hirigoyen, quien ha estudiado por muchos años esta problemática, define al acoso moral en el trabajo como "toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud ...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo."[2]

Según lo expuesto, para que se produzca la figura del acoso moral en el centro de trabajo, éste debería estar compuesto de los elementos siguientes:

- Existencia de una conducta hostil o abusiva.
- Frecuencia o sistematización de la conducta hostil o abusiva.
- Sujetos activos: el empleador, otro trabajador o trabajadores del centro laboral o un tercero, siempre con ocasión de la prestación de servicios del trabajador afectado.

1 HIRIGOYEN, Marie-France. El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso. Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 2001. p.70
2 HIRIGOYEN, op. cit. p.19

- Afectación a un trabajador determinado.
- Afectación a la dignidad e integridad psíquica o física.
- Actuación en el ámbito laboral.

A continuación analicemos estos elementos de una manera más detallada.

a) Existencia de una conducta hostil o abusiva

Como toda conducta de acoso, el acoso moral debe consistir en un tratamiento hostil o abusivo hacia una persona, en el presente caso, hacia un trabajador. Esta conducta puede presentarse de diversas maneras, en razón de las múltiples relaciones que pueden configurarse en el marco de las relaciones laborales. Así, por ejemplo, si partimos de que es el empleador o su representante quien ejerce la conducta hostil o abusiva contra el trabajador, podría configurarse a través de un ejercicio abusivo de su poder de dirección, dictando órdenes o sancionando fuera de los alcances del principio de razonabilidad que rigen las relaciones laborales; o realizando actos que impliquen una discriminación del trabajador afectado.

De otro lado, la conducta hostil o abusiva también puede manifestarse en omisiones por parte del agresor, por ejemplo, otorgar un determinado beneficio al personal y excluir al trabajador que se pretende agredir.

La judicatura española, que ha resuelto varios casos sobre esta materia, ha encontrado como comunes manifestaciones del acoso moral las siguientes[3]:

- Aislamiento social del trabajador
- Apartamiento del trabajador de sus funciones de mayor responsabilidad, asignándole funciones inferiores que no corresponden a su cargo
- Crítica y minusvaloración del trabajo de la víctima ante otros compañeros
- Agresiones físicas o verbales

b) La conducta hostil o abusiva debe darse de manera frecuente y sistematizada

Para la configuración del acoso moral no basta que se verifique la existencia de conductas hostiles o abusivas de manera aislada; debe tratarse de conductas

3 GONZALEZ SOLIS, Sonsoles. "Acoso moral en el trabajo o mobbing. Breve repaso de los criterios judiciales más relevantes. En: Actualidad Jurídica N°12-2005. www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n12/foro3.pdf. P.78

frecuentes y sistematizadas que atenten contra la dignidad del trabajador afectado. Al respecto, el profesor Leymann considera que para la determinación de la frecuencia de la agresión, según estadísticas, las agresiones deben producirse por lo menos una vez por semana por un período de por lo menos seis meses[4].

c) La conducta hostil o abusiva puede ser ejercida por el empleador o sus representantes, otros trabajadores o terceros

Los sujetos activos del acoso moral o mobbing son obviamente personas naturales, quienes pueden tener la calidad de empleador o de sus representantes, ser otros trabajadores de la empresa o inclusive terceros ajenos a la relación laboral entre el trabajador afectado y su empleador.

Dentro del concepto de empleador incluiremos al personal de dirección, según lo define el artículo 43° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N°003-97-TR, en adelante la "LPCL":

> "Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial."

Asimismo, consideramos debe incluirse también como empleador al funcionario jerárquicamente superior al trabajador afectado, quien, por delegación, ejerce las facultades de dirección a nombre del empleador.

En cuanto a otros trabajadores como sujetos activos del acoso moral, no considerados en el supuesto anterior, puede tratarse de cualquier otro trabajador de la empresa cuyo cargo puede ser o del mismo nivel del trabajador afectado con el acoso, o de un nivel inferior o superior.

Es posible que el acoso moral sea efectuado por otro trabajador que tenga un cargo superior al del trabajador afectado, no comprendido en el concepto de empleador al que hemos hecho referencia en los párrafos

4 LEYMANN, Heinz. The Mobbing Encyclopaedia. The definition of Mobbing ant Workplaces. www.leymann.se

precedentes. Al respecto, debemos señalar que puede tratarse de un superior que no ejerce facultades de dirección sobre las labores del trabajador afectado, por cuanto aquél no se encuentra bajo su área de actuación. Por ejemplo, sería el caso del mobbing realizado por un jefe de un área distinta a la que pertenece el actor.

Vemos que también el acoso moral puede ser ejercido por un trabajador de inferior categoría a la del trabajador afectado, con lo cual, también sería posible, el acoso moral contra el personal de dirección.

En relación a las personas que realizan actividades en el centro laboral bajo modalidades formativas, somos de la opinión que debieran ser consideradas también como posibles sujetos activos de un acoso moral, debido a que también forman parte integrante de la empresa y se relacionan con su personal.

Un supuesto que merece especial análisis es el acoso moral que ocurra dentro del marco de una relación laboral, pero que sea realizado por un tercero ajeno a la relación laboral entre empleador y trabajador. Tal sería el caso, por ejemplo, del acoso moral que pudiera ser realizado por un trabajador destacado por una empresa de intermediación laboral al centro de trabajo, o el trabajador de un contratista o subcontratista o el trabajador de un cliente del empleador, con el cual el trabajador afectado debe mantener una relación frecuente. Al respecto, consideramos que, si bien estas terceras personas son ajenas a la relación laboral del trabajador afectado con su empleador, en la medida que el acoso moral se da con ocasión de la prestación de los servicios laborales del trabajador afectado, el acoso que estas personas pudieran ejercer debieran encontrarse incluidas en el concepto de mobbing.

d) La conducta hostil o abusiva debe estar dirigida hacia un trabajador determinado

En efecto, la conducta hostil o abusiva debe tener como finalidad afectar moralmente a una persona determinada, en el presente caso, a un trabajador determinado. Dentro del concepto de persona afectada debemos incluir también a las personas que se encuentran realizando en la empresa una actividad de formación (modalidad formativa), siguiendo el mismo criterio señalado en el punto anterior.

Este aspecto se encuentra estrechamente vinculado a la intencionalidad de la conducta del acosador, pues, debe en todo momento tener la intención de afectar a un trabajador determinado.

e) Afectación de la dignidad y de la integridad psíquica o física del trabajador

Este es uno de los elementos más importantes en la configuración del acoso moral en el trabajo, porque de aquél derivará la importancia de otorgar una protección adecuada al trabajador afectado por este fenómeno laboral.

En cuanto a la afectación de la dignidad del trabajador, consideramos que toda conducta abusiva siempre afectará su dignidad.

Respecto a la afectación de la integridad psíquica o física, no necesariamente puede ocurrir ante reiteradas conductas hostiles o abusivas contra el trabajador, dado que ello dependerá de la personalidad de cada ser humano para enfrentar determinadas situaciones. A nuestro entender, para la configuración del acoso moral, siempre deberá existir un daño físico o psíquico en el trabajador. Algunos autores, como Gorelli y Gómez[5], consideran que no es necesaria la verificación de un daño a la integridad psíquica o física del trabajador para determinar la existencia de un acoso moral, ya que para que ésta se configure debe verificarse únicamente que existió una agresión frecuente contra el trabajador.

Particularmente, somos de la opinión que, según la definición de acoso moral o mobbing, si bien proveniente de otras disciplinas distintas al Derecho, es necesaria la existencia de un daño psíquico o físico en el trabajador para que podamos hablar de esta figura, pues de lo contrario estaríamos ante otro tipo de fenómeno. En todo caso, estará en manos del legislador optar por un punto de vista o el otro.

f) Estos elementos se deben presentar en el marco laboral

Una conducta hostil promovida fuera del entorno laboral no configura un caso de mobbing. Así, por ejemplo, podemos tener el caso de un trabajador que juega una vez por semana fútbol con su superior y, por la personalidad propia de su jefe, éste amonesta públicamente a su trabajador, pero sin intención de causar daño, sino por la propia emoción deportiva. No obstante ello, en el quehacer diario laboral, el jefe mantiene una actitud neutral frente al trabajador. Así, lo que debe interesar a efectos de la configuración del mobbing es que el acoso se produzca en el marco laboral del trabajador afectado.

5 GORELLI HERNANDEZ, Juan y GOMEZ ALVAREZ, Tomás. "Configuración jurídica del mobbing". En: Revista Derecho & Sociedad, No.20, 2003. p.65

Dada la complejidad que presenta la configuración de un acoso moral, en España la jurisprudencia ha considerado la importancia de la existencia de por lo menos los siguientes tres elementos[6]:

- La intención del sujeto que realiza el acoso moral. Al respecto, según lo señala González, "la finalidad de la conducta empresarial es causar un daño socavando la persona del trabajador ..."[7]. Cabe señalar que en España los tribunales del orden social sólo vienen aceptando demandas sobre acoso moral formuladas contra empleadores, toda vez que alegan que su competencia no abarca a los acosos morales efectuados por terceros, por ello este criterio jurisprudencial sólo hace referencia a la conducta "empresarial".
- La reiteración de la conducta hostil. De acuerdo a como lo hemos venido indicando líneas arriba, las agresiones contra el trabajador deben producirse en un período determinado y con una determinada frecuencia, lo cual será analizado caso por caso.
- La existencia de un perjuicio al trabajador. Por último, los tribunales españoles están exigiendo también que el trabajador debe acreditar la existencia de los daños a su integridad psíquica producidos por el acoso moral. A tal efecto deberá presentar un informe pericial que acredite la afectación a su integridad psíquica y que ello ha sido ocasionado por el acoso moral del que viene padeciendo.

Por último, no debe confundirse al acoso moral con otros fenómenos que surgen en el seno de una relación laboral, tales como el stress, conflictos con otros trabajadores, malos tratos de personas que ocupan cargos jefaturales, entre otros.

En el caso del stress, éste resulta de la presión que siente el trabajador por una sobrecarga laboral y las malas condiciones de trabajo[8]. En cambio, el acoso moral produce un daño al trabajador generado por un sujeto que lo agrede con esa finalidad.

En el caso de conflictos, es natural que surjan dentro de cualquier interacción humana, y la relación laboral no se encuentra exenta de ellos. Así, los conflictos con otros trabajadores están referidos a desavenencias con compañeros de

6 GONZALEZ SOLIS, Sonsoles. "Acoso moral en el trabajo o mobbing. Breve repaso de los criterios judiciales más relevantes. En: Actualidad Jurídica N°12-2005. www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n12/foro3.pdf
7 GONZALEZ, op. Cit p.77
8 HIRIGOYEN, op.cit.p.22

trabajo o los superiores del trabajador, que no tienen como finalidad causarse daño entre sí, por lo que no configuran un supuesto de acoso moral.

De otro lado, el hecho que exista jefes que actúen de una manera demasiado autoritaria con todos sus subordinados no implica tampoco la existencia de un supuesto de acoso moral, toda vez que esta conducta obedece al tipo de personalidad del individuo que tiene esta conducta y no por razones de dañar a un determinado trabajador.

II. EL ACOSO MORAL Y SU AFECTACIÓN A DERECHOS CONSTITUCIONALES

2.1 La dignidad de la persona humana

Tal como se hemos analizado en el punto anterior, el acoso moral puede revestir muchas formas y, según como se manifieste en la práctica, puede afectar un determinado derecho constitucional u otro, ello sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de afectar otros derechos nacidos de un convenio colectivo, normas de menor jerarquía a la constitucional o de derechos nacidos del contrato individual del trabajo.

No obstante el carácter pluriofensivo del acoso moral, esta agresión supondrá siempre una afectación a la dignidad del trabajador; es más, como señalan Blanco Barea y López Parada, el acoso moral supone siempre un atentado a la dignidad de todo ser humano como tal.[9]

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico otorga primacía a la dignidad de la persona humana cuando en su primer artículo consagra que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (subrayado agregado). De otro lado, en el ámbito laboral, el artículo 23° de la Constitución Política de 1993 establece que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador." Este artículo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido que es "a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio,

9 BLANCO BAREA, María José y LOPEZ PARADA, Javier. "La dignidad y el mobbing en un estado social y democrático de derecho". En: http://es.geocities.com/asacamt/dign_mobbing_mjbb_jlp/, página web de la Asociación Andaluza contra el Acoso Moral en el Trabajo (ASACAMT).

durante y al concluir el vinculo laboral."[10] Debe entenderse de esta manera que el artículo 23° de la Constitución viene a ser el reconocimiento de la dignidad de la persona humana ya consagrada en el primer artículo, pero resaltada para el ámbito laboral.

De esta manera, vemos que la dignidad del trabajador no debe verse afectada en ninguna relación laboral y obviamente que cualquier situación de acoso afecta a la parte más íntima de cada ser humano y, en consecuencia, su dignidad humana.[11] He ahí la importancia de otorgar una protección adecuada a los trabajadores afectados por el acoso moral.

Ahora bien, ¿cómo se ve afectada la dignidad del trabajador ante un acoso moral? Según Blanco Barea y López Parada, existe sobre el particular tres corrientes doctrinales[12]:

i) La primera propuesta por Manuel Velázquez Fernández, que entiende al acoso moral como un ataque contra la dignidad y la salud laboral del trabajador.
ii) La segunda propugnada por Cristóbal Molina Navarrete, quien entiende este fenómeno como uno pluriofensivo, que afecta una pluralidad de derechos fundamentales, todos ellos relacionados con la dignidad del trabajador.
iii) La tercera corriente iniciada por Sagardoy, quien afirma que el acoso moral es un ataque contra la dignidad profesional del trabajador.

Al respecto, compartimos la conclusión a la que arriban Blanco Barea y López Parada[13], en el sentido que sería la segunda de las corrientes propuestas la que explicaría mejor la temática del acoso moral. En efecto, debemos partir del supuesto que la dignidad es un valor que subyace a los derechos fundamentales, por eso es que en la Constitución encabeza el capítulo sobre los derechos fundamentales de la persona.

10 Exp.1124-2001-AA/TC, Resolución de 11 de julio de 2002, en el proceso de amparo iniciada por el Sindicato Unico de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) .

11" En este sentido puede decirse que el acoso psicológico en el trabajo produce un daño pluriofensivo, progresivo y continuo que lleva una carga capaz de desintegrar la dignidad en si misma considerada, (no la pretendida "dignidad laboral") como valor jurídico que sustenta el orden político y la paz social." (...)
"... Todo derecho fundamental tiene sentido en cuanto su concepto gira en torno a la dignidad de la persona, al desarrollo de la personalidad, pero no sólo en el plano estrictamente individual, sino en su dimensión social, por cuanto es fundamento del orden político y de la paz social."
BLANCO BAREA, María José y LOPEZ PARADA, Javier. op.cit

12 BLANCO BAREA, María José y LOPEZ PARADA, Javier. op.cit

13 BLANCO BAREA, María José y LOPEZ PARADA, Javier. op.cit

Desde este punto de vista, la dignidad en sí no es un derecho fundamental, sino más bien es un valor que es parte del contenido esencial de cada derecho fundamental, por lo que, en cada caso concreto, habría que analizarse qué derecho fundamental ha sido vulnerado por una conducta de acoso moral, pues, reiteramos, la violación de aquel derecho implicará necesariamente una afectación a la dignidad del trabajador afectado. Esta posición se fundamenta también en lo establecido en el artículo 3° de la Constitución, que garantiza otros derechos no enumerados en el capítulo sobre derechos fundamentales de la persona que se fundamenten en la dignidad del hombre.

Por último, precisamos que los casos de acoso moral en el centro de trabajo no son sancionables por afectar la dignidad "laboral" de un trabajador determinado, sino por rebajar su dignidad como persona humana, entendiéndose a la dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución Política de 1993).

2.2 Afectación a la integridad psíquica o física del trabajador

Adicionalmente a la afectación a la dignidad del trabajador, el acoso moral también vulnerará su derecho fundamental a su integridad psíquica y física, conforme lo establece el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución.

El concepto de integridad de la persona surge de la perspectiva de verla como un todo, de manera inseparable, por tal motivo "tiene el derecho de mantenerlas juntas, inseparables y sin daño que proceda de otro ser humano, directa o indirectamente."[14]

Así, señala Rubio que la concepción actual es la denominada "salud integral", que entiende al ser humano como un sujeto que concentra aspectos físicos, emocionales y espirituales, por lo que un daño en estos ámbito suele afectar a los otros ámbitos.[15]

En esta línea, el acoso moral se configura, además de los elementos indicados líneas arriba, por una afectación a la integridad del trabajador, es decir, por afectar su integridad como ser humano.

14 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999. Primera edición, Lima 1999, p.130

15 RUBIO CORREA, op.cit p.131

2.3 Derechos fundamentales que comúnmente pueden verse afectados ante un acoso moral en el marco de una relación laboral

Como hemos indicado líneas arriba, al ser el acoso moral una conducta que puede manifestarse de muchas maneras y ser ejercida por el empleador, otro trabajador o un tercero a la relación laboral, debe analizarse caso por caso el bien jurídico constitucional lesionado.

No obstante ello, consideramos que comúnmente se pueden presentar la afectación a los derechos constitucionales siguientes:

- **Al libre desarrollo y bienestar.**
- **A la no discriminación.**
- **A la intimidad personal.**
- **A la igualdad de oportunidades sin discriminación.**
- **Al trabajo como medio de realización de la persona.**

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO MORAL

Tal como adelantamos en la parte introductoria del presente trabajo, en nuestro país no existe una tipificación del acoso moral en el marco de una relación laboral, por lo que no existe un mecanismo legal ad hoc para su protección. Tendrá entonces que analizarse el derecho fundamental vulnerado en cada caso particular y verificar los medios de protección legal para cada situación específica.

El análisis caso por caso para determinar la medida legal adecuada para la protección del trabajador ante un acoso moral, no sólo resulta de las distintas formas cómo puede manifestarse este fenómeno, sino también por el hecho que el sujeto activo puede ser tanto el empleador, como otro trabajador o trabajadores así como terceros no vinculados a la relación laboral.

No es objeto del presente trabajo describir los pormenores de cada vía de acción contra el acoso moral, sino más bien indicar las dificultades o particularidades que podrían presentarse en cada uno de ellos, teniendo en cuenta que se trata de una figura no regulada por nuestro ordenamiento jurídico.

3.1 El acoso moral y el proceso de cese de actos de hostilidad o de terminación de la relación laboral por actos de hostilidad

a) Supuestos

El artículo 30° de la LPCL[16] establece una relación de actos cometidos por el empleador que pueden ser calificados como hostiles, lo que faculta al trabajador afectado, de ser el caso, a solicitar el cese de hostilidades o a la terminación de su relación laboral con el pago de la indemnización correspondiente (artículo 35° de la LPCL[17]).

Los actos enumerados en el artículo 30° podrían ser considerados como una manifestación de acoso moral, dependiendo de cada caso en particular, más aun cuando en el literal g) del citado artículo se ha previsto que todo acto que afecte la dignidad del trabajador también podrá ser considerado como acto hostil. En estos casos, el trabajador afectado con un acoso moral que se manifieste a través de tales conductas no tendrá necesidad de acreditar la repetición de las hostilidades contra él, pues bastaría con que se haya producido por única vez uno de estos actos para dar marcha a este mecanismo legal.

Sin embargo, el problema estribará en aquellas manifestaciones de acoso moral no previstas en el artículo bajo comentario y que entrarían en el supuesto general previsto en el literal g) como "todos aquellos [actos] que afecten la dignidad del trabajador". Consideramos que en estos supuestos, dependiendo

16 Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:
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.
El trabajador, antes de accionar judicialmente, deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley de la materia.

17 Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:
a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndole al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,
b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

de la manifestación del acto hostil, el juzgador deberá analizar caso por caso y exigir los medios probatorios que acrediten la afectación en la dignidad del trabajador.

b) El procedimiento de cese de hostilidades o de terminación de la relación laboral por hostilidades está dirigido contra el empleador

El procedimiento de cese de hostilidades o de conclusión de la relación laboral por este motivo está dirigido contra el empleador. No obstante ello, existiría maneras de proteger a través de esta vía a un trabajador víctima de un acoso moral efectuado por otro trabajador de la empresa o por un tercero.

En efecto, el literal d) del artículo 30 prevé que el empleador debe observar las medidas de higiene y seguridad que puede afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador. Al respecto, debe tenerse presente el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N°009-2005-TR, que establece que "los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores promuevan condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y social." En este sentido, las condiciones deben propender a ser "compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores" y a ofrecerles "posibilidades reales para el logro de sus objetivos personales."

El artículo 39° del citado Reglamento impone al empleador la obligación de garantizar la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo. Más adelante, el artículo 45° obliga al empleador a prever que la exposición a agentes psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores. Además, está también obligado a investigar, cuando se hayan producido daños en la salud de los trabajadores o cuando aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, a fin de detectar las causas y tomar las medidas correctivas al respecto.

De esta manera, los actos cometidos por otros trabajadores o por terceros, en el marco de una relación laboral, que constituyan un acto de acoso moral afectando la salud del trabajador, deben ser repelidos por el empleador, quien debe tomar las medidas correctivas del caso, de lo contrario estaría incumpliendo con el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo. Sin perjuicio de las sanciones administrativas que implica esta infracción, el trabajador afectado podrá alegar la existencia de un acto de hostilidad, conforme lo señala el literal d) del artículo 30° de la LPCL.

3.2 Proceso de amparo

El proceso de amparo es un proceso constitucional que tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 37° del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N°28237, así como otros derechos reconocidos por la Constitución.

La finalidad del proceso de amparo es la reposición de las cosas el estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional.

a) El proceso amparo como vía residual

De conformidad con lo establecido por el numeral 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales no proceden cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus.

De esta manera, debemos preguntarnos en primer lugar si para los actos que configuren un acoso moral existe vías procedimentales específicas. La respuesta puede ser afirmativa dependiendo de la forma en que se ha manifestado el acoso moral.

Si dicho actos configuran un acto de hostilidad, no podría solicitarse su cese a través del proceso constitucional de amparo, salvo que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, exista una necesidad de protección urgente del derecho fundamental conculcado[18]. En efecto, de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0206-2005-AA (Considerando 20), los actos de hostilidad no son tramitados en el proceso de amparo, "sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y

18 "Consecuentemente, sólo 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 extrajudicial 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 del derecho constitucional vulnerado y no el proceso judicial ordinario de que se trate."
Exp.0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por don César Antonio Baylón Flores contra la EPS EMAPA Huacho S.A. y con Víctor Manuel Hacen Bernaola.

fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo."

En consecuencia, en la medida en que las manifestaciones de acoso moral no configuren un supuesto de acto de hostilidad por parte del empleador previsto en el artículo 30° de la LPCL, podría utilizarse el proceso de amparo.

b) El proceso de amparo carece de etapa probatoria

De acuerdo con lo establecido por el artículo 9° del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales carecen de etapa probatoria, siendo admitidos solamente aquellos medios probatorios que no requieren actuación. Sin embargo, dicha norma señala que el juez puede actuar los medios probatorios que considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

Ya hemos señalado que en toda acusación de acoso moral que afecte derechos fundamentales, es necesario acreditar fehacientemente tal vulneración, lo cual además de ser dificultoso, requerirá en la mayoría de los casos de la existencia de una etapa probatoria para actuar las pruebas que acrediten la pretensión del demandante.

Por tal motivo, consideramos que en principio el proceso de amparo no es una vía idónea para la protección de los derechos fundamentales conculcados a través de un acoso moral.

3.3 Habeas corpus

El proceso constitucional de habeas corpus tiene como finalidad la protección de todos los actos que amenacen o vulneren los derechos que conforman la libertad individual de cada persona. Entre tales derechos se encuentra la integridad personal.

De esta manera, en la medida en que el acoso moral afecte la integridad personal del trabajador, éste podrá recurrir a esta vía para solicitar el cese a tales agresiones.

3.4 Reclamo de indemnización por daños y perjuicios

Consideramos que adicionalmente el trabajador tiene derecho a solicitar el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por el acoso moral sufrido, a efectos de lo cual, como toda demanda de esta naturaleza, deberá ser

claramente cuantificada y la cuantía de cada extremo demandado debidamente fundamentada.

3.5 Acciones administrativas

Por último, claro está que el trabajador afectado por un caso de acoso moral puede iniciar un procedimiento inspectivo, otra vez dependiendo de cómo se manifiesten las conductas hostiles, mediante el cual pueda verificarse un incumplimiento de alguna obligación laboral del empleador, como por ejemplo las relativas a normas de seguridad del centro de trabajo.

IV. NECESIDAD DE LEGISLAR EL ACOSO MORAL EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

Dado que no existe una vía idónea para que los trabajadores afectados por conductas hostiles que configuran un acoso moral puedan solicitar el cese de tales hostilidades, consideramos necesaria se prevea a nivel legislativo un medio adecuado para su protección. Ello resulta de mucha importancia dado que el acoso moral afecta sobremanera la dignidad de un ser humano que, como hemos indicado a lo largo del presente trabajo, constituye la base de un estado de derecho.

A tal efecto, el legislador deberá optar por una definición del acoso moral en el ámbito de las relaciones laborales o mobbing; establecer claramente los elementos tipificantes para su configuración; determinar la necesidad de la existencia o no de un daño en la integridad psíquica o física de la víctima; establecer reglas que faciliten la prueba por parte del trabajador afectado; señalar los alcances de los sujetos activos del acoso moral, entre otros aspectos.

V. CONCLUSIÓN

El acoso moral en el ámbito de las relaciones laborales, en vista de las múltiples formas en que puede manifestarse, es un fenómeno pluriofensivo, pues puede afectar varios derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, cualquier agresión que configure un acoso moral siempre afectará la dignidad de la persona del trabajador. Es aquí donde radica la importancia de regular un sistema adecuado de protección contra esta figura, que no existe en el caso peruano, pues la dignidad, según lo ha establecido nuestra Constitución en su primer artículo, es el fin primordial del Estado y de la sociedad.

Por tal motivo, en aras de una óptima protección del trabajador en su entorno laboral, es necesario se legisle adecuadamente el acoso moral en el ámbito de las relaciones laborales o mobbing, teniendo en consideración las especiales características de este fenómeno.

BIBLIOGRAFIA

- BLANCO BAREA, Maria José y LOPEZ PARADA, Javier "La dignidad y el mobbing en un estado social y democrático de derecho". En: h550://es.geocities.com/asacam/dign:mobbing_mjbb_jlp/, página web de la Asociación Andaluza contra el Acoso Moral en el Trabajo /ASACAMT)-
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL."La Protección de derechos fundamentales en el orden social" Cuadernos de Derecho Judicial XXI 2003, Lima, 2003. RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993"Fondo Editorial 1999 PUCP, Lima 1999.
- GONZALEZ SOLIS, Sonsoles."Acoso moral en el trabajo o mobbing. Breve repaso de los criterios judiciales más relevantes. En: Actualidad Jurídica N° 12-2005. www.uria.com/esp/actualidad_juridican/n12/foro3.pdf
- GORELLI HERNANDEZ, Juan y GOMEZ ALVAREZ, Tomás."Configuración jurídica del mobbing". En: Revista Derecho & Sociedad, No.20, 2003|p.65
- HIRIGOYEN, Marie France. "El Acoso moral en el Trabajo" Ediciones Paidos Ibérica S.A., Barcelona 2001, 1999.
- LEYMANN, Heinz. "The Mobbing Encyclopaedia". The definition of Mobbing and Workplaces. www.leymann.se.
- SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A. "Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo". Editorial Aranzadi, 2005.

DERECHOS LABORALES COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Mauro Ugaz Olivares**

Sumario

I. Introducción. II. Los conflictos laborales. III. Clases de conflictos laborales: Individuales, Plurales y Colectivos. IV Los derechos colectivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. IV. 4.1. Legitimidad procesal de las organizaciones sindicales en los procesos constitucionales. 4.2. La libertad sindical. 4.3. Negociación colectiva. 4.4. Huelga. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional, por parte de nuestra doctrina, básicamente se ha centrado en el despido lesivo de derechos fundamentales. En menor medida, existen estudios que se han preocupado por analizar otras materias como es el caso de la protección de los derechos inespecíficos del trabajador, de los pronunciamientos en materia pensionaria, de la aplicación de los principios laborales en los procesos constitucionales, etcétera.

Sin embargo, todos estos estudios tienden a tener como objeto de análisis aquellos derechos laborales cuya titularidad corresponde al trabajador. Casi se ha omitido examinar aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que hacen referencia a aquellos derechos que recaen en el organismo gremial o cuya titularidad pertenece a un colectivo y que tengan incidencia laboral. Precisamente, el principal interés del presente trabajo es realizar un estudio de

* Profesor del Curso Derecho Laboral General de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

aquellas sentencias del Tribunal Constitucional donde el objeto de protección son aquellos derechos laborales de titularidad colectiva a fin de apreciar la tendencia que nuestra jurisprudencia constitucional presenta en tales casos.

II. LOS CONFLICTOS LABORALES

Una primera aproximación a los derechos individuales como colectivos en materia laboral debería centrarse en el análisis del conflicto laboral. Ello porque muchas concepciones del derecho no han visto sino en esta disciplina un gran esfuerzo por reconducir al orden aquellas situaciones conflictivas que se derivan de derechos de carácter individual como colectivos. A nuestro entender, un conflicto es toda discrepancia que es exteriorizada[1] y, por tanto, adquiere relevancia jurídica. Si dicho conflicto cuenta entre sus sujetos, a partes de un contrato de trabajo, y entre su objeto, derechos y obligaciones de referencia laboral, entonces, estaremos ante un conflicto laboral. Un conflicto laboral supone una situación de disidencia sobrevenida entre los sujetos de una relación jurídico-laboral, basada en un objeto que se deriva de dicha relación y exteriorizada a través de un procedimiento establecido por el derecho para dirimir tales controversias.

Existen varias clasificaciones de conflictos y usualmente éstas se pueden entrecruzar y generar sucesivas categorías, como veremos a continuación.

III. CLASES DE CONFLICTO LABORALES: INDIVIDUALES, PLURALES Y COLECTIVOS

La doctrina no es unánime a la hora de clasificar ni definir las clases de conflictos que existen en materia laboral. Sin embargo, se acepta generalmente que éstos pueden ser de naturaleza colectiva y de naturaleza individual[2]. Los primeros se presentan cuando existen intereses genéricos y abstractos cuya titularidad pertenece al colectivo o al grupo de trabajadores. En otras palabras nos referimos a un "interés atribuido a un grupo o colectividad laboral, con abstracción de los intereses concretos de sus componentes"[3]. Por ejemplo, exigir la posibilidad de negociar colectivamente. Los segundos en cambio, responden a

1 Es evidente que toda discrepancia no exteriorizada no tiene ninguna relevancia jurídica y, por tanto, no puede ser materia de análisis.

2 OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho Sindical. Tecnos. Sétima Edición. Madrid. 1995, p. 15.

3 ALONSO GARCÍA, Manuel. Legitimación para formalizar conflictos colectivos de trabajo. En: Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. pág. 81.

intereses determinados y concretos de trabajadores perfectamente individualizados. Por ejemplo, el traslado de un trabajador. Nótese que no estamos ante un problema referido al número de trabajadores involucrados en el conflicto, sino del interés o titularidad que existe detrás de él. En los conflictos colectivos no nos encontramos ante una simple suma de conflictos individuales o denominados en doctrina conflictos plurales. Los conflictos plurales son en realidad conflictos individuales, tanto por sus orígenes como por sus características, pero que alcanzan cierta generalidad en razón del número de trabajadores afectados y no por la índole del problema[4].

Si bien es cierto los conflictos plurales involucran un grupo de personas, la titularidad del interés es fácilmente divisible entre dichos trabajadores, razón por la cual se hace posible que cada uno de ellos pueda accionar de manera individual. En ese sentido, lo colectivo es diferente a lo plural; el primero recoge intereses del colectivo de trabajadores y el segundo, en cambio, recoge una suma de intereses individuales de sus integrantes.

Es el caso por ejemplo que en una empresa no se paguen las gratificaciones legales de los obreros. En tal supuesto nos encontramos ante un conflicto plural, es decir, ante una suma de varios conflictos individuales porque cada trabajador individualmente considerado tiene un legítimo interés y tiene la titularidad particular sobre el beneficio que no es otorgado. Como vemos, la existencia de una pluralidad de afectados no es una condición suficiente para encontrarnos ante un conflicto de índole colectiva. Así, un conflicto laboral será individual, cuando el titular del interés afectado sea el trabajador singularmente considerado (un despido); en cambio, será colectivo cuando la titularidad del interés afectado recaiga sobre la colectividad de trabajadores (se impide a los trabajadores negociar colectivamente).

No obstante ello, nuestra jurisprudencia se ha manifestado en un sentido diferente con relación a la naturaleza de los conflictos laborales y a la posibilidad de que los sindicatos pueden representar a sus trabajadores en tales casos. En efecto, la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, referido al Expediente No. 3983-98-A, señala en su Considerando Nueve que:

> "en el presente conflicto se discute un supuesto incumplimiento de disposiciones legales y convencionales que perjudica de manera

4 MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín Rodríguez – Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia. Derecho del Trabajo. Tecnos. Décima Edición. Madrid, p. 373.

> uniforme a toda la colectividad de trabajadores que representa el sindicato, consecuentemente estamos claramente frente a un conflicto colectivo en razón que el interés en juego atañe a todos los trabajadores, en consecuencia al tener carácter colectivo el conflicto se atribuye su tutela judicial a las organizaciones sindicales quienes tienen la representación colectiva." (el subrayado es nuestro).

Por su parte, la Casación No. 1315-97-Lima, ha establecido en su Considerando Cuarto lo siguiente:

> "se produce un conflicto colectivo cuando se afecta los derechos e intereses de la totalidad de trabajadores de una empresa, una sección, una rama de actividad o un oficio, cuya defensa es la finalidad esencial de toda organización sindical." Por otro lado, la citada Casación define también en su Considerando Quinto qué es un conflicto que involucra un derecho individual, señalando que: "los derechos que concede la Ley o los convenios colectivos, adquieren naturaleza individual cuando se incorporan en los contratos de trabajo de cada servidor y se ejecutan con características especiales, más cuando permanecen en la fuente, tienen carácter general que corresponde a este tipo de normas."

Como se habrá podido apreciar, la definición de conflicto colectivo de nuestros magistrados difiere del doctrinal antes expuesto, ya que al parecer para nuestros jueces sólo basta que se afecte a todos los trabajadores del respectivo ámbito o a un determinado grupo para que el conflicto se configure como colectivo, con prescindencia que el interés atrás de ese conflicto pertenezca al grupo o a los trabajadores individualmente considerados.

Que el conflicto sea individual (incluyendo a los plurales) o colectivo tiene vital importancia ya que la defensa de intereses colectivos no puede ser acometida a través de un modo individual, sino únicamente a través de procedimientos que permitan la acción concertada de los sujetos afectados y que hagan posible la solución conjunta de sus quejas. Conforme a lo anterior, la promoción y posterior dirección de un conflicto colectivo no puede ser asumida por un individuo, sino por las representaciones colectivas. Lo mismo sucede en el caso del organismo sindical con relación a un conflicto individual.

Sin embargo, debemos añadir que la distinción no es sencilla en la mayoría de casos, pues muchas veces un conflicto individual (despido de un trabajador)

pueden derivar en un problema colectivo (el despido es secretario general de un Sindicato) y, por ende, el problema en estos casos es a quien atribuirle la promoción de la defensa del derecho conculcado. Un resumen de las clases de conflicto lo podemos advertir en el siguiente cuadro[5]:

Conflicto	Sujeto	Objeto
Individuales	Trabajador	Derecho subjetivo singular
Plurales	Trabajadores	Derecho subjetivo singulares
Colectivos	Colectividad	Derecho subjetivo colectivo

IV. LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Realizada la presentación sobre las clases de conflicto laborales y sus diferencias, es necesario ahora entrar a analizar los derechos colectivos que han sido materia de tales conflictos en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Este análisis abarcará la legitimidad procesal de las organizaciones sindicales en los procesos constitucionales, la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, tal cual apreciaremos en los párrafos siguientes:

4.1 Legitimidad procesal de las organizaciones sindicales en los procesos constitucionales

Como ya hemos adelantado, la regla general es que los individuos tengan la potestad de promover procesos para la defensa de intereses o derechos de naturaleza individual. A su vez, las agrupaciones tendrán únicamente dicha posibilidad cuando nos encontramos ante intereses o derechos colectivos. De esa forma, las organizaciones sindicales tienen aptitud y legitimidad para obrar en la defensa de sus intereses y derechos siempre que éstos sean de naturaleza

5 No queremos dejar de mencionar que otra clasificación importante de conflictos en materia laboral es la que se refiere a los conflictos de aplicación y los conflictos de reglamentación. Los primeros buscan la aplicación de una regla jurídica a un supuesto controvertido. En tal sentido, surgen de la interpretación y aplicación de una norma. En estos casos no se cuestiona la vigencia de la norma y los órganos que resuelven tal conflicto usualmente tienen que ser técnicos jurídicos (jueces, árbitros, etcétera). Los conflictos de regulación, en cambio, crean, modifican o suprimen una regla jurídica. En estos casos la propia norma se cuestiona: se debate su idoneidad, oportunidad, vigencia, sustitución, modificación o derogación. O, tal vez, se debate la creación de una norma para regular un vacío normativo. La solución de estos conflictos puede ser mediante la conciliación, arbitraje, convención colectiva, fueros administrativos o judiciales.

colectiva. En tales casos, los organismos gremiales serán los afectados y, por ende, quienes válidamente puedan accionar en procura de la defensa de sus intereses[6]. Ahora bien, esa capacidad abstracta del sindicato tiene que concretarse en un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercida, pues las facultades atribuidas a los sindicatos no alcanzan a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad. En otras palabras, es necesario identificar un interés profesional o económico que permita apreciar un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate, vínculo o nexo que habrá de calibrarse en cada caso, y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto.[7]

Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español en la STC 159/2006 de fecha 22 de mayo de 2006 cuando señala que:

> "(...) hemos señalado con reiteración que para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado `función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores`. Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial".

Ahora bien, la legitimidad para actuar procesalmente no es sino una manifestación de la representación que puede efectuar un sindicato sobre sus representados. El "derecho de representar a sus afiliados en defensa de sus intereses profesionales comunes es una de las finalidades primordiales de la

6 El artículo 39 del Código Procesal Constitucional expresamente señala que el afectado es la persona legitimidad para interponer el proceso de amparo.

7 En Veinte Años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional. Coordinadores: Fermín Rodríguez – Sañudo y Fernando Elonza Guerrero. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Tecnos. Madrid, pp. 367-368.

asociación profesional y es de su esencia, de modo que una asociación que careciera de este derecho puede ser otra cosa, no una asociación profesional."[8]

Ello también ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia laboral ordinaria. Sobre el particular, la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lima (Expediente No. 3983-98-A) ha señalado en su Considerando Cuarto que "los Sindicatos gozan de plena capacidad de representación de los trabajadores, toda vez que dicho derecho es inherente a su naturaleza jurídica asociativa y por ende los faculta perfectamente para accionar en defensa de sus derechos e intereses."

A su vez, en el plano legislativo, el inciso a) del artículo 8 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo expresamente señala que son fines y funciones de las organizaciones sindicales: "Representar el conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva."

Por su parte, el inciso c) del mismo artículo señala que son fines y funciones de las organizaciones sindicales: "Representar o defender a sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por mandato de la Ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en calidad de asesor."

De lo anteriormente expuesto, podemos señalar que en nuestra legislación se contempla como regla general que el sindicato mantiene la representación de sus afiliados en todos aquellos conflictos, controversias o reclamaciones que tengan naturaleza colectiva. En el caso de controversias o conflictos de naturaleza individual, el sindicato también podrá ejercer tal representación salvo que el trabajador accione directamente o la Ley así lo exija.

Sin embargo, esta posibilidad que los sindicatos puedan promover e iniciar una representación procesal en conflictos individuales, salvo que el trabajador accione directamente o porque existe un mandato legal que lo impide, se restringe con reglas adjetivas previstas en la Ley Procesal del Trabajo. En efecto, en el caso de los procesos judiciales que presenten un conflicto de carácter individual, el artículo 10 de la Ley Procesal del Trabajo señala que "los trabajadores pueden conferir su representación en los conflictos jurídicos individuales a las organizaciones sindicales de las que son miembro." Esta norma, si bien es cierto sólo es aplicable a los procesos judiciales, reduce el campo de acción del sindicato previsto en el inciso c) del artículo 8 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo porque exige que el

8 KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma. Segunda Edición. Buenos Aires. 1968. pág. 208.

trabajador otorgue poder expreso al sindicato para que lo represente en un proceso judicial en caso exista un conflicto de carácter individual. Se trata, pues, de una regulación distinta la que existe en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo con la establecida en la Ley Procesal del Trabajo, ya que la última exige el consentimiento del trabajador para que un conflicto que versa sobre derechos de carácter individual pueda ser promovido por el sindicato. Nos encontramos ante una relación normativa de conflicto, donde normas de idéntico origen (estatal) pero de distinto ámbito (la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo sería la norma general respecto a la representación sindical y la Ley Procesal del Trabajo sería la norma especial respecto a la representación procesal) regulan de manera incompatible un mismo supuesto. Pese a la existencia en el derecho laboral del principio de la norma más favorable, que prefiere la norma que más favorezca al trabajador en una situación de conflicto, en este caso sería más de aplicación la norma especial sobre la general ya que la voluntad del legislador, con prescindencia de la idoneidad de la medida, es la que debe prevalecer y ésta ha preferido regular de manera más particular un determinado supuesto alejándose de la regla general contenida en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Es obvio que la regla contemplada en la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo es más acorde con la tendencia participativa de las organizaciones sindicales pero en este particular caso la teoría general del derecho nos lleva a una solución distinta: aplicar la norma especial sobre la general[9].

En materia constitucional, el Tribunal Constitucional habría flexibilizado las reglas antes descritas. Un caso paradigmático en este aspecto es el caso que promovió el Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha (Expediente No. 3311-2005-PA/TC). En tal proceso de amparo, la empresa Compañía Minera Atacocha S.A. despidió a 26 trabajadores afiliados al sindicato entre los cuales se encontraban los miembros de la Junta Directiva por haber supuestamente participado en actos vandálicos durante la realización de una paralización. La segunda instancia había considerado infundada la demanda al verificar que algunos de los trabajadores habían accionado directamente en la vía ordinaria procurando la nulidad de su despido[10].

El Tribunal Constitucional al respecto, consideró que el sindicato no sustituye la voluntad de los trabajadores cuando intervienen en la defensa de

9 Ver NEVES MUJICA, Javier. Jurisprudencia en materia laboral. Editado por el Consejo de Coordinación Judicial. Lima. 2000, p- 57

10 Recuérdese que el inciso c) del artículo 8 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que entre los fines y funciones de las organizaciones sindicales se encuentra la de representar o defender a sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por mandato de la Ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en calidad de asesor.

sus propios intereses o del interés de sus afiliados. En otras palabras, el Tribunal reconoce que si bien estamos ante un despido y, por ende, ante un conflicto que versa sobre intereses o derechos individuales, debido a la peculiaridades del cese –se trataban de personas afiliadas al sindicato y que pertenecían a su Junta Directiva- estos conflictos individuales podrían tener incidencia directa en derechos o intereses del colectivo, como lo es el caso, por ejemplo, de la libertad de gestión del sindicato o incluso de su propia permanencia o vigencia. En efecto, el cese de trabajadores afiliados por supuestas actividades sindicales restringe la actividad de acción o gestión del sindicato. Asimismo, el cese de sus afiliados como de su Junta Directiva por dichas actividades pone en riesgo la misma supervivencia del organismo gremial en vista que ésta se queda acéfala y sin integrantes. Precisamente, estas consideraciones son las que habilitan al Tribunal Constitucional a cuestionar que nos encontremos frente a un simple conflicto de carácter individual sino ante la defensa de derechos e intereses propios del organismo gremial. Es cierto que el Tribunal Constitucional no ha sido tan explícito en este caso pero toda apunta a que detrás de su razonamiento existe la convicción de encontrarnos ante un caso donde la legitimidad del sindicato para accionar judicialmente tiene el respaldo de la defensa de sus derechos como ente gremial.

Dicha reflexión, ya había sido expuesta en un caso anterior, promovido también por un organismo gremial, donde el Tribunal Constitucional manifestó que:

> "(...) que los sindicatos de trabajadores no son entidades cuya creación obedezca a la satisfacción de intereses ajenos a quienes lo conforman, sino, contrariamente, su objetivo primordial lo constituye la defensa de los derechos e intereses de sus miembros. En ese sentido, en el plano de la justicia constitucional, el Tribunal estima que no es preciso que estos cuenten con poder de representación legal para que puedan plantear reclamaciones o iniciar acciones judiciales a favor de todos sus afiliados o un grupo determinado de ellos. Y es que una comprensión de la función y el significado de los sindicatos en el sentido esbozado (...), supondría dejar virtualmente desarticulada la razón de ser de estos entes y, con ello, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical, reconocida en el artículo 28° de la Constitución"[11].

11 Expediente No. 632-2001-AA/TC.

En este caso, el Tribunal Constitucional considera innecesario que los trabajadores deleguen un poder expreso a la organización gremial. Mas bien, reconoce la capacidad del sindicato para que pueda actuar en nombre y bajo la defensa de sus intereses. Es obvio que dicha defensa debe enmarcarse dentro de los límites que señala el inciso c) del artículo 8 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en el caso de conflictos individuales, pero en caso se trate de conflictos de carácter colectivo que afecten a sus afiliados, el organismo gremial tendrá toda legitimidad para promover la defensa y protección de sus intereses.

4.2 La libertad sindical

La libertad sindical, de acuerdo a la doctrina constitucional, es un derecho de naturaleza compleja en vista que está conformado por un número de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes. En tal sentido, para determinar los componentes de la libertad sindical es necesario acudir a la titularidad de los derechos que comprende y el contenido de éstos. Con respecto a la titularidad podemos mencionar que este derecho tiene un aspecto individual y otro colectivo y, con respecto a su contenido, el derecho tiene un aspecto de organización y otro de actividad. El aspecto individual se refiere a los derechos que corresponden a cada trabajador en singular y el colectivo a los que corresponden a la organización gremial. El aspecto de organización alude a una dimensión estática del derecho que recae sobre las facultades de organizarse colectivamente y de constituir sujetos colectivos. El aspecto de actividad, en cambio, se refiere a una dimensión dinámica de la actividad sindical, es decir, hace hincapié en la actividad misma del organismo gremial.

Individual	Organización	Constitución
		Afiliación positiva Afiliación negativa
	Actividad	Participación
Colectivo	Organización	Federación
		Disolución
		Autonomía Interna: reglamentación y representación
	Actividad	Autonomía Interna: gestión

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en un primer momento no tuvo muy clara esta clasificación de la libertad sindical descrita por la doctrina. Así, en la Sentencia correspondiente al Expediente No. 1124-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional al tratar el tema de la libertad sindical señaló que su contenido esencial comprende dos aspectos: uno orgánico (organización) y otro funcional (actividad), consistiendo el primero "en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales" y el segundo en "la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones". En realidad, si bien la clasificación recoge en principio lo propuesto por la doctrina, existe un equívoco en lo que se refiere a su contenido, ya que tanto la potestad de constituir un sindicato como de afiliarse o no a él son parte del aspecto orgánico de la libertad sindical, como ya hemos mencionado. Sin embargo, en recientes sentencias el Tribunal Constitucional parece haber tratado de afinar y extender su concepto de libertad sindical. Así, en la Sentencia que corresponde al Exp. No. 0008-2005-PI/TC, el Tribunal a fin de definir este derecho, partió del reconociendo que nos encontramos ante un derecho de compleja configuración, dividiendo sus manifestaciones dependiendo que nos encontremos ante derechos de titularidad personal o plural. Asimismo, también estableció un listado de los derechos que conforman la libertad sindical. Bajo dicho escenario, el Tribunal planteó que los derechos que conforman la libertad sindical son los siguientes:

a. El derecho a fundar organizaciones sindicales.
b. El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
c. El derecho a la actividad sindical.
d. 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, etcétera.
e. 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.

Posteriormente, el Tribunal identificó los derechos antes mencionados con la titularidad del sujeto –particular o plural- que corresponda. Así, señaló que la libertad sindical intuito persona plantea dos aspectos: (i) un aspecto positivo que comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a

afiliarse a los sindicatos ya constituidos, planteando dentro este contexto el ejercicio de la actividad sindical; y (ii) un aspecto negativo que involucra el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical. Por su parte, la libertad sindical plural plantea, en cambio, tres aspectos: (i) ante el Estado comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; (ii) ante los empleadores incluye el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; y (iii) ante las otras organizaciones sindicales involucra la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etcétera.

Como se puede apreciar, se trata de un esfuerzo por abarcar de manera coherente y con rigor académico una institución jurídica de primer orden como es el caso de la libertad sindical. Esfuerzo que aplaudimos ya que se enmarca dentro de la línea del Tribunal de identificarse con una labor no sólo resolutiva sino además pedagógica que permite a los operadores del derecho y a los ciudadanos tener acceso a su doctrina y líneas directrices a fin de aplicar sus criterios a los casos concretos.

Más allá del esfuerzo desplegado por el Tribunal Constitucional, no quedan muy claro algunos aspectos de su clasificación. En primer lugar, cuando el Tribunal habla del aspecto plural de la libertad sindical mas que delimitar derechos que corresponden al organismo gremial parece mas bien hacer un listado de las obligaciones que el Estado, los empleadores y los mismos sindicatos tienen que acatar y cumplir en aras de preservar la libertad sindical. De otra manera, no se entiende que mencione la proscripción de las cláusulas sindicales o de los actos desleales ya que propiamente dicho no se tratan de derechos de naturaleza colectiva sino de mandatos a fin de evitar que actos que puedan agredir la libertad sindical, tanto en su aspecto individual como colectivo, se concreten. En segundo lugar, no parece adecuado que se relacione de manera exclusiva ciertos aspectos plurales de la liberta sindical a una sola institución. Así, por ejemplo, el hecho que la autonomía sindical o la personalidad jurídica se relacione únicamente al Estado y no a las organizaciones sindicales no parece tener mucho sentido, más aún cuando estas últimas son las que tienen la posibilidad de efectivizar tales aspectos. Quizá la mejor manera de leer la clasificación propuesto por el Tribunal sería de manera referencial pero ello no parece ser el sentido de la misma.

Finalmente, no queremos dejar de mencionar que el Tribunal Constitucional poco a poco ha ido incorporando al fundamento de sus resoluciones el derecho internacional, en especial los tratados de la Organización Internacional del Trabajo que corresponden a la libertad sindical. Así la sentencia correspondiente

al Expediente No. 3311-2005-PA/TC al tratar de delimitar la libertad sindical señala que aplicará "la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que disponen que el contenido y alcances de los derechos y libertades que aquella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú." Tal interacción entre el ordenamiento interno y el internacional permitió al Tribunal Constitucional en el mencionado caso a concluir que "la libertad sindical (....) protege (...) las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos." Con lo cual concluye que "sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga." Esta apertura del ordenamiento internacional a fin que complemente o sirva de parámetro al ordenamiento nacional es totalmente pertinente y permite enriquecer, jurisprudencialmente, el contenido de los textos normativos nacionales, sobretodo si son lacónicos como sucede en el caso de la regulación sindical en nuestro texto constitucional.

4.3 Negociación colectiva

La negociación colectiva es el medio a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores debaten acerca de las condiciones de trabajo que competen a las relaciones laborales que los involucran con la finalidad de llegar a un acuerdo y celebrar un convenio colectivo. Entre negociación y convenio hay, pues, una relación de causa (procedimiento) y efecto (producto). La existencia de un convenio colectivo supone la previa existencia de una negociación, sin embargo, la existencia de ésta no conduce necesariamente al convenio, ya que podría haber otro producto o no haber ninguno.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia correspondiente al Expediente No. 0785-2004-AA/TC, señala que "(...) 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 que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado". Este reconocimiento del Tribunal no hace sino reforzar la obligación del Estado de fomentar la negociación colectiva de acuerdo al mandato formulado en el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú.

En lo que respecta al producto de la negociación colectiva, es decir, el convenio colectivo, tiene especial relevancia la Sentencia referida al Expediente No. 008-2005-PI/TC, donde expresamente se define qué es un convenio colectivo[12], cuáles son sus fines[13], sus características y que elementos lo configuran (sujetos negociales, contenido negocial y fuerza y eficacia de los convenios). Sin embargo, nos encontramos ante una mirada más descriptiva que analítica de la figura del convenio colectivo, ya que se pasan por alto temas tan delicados como la aplicación retroactiva del convenio colectivo cuando nuestra Constitución Política no prevé dicha retroactividad para tal supuesto.

Sin embargo, dicha sentencia sí analiza en extenso el derecho a negociar colectivamente cuando se trata del personal asignado a la carrera pública. Evidentemente el gran problema del sector público es que las remuneraciones de sus trabajadores se determinan por la Ley de Presupuesto y, por tanto, las negociaciones muchas veces se tienen que adecuar a ella, excluyéndose a las organizaciones sindicales de proponer beneficios económicos adicionales a los asignados. La salida práctica para tales casos sería que la negociación de las entidades públicas se realice con anterioridad a la presentación al Congreso del proyecto presupuestal correspondiente consignando los aumentos respectivos, sin embargo, encontrándose en manos del Congreso dicha decisión no es del todo cierto que los trabajadores obtengan el resultado de la negociación. Sobre el particular, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 7, obliga a los Estados a adoptar "medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados acerca de las condiciones de empleo." Pese a ello, poco o nada se ha hecho a fin de lograr implementar ciertas medidas que

12 La Sentencia señala que el convenio colectivo se "define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores."

13 La Sentencia señala que el convenio colectivo "permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto."

permitan fomentar el desarrollo de la negociación colectiva en el sector público. Por su parte nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia referida al Expediente No. 008-2005-PI/TC ya ha establecido que "en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación." Es obvio que el Tribunal expresa una realidad: las negociaciones no deben alterar el presupuesto. Pero no encamina su decisión a buscar una salida que evite que los trabajadores del sector público no tengan acceso a una negociación que les permita mejores salariales como sí ocurre en el sector privado.

4.4 Huelga

La huelga es una medida de conflicto colectivo de los trabajadores, consistente en el incumplimiento deliberado de su prestación de servicios. En nuestra jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional ha desarrollado los alcances y fines de la huelga de manera detallada en la Sentencia referida al Expediente No. 008-2005-PI/TC, anteriormente citado. Sin embargo, la aproximación del Tribunal en este caso sigue siendo más descriptiva que analítica. En primer lugar, el Tribunal se adhiere al modelo estático previsto en nuestra legislación, señalando que la huelga consiste en el "abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley". Como sabemos existen dos modelos de huelga: el estático y el dinámico. El primero define a la huelga como la cesación continua y total de labores, con abandono del centro de trabajo, decidida en procura de objetivos profesionales. El segundo, en cambio, la conceptúa como toda alteración en la forma habitual de prestar el trabajo que busca satisfacer cualquier interés relevante de los trabajadores. El ordenamiento peruano se adscribe al modelo estático, sin embargo, ya el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que todas las modalidades de huelga deben ser admitidas (incluso las que no concuerden con la definición de huelga estática) siempre que sean pacíficas. En tal sentido, aquellas modalidades que se denominan irregulares –porque no encuadran con la definición legal de huelga- deberían encontrarse admitidas. Pese a ello, el Tribunal Constitucional no hace ningún cuestionamiento referido a este hecho y

sólo asume la postura prevista en la norma legal peruana, proscribiéndose a los trabajadores a ejecutar medidas que no necesariamente impliquen la cesión total de las labores y abandono del centro de trabajo.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que poco a poco, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una línea jurisprudencial orientada a definir y caracterizar ciertos derechos colectivos fundamentales. Es un esfuerzo loable porque el Tribunal no sólo está resolviendo sobre determinadas materias constitucionales sino que, además, tiene una actitud pedagógica fundamental para los ciudadanos y actores jurídicos. Quizá el derecho que más ha analizado y detallado en el campo laboral colectivo sea la libertad sindical, uno de los derechos fundamentales laborales más importantes y necesarios en toda sociedad que se promocione como democrática. Es cierto que en otros supuestos –como es el caso de la negociación colectiva o de la huelga- sus aportes todavía no tienen la profundidad y análisis que se presentan en la libertad sindical, pero de a poco vienen apareciendo resoluciones que abarcan dichos temas lo que –al margen de las discrepancias que pudiéramos tener respecto al contenido y alcances de tales derechos- es de indudable utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho Sindical. Tecnos. Sétima Edición. Madrid. 1995, p. 345.
- ALONSO GARCÍA, Manuel. Legitimación para formalizar conflictos colectivos de trabajo. En: Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. pág. 381.
- MARTÍNVALVERDE, Antonio, Fermín Rodríguez – Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia. Derecho del Trabajo. Tecnos. Décima Edición. Madrid, p. 945.
- Veinte Años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional. Coordinadores: Fermín Rodríguez – Sañudo y Fernando Elonza Guerrero. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Tecnos. Madrid, p. 460.
- KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma. Segunda Edición. Buenos Aires. 1968. p. 208.
- NEVES MUJICA, Javier. Jurisprudencia en materia laboral. Editado por el Consejo de Coordinación Judicial. Lima. 2000, p. 195.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES

*DANIEL ULLOA MILLARES**

Sumario

I. Nota Preliminar. II La realidad en la protección constitucional de los derechos laborales III. Los criterios de procedencia del proceso de amparo en materia laboral individual privada: teoría y práctica.

Desde el año 2002 se ha producido un inesperado y rico desarrollo de la jurisprudencia laboral, labor realizada especialmente por el Tribunal Constitucional. Casi todos los aspectos que habían sido objeto de análisis exclusivo por parte de los juzgados especializados pasaron a ser innovadoramente resueltos por el citado Tribunal (despidos, tiempo de trabajo, derechos laborales inespecíficos, pensiones, igualdad de trato, modalidades y desnaturalización de contratos, primacía de la realidad, etc.) muchas veces de manera diferente u opuesta a la fijada por aquellos e inclusive a lo dispuesto en las normas vigentes. La acción de amparo y en menor grado la acción de cumplimiento se convirtieron en nuevas y hasta mejores vías de protección para los trabajadores, motivando como obligación cotidiana la revisión de la jurisprudencia constitucional a efectos de conocer la aplicación real de la legislación laboral peruana. A ello contribuyó la ampliación de las materias laborales que podían ser revisadas vía acción de amparo, tal como lo establece el vigente Código Procesal Constitucional.

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

En este contexto, creemos que el Tribunal Constitucional no cuenta a la fecha con una posición clara sobre muchas instituciones del Derecho del Trabajo. Inclusive, muchas veces ha resuelto temas de manera contradictoria. Asimismo, la auto limitación de revisión de materias laborales vía acción de amparo (establecida en diciembre de 2005 para temas de derecho individual laboral privado por la sentencia emitida en el Exp. 206-2005-AA/TC) no ha llegado a ser tal, manteniéndose a la fecha la incertidumbre sobre la viabilidad de este tipo de acciones.

I. NOTA PRELIMINAR

El Código Procesal Constitucional (en adelante "CPC"), Ley 28237, publicada el 31 de mayo de 2004 y vigente desde diciembre de dicho año, establece que el proceso de amparo permite la defensa de veinticuatro derechos, entre otros, del derecho al trabajo, de la sindicación, negociación colectiva y huelga, de la tutela procesal efectiva, de la seguridad social, de la remuneración y pensión, etc. (artículo 37). Empero, esta relación es mayor, pues cada uno de los derechos incluye a su vez a varios otros en su detalle (por ejemplo, el incluido en el numeral 3 corresponde a los derechos "de información, opinión y expresión") y, además, el numeral final del citado artículo indica que el amparo procede en defensa de "los demás (derechos) que la Constitución reconoce", con lo cual la lista resulta ser claramente enunciativa, con la obvia exclusión de los derechos protegidos por el proceso de habeas corpus (artículo 25). Asimismo, y de manera consecuente, se prohíbe la defensa vía amparo de un derecho que carezca de sustento constitucional directo o que no esté referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (artículo 38).

La relación normativa no incluye solamente a los derechos laborales específicos, sino también a otros que pueden ser objeto de amenaza o violación dentro de una relación laboral (por ejemplo, el derecho de reunión, el de salud o los ya citados de información, opinión y expresión). Queda claro entonces que el legislador no ha establecido un límite referido a los derechos que pueden ser objeto de protección vía el proceso de amparo, siendo así la tutela muy similar –en realidad superior- a la existente con la anterior, regulada por la Ley 23506[1].

1 Podemos decir que es más amplia dado que la norma anterior señalaba que también se podían proteger por la acción de amparo "los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución". Como se ha visto, actualmente no existe esta ¿necesaria? precisión.

Para evitar que los procesos constitucionales (entre ellos el de amparo) reemplacen a los procesos judiciales ordinarios, el CPC establece la existencia de vías de procedimiento específicas e igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado como una razón de su improcedencia (artículo 5). Asimismo, precisa que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria, salvo que el Juez la considere indispensable y siempre que no suponga afectar la duración del proceso (artículo 9).

Respecto del proceso de amparo, el CPC señala específicamente que:

- El plazo de prescripción para interponer la demanda es de sesenta días hábiles, período que se cuenta a partir de producida la afectación, siempre que el afectado haya conocido el acto lesivo y pueda presentar su reclamo (artículo 44). La amenaza de ejecución de un acto lesivo no inicia el cómputo del plazo, el cual tampoco transcurre si el agravio consiste en una omisión.
- Procede solamente si se han agotado las vías previas, con cuatro excepciones (artículo 45 y 46)[2].

Salvo que la afectación de derechos sea originada por una resolución judicial, el Juez competente para resolver el proceso de amparo es el Juez Civil del lugar donde se afectó el derecho, donde domicilie el afectado o el autor de la infracción (artículo 51), siendo el plazo para contestar la demanda de cinco días hábiles (artículo 53). Existe la doble instancia (artículo 58) con la posibilidad para el demandante de presentar un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional –en adelante "TC"- (artículo 18) si su pretensión es declarada infundada o improcedente en segunda instancia.

Estas disposiciones se aplicaron de manera inmediata a los procesos en trámite existentes a diciembre de 2004 con excepción de las reglas de competencia, los medios de impugnación interpuestos, los actos procesales con principios de ejecución y los plazos iniciados (segunda disposición final del CPC).

2 Artículo 46: "No será exigible el agotamiento de las vías previas si: (1) una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; (2) por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; (3) la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o (4) no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución."

II. LA REALIDAD EN LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES

No es novedoso que el TC resuelva temas laborales en procesos de amparo (antes denominados acciones de amparo) pues desde que fue reconstituido en junio de 1996[3] el TC tuvo oportunidad de resolver varios casos con temática laboral en virtud de lo que se denominaba en ese tiempo recurso extraordinario. Una de las más antiguas decisiones de este periodo fue la resuelta en el Expediente N° 540-96-AA/TC, de fecha 29 de octubre de 1996, publicada en la página 50 de la separata de garantías constitucionales del diario oficial El Peruano.

En este caso los demandantes solicitaron que se les excluya del programa de racionalización de personal realizado por la Sociedad Paramonga Limitada S.A. por su condición de dirigentes sindicales y que se les proteja contra el despido arbitrario que, ante la falta de su renuncia, pretendía ejecutar la empresa, alegando como derechos amenazados la protección contra el despido arbitrario, el fomento a la negociación colectiva y el principio de irrenunciabilidad de los derechos. A pesar que tanto la primera como la segunda instancia declararon fundada la demanda, el TC confirmó la decisión emitida por la Corte Suprema y declaró infundada la demanda señalando:

> "que la condición de representantes de los trabajadores no los podía excluir de la ejecución del programa de racionalización de personal, puesto que el cese colectivo no obedece a causas imputables a la conducta del trabajador, lo que en todo (sic) habilitaba un despido, sino que el programa responde a causas objetivas de la empresa, traducidas en la incapacidad de la demandada de seguir contando con esos recursos humanos, por motivo de la privatización a la que ha sido sometida, previos trámites y autorizaciones administrativas, instancias que no han sido objeto de cuestionamiento oportuno, por parte de los accionantes, por lo que, no evidenciándose amenaza de vulneración a los derechos constitucionales..."

3 Recordemos que el 5 de abril de 1992 Alberto Fujimori decidió disolver el Congreso de la República y también al Tribunal de Garantías Constitucionales. Con una nueva Constitución, aprobada en 1993, se designó como iniciales miembros del ahora denominado Tribunal Constitucional a los señores Ricardo Nugent López-Chavez, Francisco Acosta Sanchez, Manuel Aguirre Roca, Luis Díaz Valverde, Guillermo Rey Terry, Delia Revoredo Marsano y José García Marcelo. Los actuales miembros son Víctor García Toma, Javier Alva Orlandini, Cesar Landa Arroyo, Juan Bardelli Lartirigoyen, Juan Vergara Gotelli, Magdiel Gonzales Ojeda y Carlos Mesia Ramirez.

Aparte de lo mencionado anteriormente, el TC resolvió en esta época numerosos casos de materia laboral individual que incluyeron la revisión de, por ejemplo, ceses colectivos (Exp. 48-95-AA/TC), cálculo de beneficios sociales (Exp. 1084-98-AA/TC) o despidos (Exp. 462-98-AA/TC, 957-96-AA/TC, 1112-98-AA/TC) alegando siempre la idea que el amparo "no es un proceso subsidiario (..) sino que es un proceso alternativo, en el que el asunto de la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que pueda tomar el justiciable, con el único límite de que no existe etapa probatoria" (Exp. 795-98-AA/TC, 1110-98-AA/TC por citar algunos). La vulneración del debido proceso en el despido (derecho de defensa) también sustentó la procedencia de estas acciones (por ejemplo Exp. 555-99-AA/TC), por lo que no era extraño encontrar numerosas sentencias con contenido laboral. Así, el amparo se constituyó en una posibilidad procesal de efectiva defensa para el trabajador, aunque no necesariamente de previsible resultado favorable.

Esta tendencia se modificó con la emisión de la sentencia del Exp. 1124-2001-AA/TC, de fecha de vista 9 de septiembre de 2002 ("caso Telefónica"), quedando absolutamente claro que el TC no era ajeno a la resolución de casos laborales vía acción de amparo[4] y que, de ser el caso, establecía una nueva forma de interpretación de las normas, eso si, mutable rápidamente[5].

En efecto, en muchos casos (por ejemplo, aplicación de normas en el tiempo, libertad de conciencia, derecho a la intimidad, jubilación obligatoria, despido de trabajadores de confianza[6], los conceptos de racionabilidad y proporcionalidad para determinar el nivel de afectación de los derechos, libertad sindical, relación entre convenio colectivo y ley, pensiones –procedencia y reintegros-, fuentes del derecho, el principio de legalidad y los toros, regalías

4 La relevancia de este fallo se puede ver en la aparición de múltiples comentarios doctrinales. Como ejemplo ver los artículos de Carlos Blancas Bustamante, Luis Vinatea Recoba, Pedro Morales Corrales y Elmer Arce Ortiz en "Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional", Academia de la Magistratura, octubre de 2004.

5 En la sentencia indicada el TC declaró inconstitucional el artículo 34 del texto único ordenado del Decreto Legislativo 728, ley de productividad y competitividad laboral (fundamento 13). Contradictoriamente, meses después, en marzo de 2003, los mismos miembros del TC señalaron que dicho artículo no era inconstitucional (fundamento 12 de la sentencia del Exp. 976-2001-AA/TC). Todas las sentencias del TC citadas en este artículo se pueden encontrar en la sección jurisprudencia de la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe).

6 Tema en el que el TC mantiene un cuestionable razonamiento dado que convalida los despidos que se sustentan en la causal de "retiro de confianza" sin diferenciar que un tema es la vulneración del derecho constitucional (que la puede sufrir cualquier trabajador y no solamente el no calificado) y otro muy diferente la pertinencia o no de la reposición para determinadas categorías de trabajadores. Ver al respecto y como simple ejemplo de esta peculiar y discutible interpretación las sentencias emitidas en los expedientes 746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC y 1651-2005-AA/TC.

mineras, el rol de los bancos y los intereses que cobran, el derecho a la privacidad empresarial, el derecho a una adecuada atención médica, etc.), el TC aprovechaba la obligación de emitir sentencia para exponer su punto de vista sobre la realidad y el Derecho[7]. Muchas veces criticado por esta ¿necesaria? labor, existen casos que figuran resueltos en un solo párrafo, siendo el contenido de toda la sentencia disertaciones no necesariamente pertinentes o vinculadas al caso a resolver, como ocurrió por ejemplo en el caso de la sentencia que resuelve al citado expediente 976-2001-AA/TC ("caso Llanos Huasco", con fecha de vista 13 de marzo de 2003) en el cual, luego de presentarse dieciocho fundamentos que tratan sobre el carácter alternativo del amparo, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y el amparo contra particulares, el contenido del artículo 27 de la Constitución, el despido y los derechos fundamentales en el ámbito laboral, la demanda fue declarada improcedente en un solo fundamento (el 19) a pesar que un caso idéntico había sido resuelto un mes atrás (exp. 1011-2001-AA/TC, con fecha de vista 18 de febrero de 2003) de diferente manera (en ese proceso la demanda fue declarada fundada). Otro ejemplo de esta pedagogía constitucional lo constituye la sentencia emitida en el proceso 8-2005-PI/TC, en la cual se resuelve la constitucionalidad de la ley marco del empleo público y el TC aprovecha la situación para resumir la mayoría de los conceptos de derecho laboral.

La sentencia del 9 de septiembre de 2002 antes indicada confirmó una tendencia que ya se venía insinuando: el TC iba a resolver casi todos los casos de temática laboral individual o colectiva que llegaran a él, sin que tenga relevancia el régimen bajo el cual laboraba el demandante (público o privado) ni tampoco el derecho vulnerado. Así, tenemos sentencias en procesos de amparo que ordenaron la reposición de diplomáticos (Exp. 1154-2000), que declararon la extinción de la relación laboral mediante el cobro de beneficios sociales (Exp. 2490-2003), la invalidez del cobro de beneficios sociales para proceder a una reposición (Exp. 628-2001), la revisión de las faltas graves (Exp. 4097-2004), la no revisión de las faltas graves (Exp. 3963-2004), la igualdad ante la ley (Exp. 576-2001), el cálculo del récord vacacional (Exp. 797-2001), la imposibilidad de revisar pruebas (Exp. 938-2002), la calificación como fraudulenta de una renuncia presentada luego del despido (Exp. 340-2003), la igualdad de oportunidades (Exp. 2567-2003), el contenido esencial del derecho a la pensión (Exp. 1417-

7 Se pueden revisar, por ejemplo, las sentencias emitidas en los Exp. 1154-2000-AA/TC, 895-2001-AA/TC, 976-2001-AA/TC, 1058-2004-AA/TC, 2192-2004-AA/TC, 3039-2003-AA/TC, 3268-2003-AA/TC, 2711-2003-AA/TC, 8-2005-PI/TC, 42-2004-AI/TC, 1238-2004-AA/TC.

2005), el cómputo de días de la caducidad laboral (Exp. 2070-2003), la reposición en el sector público (Exp. 4077-2004)[8], entre otros temas.

Con ello, a partir de septiembre de 2002 el mensaje estaba claro para el demandante laboral que tuviese dudas en decidir la jurisdicción en la cual podría tener mayores posibilidades de obtener una sentencia favorable (la vía constitucional o la vía ordinaria) pues en el proceso de amparo podía tener la posibilidad de una tercera instancia (el TC) para revisar el fondo del asunto (algo que en teoría no puede hacer la Corte Suprema mediante el recurso de casación) y, además, la duración del proceso de amparo normalmente le resultaría menor a la de un proceso ordinario (por ejemplo, la sentencia emitida en el Exp. 3828-2006-PA/TC tiene fecha de vista en el TC el 7 de agosto de 2006, siendo que la demanda fue presentada al Juzgado de primera instancia el 21 de abril de 2005). Y de repente la razón más importante para definir la elección consiste en que una sentencia fundada en un proceso de amparo, en el cual se cuestione un despido, necesariamente supone la reposición, aspecto que no se podría obtener en un proceso ordinario laboral, salvo que el demandante cesado acreditase un despido nulo, lo cual resulta de difícil probanza, además de lo restringido de sus causales.

Bajo este escenario el número de demandas de amparo en materia laboral individual se incrementó de tal forma que, luego de la correspondiente crítica doctrinal (y suponemos también por la verificación por parte del TC del excesivo número de procesos a resolver), judicialmente se tuvo que cerrar la puerta que inconscientemente se abrió poco tiempo atrás mediante la emisión de dos sentencias: la primera, emitida en el expediente 1417-2005-AA/TC, de fecha de vista 8 de julio de 2005, que estableció como precedente vinculante los criterios de procedencia de las demandas de amparo relativas a materia pensionaria y, por posterior interpretación, de todo caso referido al régimen laboral público, y, la segunda emitida meses después en el expediente 206-2005-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2005 y con vigencia a partir del 23 de diciembre de 2005[9], la misma que reguló la procedencia del proceso de amparo en materia laboral individual privada. En este último caso el principal argumento consistió en que "solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o

8 De discutible procedencia práctica en virtud de normas presupuestarias y por el concepto de acceso a la carrera pública. Al respecto se puede ver el texto de Edgardo Balbín "Empleo público y libertad sindical: a propósito de la Ley Marco del Empleo Público y los proyectos de Ley General del Empleo Público" en Asesoría Laboral, septiembre 2005, p. 7-16 y el texto de Guillermo Miranda "Instituciones y perspectivas del Derecho Laboral Público" en Derecho y Sociedad N° 23, p. 61-75.

9 Debido a que la sentencia fue publicada en la separata correspondiente del diario oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005.

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 acreditar al demandante 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". Cabe indicar que los criterios fijados resultaron de aplicación inmediata, ya que en la parte resolutiva de la sentencia se estableció que "toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones (las previstas en los fundamentos 7 a 25 de la sentencia), debe ser declarada improcedente".

Es decir, en algo más de tres años el TC estableció nuevos parámetros (sustantivos y procesales) en la aplicación del Derecho Laboral en el Perú, función que, a pesar de lo indicado en las sentencias indicadas en el párrafo anterior, aun no ha finalizado dado que a nuestro entender el TC no presenta a la fecha criterios claros sobre la procedencia de la revisión de temas laborales de índole individual en un proceso de amparo[10].

Debemos precisar que no negamos la posibilidad de que se puedan revisar temas laborales en este tipo de procesos. A contrario, dicha alternativa siempre debe ser posible, pero consideramos que tal situación debe respetar el fuero ordinario laboral y ser efectivamente excepcional, dado que nuestro sistema jurídico permite que cualquier juez especializado pueda aplicar las normas constitucionales en base al control difuso[11]. Así, una discriminación en la contratación, durante la prestación del servicio o en su finalización, por ejemplo, puede ser válidamente resuelta por el juez laboral. El principal problema que evita lo antes dicho es la existencia de diferentes consecuencias jurídicas para las infracciones que puedan ocurrir en la práctica laboral (el caso del despido arbitrario es claro), distintas a la simple nulidad del acto lesivo, por lo que el TC (o las instancias inferiores) siempre podrían alegar la inaplicación del artículo 5 del CPC para resolver un amparo con temática laboral.

Y eso es lo que se viene produciendo hasta hoy, pues no existe claridad para

10 Con excepción de algunos casos en los que resuelve temas referidos a pensiones. Un ejemplo de ello lo constituye la sentencia emitida en el expediente 179-2005-PA/TC, con fecha de vista 19 de abril de 2006, en cuyo primer fundamento se señala: "En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5, inciso 1, y 38 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima que, en el presente caso, aun cuando la demanda cuestiona la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación, toda vez que se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital." (el subrayado es nuestro).

11 Establecido en el artículo 138 de la Constitución de 1993.

definir la procedencia de un proceso de amparo en materia laboral, desorden que no ha sido resuelto por los precedentes vinculantes expuestos en las sentencias de 2005 antes señaladas[12].

III. LOS CRITERIOS DE PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO EN MATERIA LABORAL INDIVIDUAL PRIVADA: TEORÍA Y PRÁCTICA

Tal como lo establece la sentencia emitida en el expediente 206-2005-PA/TC un proceso de amparo en materia laboral individual privada solamente podría proceder si se busca cuestionar despidos sin causa, despidos fraudulentos (acreditado el fraude fehaciente e indubitablemente por el demandante), despidos nulos (aquellos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación, los originados en la discriminación de cualquier índole o con motivo del embarazo, así como el despido originado en la condición de impedido físico o mental), vulneraciones a la libertad sindical[13] o cuando, siendo competencia del juez ordinario, se acredite la urgencia del caso o su nula idoneidad, lo cual debe ser demostrado de manera objetiva y fehaciente.

La sentencia excluye expresamente de la revisión vía amparo a los procesos que impugnen un despido sin que se pretenda la reposición, el cese de actos de hostilidad (incluido el hostigamiento sexual), el incumplimiento de disposiciones y normas laborales y el pago de remuneraciones y beneficios sociales[14].

A pesar de lo claramente establecido en esa sentencia, hemos podido verificar que durante este año el TC sigue resolviendo temas laborales individuales en los procesos de amparo diferentes a los expresamente establecidos en el precedente vinculante, con el agravante que no especifica el motivo por el cual acepta la resolución de cada caso. Así, en el expediente 3329-2005-PA/TC, con fecha de vista 31 de enero de 2006, el TC revolvió un supuesto despido de hecho, valorando los medios probatorios aportados por las partes y

12 Desorden que en algunos casos también incluye severos defectos de forma: a la fecha de elaboración de este trabajo (25-9-2006) figura en la página web del TC la sentencia emitida en el expediente 7231-2005-AA/TC, con fecha de vista 29 de agosto de 2006, que declara infundada la demanda sobre amenaza al derecho a la salud, a pesar que todos los fundamentos incluidos en ella suponen lo contrario. Inclusive, la parte resolutiva de la sentencia menciona un fundamento (el N° 6) que no existe en ella.

13 Tal como se podría deducir de la parte final del considerando 13 de la sentencia 206-2005-AA/TC que indica "Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.", lo cual resulta recientemente confirmado con la sentencia emitida en el expediente 1289-2006-AA/TC citada en páginas posteriores.

14 Fundamento N° 17 de la sentencia emitida en el expediente 206-2005-AA/TC.

precisando que en el caso presentado la relación laboral finalizó por cumplirse el plazo previsto en los contratos suscritos, declarando infundada la demanda.

En el expediente 1846-2005-PA/TC, con fecha de vista 20 de febrero de 2006, el TC aplicó el principio de primacía de la realidad y ordenó la reposición de la demandante al cargo que venia desempeñando como locadora durante algo menos de cuatro años, por haber prestado sus servicios, según el TC, en forma subordinada y permanente. Similar raciocinio figura en el expediente 4877-2005-PA/TC, con fecha de vista 28 de febrero de 2006, esta vez suscrito por diferentes miembros[15]. En ambos casos se establece como derecho vulnerado el derecho al trabajo "al haber despedido arbitrariamente a la demandante, sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, que justifique dicha decisión."

En el expediente 6080-2005-AA/TC, con fecha de vista 3 de marzo de 2006, el TC ordenó la reposición de la demandante al no haber acreditado la empresa las causas objetivas que tuvo para contratarla a plazo fijo y por haber laborado con posterioridad al vencimiento del ultimo contrato suscrito. Es decir, en este caso se resuelve un despido vía proceso de amparo a pesar que en la legislación laboral vigente existe la misma consecuencia jurídica ante el incumplimiento detectado -la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad por trabajar vencido el plazo pactado- cual es la existencia de un contrato a plazo indefinido.

En el expediente 10089-2005-PA/TC, con fecha de vista 5 de mayo de 2006, se declaró improcedente la demanda, no por la aplicación de los criterios expuestos en la sentencia 206-2005, sino porque "en autos existen elementos suficientes que permiten a este Colegiado evaluar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida cuestionada, advirtiéndose que el demandante ha sido despedido al habérsele imputado una falta grave prevista por la ley."Es decir, nuevamente el TC resolvió sobre el fondo del asunto.

Finalmente, en el expediente 4816-2005-AA/TC, con fecha de vista 24 de mayo de 2006, también se aplica el principio de primacía de la realidad para cuestionar una contratación civil con elementos laborales, señalando el TC en el ultimo fundamento de la sentencia que"este Colegiado considera que la ruptura del vinculo laboral sustentada en la utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la antes descrita (locación de servicios), configura un despido arbitrario, por lo que teniendo en cuenta la finalidad restitutoria del proceso de

15 En el primer caso firman la sentencia García Toma, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli, mientras que en el segundo lo firman Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo.

amparo constitucional procede la reincorporación del demandante en el puesto de trabajo que venia desempeñando cuando se produjo la violación de sus derechos fundamentales."

En todos los casos antes reseñados[16] el TC se declaro competente para revisar las demandas con el siguiente argumento, incluido como primer fundamento de cada sentencia[17]:

> "De acuerdo a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el articulo VII del Titulo Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, resulta procedente examinar el supuesto despido arbitrario."

Empero, en ninguno de esos casos se explica el motivo por el cual "resulta procedente" que el TC examine el reclamo presentado. Podemos especular que de repente resultaba procedente la revisión por el tema en discusión (un despido) sin importar la modalidad inicial del mismo (derivado de un contrato civil o un contrato sujeto a modalidad). Pero esta afirmación es negada por otras sentencias, también publicadas este año, en las cuales el TC ha declarado improcedentes las demandas en aplicación del precedente vinculante establecido en el expediente 206-2005-PA/TC, pero sin explicar los motivos que sustentan cada decisión.

Así, en el caso resuelto en el expediente 3668-2006-PA/TC, con fecha de vista 21 de junio de 2006, y ante un alegado despido sin causa de un policía municipal, el TC señala que la pretensión no procede porque existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado y, por tanto, se declara improcedente. Empero, en la sentencia no se explica el razonamiento que sustenta dicha conclusión.

Del mismo modo, y sin mayor explicación se resuelve el expediente 4703-2006-AA/TC, con fecha de vista 7 de agosto de 2006, mediante el cual una alegada desnaturalización de contratos temporales no llega a calificar como pretensión amparable según los miembros del TC que firman dicha sentencia.

Un caso alegado de primacía de la realidad por un vendedor comisionista mercantil es también declarado improcedente por el TC en el expediente 3940-

16 Con excepción de la sentencia emitida en el expediente 10089-2005-PA/TC.
17 Cambian algunas palabras en cada sentencia, pero la idea es la misma.

2006-PA/TC, con fecha de vista 10 de agosto de 2006, señalando que "de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la sentencia precitada (la 206-2005), que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5°, 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, en caso de acreditarse que entre las partes existía una relación de carácter laboral" (resaltado en el original).

Pareciera que las pruebas presentadas por el demandante no convencieron a los miembros del TC y por ello resaltan la última oración. Empero, no se menciona este hecho como causa de la improcedencia a pesar que hemos visto que anteriormente (Exp. 4816-2005-AA/TC por ejemplo) se establecieron relaciones laborales a partir de contratos civiles por aplicación del principio de primacía de la realidad.

Una reciente sentencia también declaró improcedente sin mayor explicación la demanda de amparo presentada (Exp. 5167-2006-PA/TC, con fecha de vista 10 de agosto de 2006) a pesar que el demandante, sujeto al régimen laboral privado, alegó que las faltas graves imputadas fueron de carácter subjetivo y que no habían sido probadas.

Finalmente, y ante otro caso de régimen laboral privado, la sentencia emitida por el TC en el expediente 5167-2006-PA/TC, con fecha de vista 10 de agosto de 2006, declaró improcedente la demanda sin fundamentar su decisión.

Por la fecha de vista de las sentencias anotadas, pareciera que el criterio expuesto en el expediente 206-2005-AA/TC se volvió muy estricto a partir de la segunda quincena de junio 2006 para todas las demandas presentadas a título individual[18].

En efecto, pareciera una garantía casi segura para la evaluación del caso por parte del TC (no necesariamente para su procedencia[19]) el hecho que el demandante sea un sindicato. En los casos 3311-2005-PA/TC, 4635-2004-AA/TC y el antes citado expediente 3828-2006-PA/TC se discutieron temas de índole netamente individual, pero fueron presentados por una organizacion sindical (el

18 Para esta conclusión nos guiamos solamente de la fecha de vista de la causa que figura en cada sentencia, fecha que no necesariamente coincide con la fecha en que se acuerda la resolución final.

19 En el proceso 4169-2004-AA/TC, con fecha de vista 15 de mayo de 2006, el demandante fue el Sindicato unificado de trabajadores del servicio de parques de Lima Metropolitana, el Tribunal examinó el fondo del asunto, pero declaró improcedente la demanda.

Sindicato de trabajadores mineros de Atacocha, el Sindicato de trabajadores de Toquepala y anexos y el Sindicato de trabajadores de Agroindustrial Cayaltí S.A.A., respectivamente), recibiendo todos un análisis del fondo del asunto por parte del TC.

Una última sentencia, emitida en el expediente 1289-2006-AA/TC, con fecha de vista 29 de agosto de 2006 y ubicada en la página web del TC el viernes 22 de septiembre de 2006, confirmaría esta afirmación:

1. De acuerdo con los criterios establecidos en los fundamentos 11, 12 y 13 de la STC 0206-2005-PA, el proceso de amparo es idóneo para cuestionar 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.
2. La instrumental que obra en autos no permite formar convicción respecto a la supuesta vulneración o amenaza de vulneración que se denuncia, toda vez que el sindicato recurrente no precisa cuántos y quiénes serían los trabajadores afectados; tampoco acredita su calidad de afiliados, ni prueba la supuesta negativa de la empresa emplazada para autorizar el reingreso de los trabajadores afectados; por tanto, se requiere de la actuación de medios probatorios, lo que no es posible en este proceso, que carece de etapa probatoria, como lo dispone el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, dejando a salvo el derecho del recurrente para que pueda hacerlo valer en la vía correspondiente."

En este caso, el TC tuvo el criterio de explicar los motivos que sustentaron su decisión (la ausencia de pruebas adecuadas en el proceso aportadas por el sindicato demandante).

De todo lo expuesto se puede verificar que a la fecha, y con raras excepciones como la antes citada, el TC no ha incluido en las sentencias publicadas las razones que justifican o no que un problema de índole laboral pueda ser evaluado en un proceso de amparo, siendo que en la práctica especulemos en que la procedencia de un caso va a depender de la temática específica, de la

forma en que se presentan los hechos (principalmente las pruebas) y del sujeto demandante.

Asimismo, esto supone mantener el desorden de atribución de competencias en la resolución de los casos sobre materia laboral individual, lo cual se traduce en la incómoda convivencia de dos opiniones jurisprudenciales, la emitida por los juzgados ordinarios (cuya decisión final la establece la Sala Constitucional y Social –permanente o transitoria- de la Corte Suprema) y la emitida por el TC[20].

Consideramos que, en virtud de la obligación establecida en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución de 1993[21], resulta necesario que el TC explique en cada sentencia los motivos por los cuales resulta aplicable el precedente vinculante y en cuales no, sin hacer una simple referencia a dicha decisión, indicando en este último caso, por ejemplo, su conformidad con la opinión de alguna instancia inferior. Solamente de esa forma se podrá evitar la constante presentación de demandas de temática laboral ante los juzgados civiles, profesionales que no deberían revisar esos casos pues por algo existe una jurisprudencia especializada.

En efecto, lo antes mencionado nos lleva a reiterar la antigua solicitud enunciada por parte de la doctrina nacional sobre la necesidad de que los jueces laborales sean los competentes para resolver los procesos de amparo que tengan temática laboral. Mantener 29 juzgados especializados en Lima que no pueden ver procesos de amparo frente a 66 juzgados civiles que sí lo hacen supone una contradicción, no solo cuantitativa sino cualitativa que debe ser corregida. Caso contrario, seguirá careciendo de sentido la especialización judicial.

20 Un claro ejemplo de esta situación lo constituye la procedencia del pago de las remuneraciones devengadas durante la duración de un proceso de amparo que ordene la reposición en el empleo. Para la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ello resulta hoy procedente (ver sentencia emitida en la casación 229-2005, de fecha 27 de enero de 2006), mientras que para el TC no, dado que dicho concepto tiene naturaleza indemnizatoria (ver sentencia emitida en el exp. 4877-2005-PA/TC antes citado).

21 "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (5) la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias..."

LA PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS LABORALES

*Michael Vidal Salazar**

Sumario

Introducción. I. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos laborales. 1.1. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales frente a actos de particulares. 1.2. Ampliación del listado legal de derechos laborales ante cuya violación procede el proceso de amparo. II. El requisito de preceptividad inmediata del derecho objeto de protección en vía de amparo. 2.1. El proceso de amparo y la preceptividad de los derechos laborales. 2.2. La relativización del requisito de preceptividad inmediata. III. El carácter residual del proceso de amparo y la protección de los derechos laborales. 3.1. Del modelo alternativo al modelo residual. 3.2. La determinación de la vía igualmente satisfactoria. 3.3. El tratamiento del Tribunal Constitucional a la residualidad del amparo. 3.4. Otros asuntos vinculados a la residualidad del amparo. 3.4.1. Los procesos calificados como vía igualmente satisfactoria. 3.4.2. La carga de la prueba de la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria. IV. Conclusiones. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento constitucional de los derechos laborales permite utilizar, como mecanismos de protección ante su vulneración, a los procesos

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

constitucionales regulados por el ordenamiento jurídico. En el Perú, el amparo se ha constituido en el proceso constitucional más representativo para dicho fin.

En esa línea, el presente trabajo tiene como finalidad revisar el panorama sobre la procedencia del proceso de amparo para la protección de derechos laborales en el ordenamiento peruano, considerando especialmente la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la regulación legal vigente.

I. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos laborales

Un primer tema que consideramos relevante para nuestro objeto de estudio está referido a la reafirmación del proceso de amparo como un mecanismo de protección de los derechos laborales constitucionalmente reconocidos.

Para dicho fin, el papel del Tribunal Constitucional (TC) y la legislación han sido determinantes. En el primer caso, mediante la ratificación del amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales frente a actos de particulares, y en el segundo, a través de la ampliación del listado legal de derechos laborales ante cuya violación procede el proceso constitucional bajo comentario.

1.1. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales frente a actos de particulares

La Constitución peruana señala en su artículo 200°.2 que "la acción de amparo (...) procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza (...) los derechos reconocidos en la Constitución". Con ello se reconoce la posibilidad de utilizar el proceso de amparo como un mecanismo de protección de los derechos constitucionales frente a actos de particulares, lo que en doctrina se conoce como el amparo contra particulares, adscribiéndose en esta materia a la denominada "tesis permisiva"[1].

El tema resulta interesante considerando que existen ordenamientos que prohíben la tramitación de un proceso de amparo como consecuencia directa de actos de particulares, tal como sucede en los casos de México y España, países en los que dicho proceso sólo procede contra actos de autoridades[2].

1 ABAD YUPANQUI, Samuel B. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 391.

2 FERRER Mc. GREGOR, Eduardo. La acción de constitucionalidad de amparo en México y España: estudio de derecho comparado. México DF: Porrúa, 2000. p. 246.

El TC ha considerado necesario ratificar tal postura. Es así como, en la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida en Expediente N° 976-2001-AA/TC[3], valiéndose de lo señalado en la Constitución, afirma que el hecho "que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privatos y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos" (Fundamento 8, 2° párrafo).

Dos cuestiones merecen resaltarse de tal pronunciamiento en esta materia. La primera es que el TC llega a la conclusión citada tras reconocer que nuestro ordenamiento constitucional admite la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tal como ya lo había sostenido en la Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC[4]. De acuerdo a dicha teoría, si bien existen derechos fundamentales que únicamente vinculan al Estado, podemos encontrar otros que establecen obligaciones de respeto entre los propios particulares. Tal concepción se constituye en el origen del reconocimiento del proceso de amparo como mecanismo de protección frente a la vulneración de un derecho fundamental por actos de un particular[5], situación que se presenta indudablemente en el caso de los conflictos laborales (a partir de la relación empleador – trabajador). No en vano, uno de los principales exponentes de está teoría es Hans Carl Nipperdey, destacado laboralista alemán, quien fundamenta su posición, especialmente, a partir de la situación de desigualdad que puede generarse entre particulares[6], la cual es inherente a la relación laboral.

3 Proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.

4 Proceso de amparo seguido por Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A..

5 Si bien es cierto, tal como señala De Verda y Beamonte, "se trata (...) de dos cuestiones distintas, ya que una es afirmar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (...) y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares (lesivos de un derecho fundamental) puedan ser directamente recurridos en amparo" (DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "El respeto de los derechos fundamentales como límite a la autonomía privada". En: Actualidad Jurídica. Tomo 93. Lima: Gaceta Jurídica, Agosto 2001. p. 53), no cabe duda que sin la primera afirmación no sería posible la segunda, aunque no suceda lo mismo a la inversa.

6 Al respecto, García Torres y Jiménez-Blanco señalan que "La argumentación de Nipperdey comienza por admitir que (aún) hoy una serie de derechos fundamentales (...) sólo 'vinculan al poder público en el estricto sentido de la palabra'. No obstante, existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen relación a una esfera de libertad que proteger frente al Estado, sino que también garantiza a cada ciudadano un status socialis en sus relaciones jurídicas con los demás, y en especial, con los formidables Sozialllmächte, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir conjuntamente para defender al inerme ciudadano". (GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMENEZ – BLANCO. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 22.).

La segunda cuestión a destacar es el reconocimiento de los procesos ordinarios como mecanismos de protección de derechos constitucionales. En efecto, según la Sentencia emitida en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, el hecho que las denuncias contra particulares por afectación de un derecho consagrado en la Constitución puedan ser tramitadas ante la justicia constitucional, "no excluye que también puedan plantearse y resolverse en el ámbito de la justicia ordinaria" (Fundamento 9, 1° párrafo). De esta manera, se deja abierta la posibilidad de que las denuncias por afectación de derechos fundamentales por actos de particulares no se circunscriban únicamente al proceso de amparo, sino que pueda tramitarse también a través de los procesos ordinarios, lo que resultaría aún más usual considerando el carácter extraordinario del citado proceso constitucional. En el caso de los derechos laborales, las vías ordinarias disponibles serían principalmente el proceso contencioso administrativo y el proceso laboral.

1.2. Ampliación del listado legal de derechos laborales ante cuya violación procede el proceso de amparo

La ampliación del listado legal de derechos ante cuya violación procede el proceso de amparo resulta importante considerando el debate que en su momento generó la regulación anterior.

En efecto, la Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo), enumeraba en su artículo 24° una larga lista de derechos en defensa de los cuales procedía el proceso constitucional en cuestión, dejando abierta la posibilidad de defender por dicho mecanismo "a los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución" (numeral 22). Dentro de la lista antes mencionada el legislador consideró a la libertad de trabajo y a la sindicalización, sin hacer referencia a otro derecho laboral.

La citada norma fue dictada durante la vigencia de la Constitución de 1979, cuyo Título I estaba referido a los "Derechos Fundamentales de la Persona", y contenía entre otros, los capítulos referidos a la Seguridad Social y al Trabajo. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 la situación cambió. Los derechos laborales fueron recogidos en el Capítulo II del Título I, titulado "De los Derechos Sociales y Económicos" y no en el Capítulo I denominado "Derechos Fundamentales de las Personas". Tal situación llevó a sostener que, debido a lo establecido en el numeral 22 del artículo 24° de la Ley N° 23506, en el nuevo orden constitucional, los derechos laborales distintos a la libertad de trabajo y la

sindicalización (estos últimos además vinculados directamente a derechos reconocidos en el Capitulo I[7]) no podían ser protegidos mediante el proceso de amparo.

La doctrina, en su mayoría rechazó tal posición, fundamentalmente por tres razones[8]. Primero, el carácter abierto (no taxativo) de la relación de derechos contenidos en el Capítulo titulado "De los Derechos Fundamentales de las Personas", evidenciado por lo dispuesto en el artículo 3° de la Constitución[9]. Segundo, la relación del derecho cuestionado con la dignidad y la libertad de la persona humana como verdadero sustento del carácter fundamental de un derecho, y no la calificación que le pueda otorgar el Estado o el nivel de protección plasmado en un ordenamiento. Y tercero, la inexistencia de un trato diferenciado por la Constitución, la cual, de acuerdo a su artículo 200°, incluye bajo la protección del amparo a todo derecho reconocido en su texto, salvo aquellos cuya protección sea posible mediante el hábeas corpus o el hábeas data.

A partir de lo antes señalado, la doctrina afirmó, incluso bajo la vigencia de la Ley N° 23506, que "basta que se vulnere o amenace alguno de los derechos reconocidos por la Constitución, no cautelados por la Acción de Hábeas Corpus o de Hábeas Data, para que proceda la Acción de Amparo"[10].

Era entonces necesaria una modificación legislativa que permitiera una armonización entre la regulación Constitucional y la legal. Al respecto, el artículo 37° del CPConst. incluye en el listado de derechos materia de defensa en vía de amparo al derecho al trabajo (numeral 10) y al derecho a la remuneración (numeral 20). Asimismo, ha considerado expresamente, no sólo al derecho de sindicación, sino también a los de negociación colectiva y huelga[11] (numeral 11). Finalmente, extiende tal protección a "los demás derechos que reconoce la Constitución", (numeral 25), dejando de lado la referencia a "derechos fundamentales" consignada en la Ley N° 23506, y origen de tantos debates.

---

7 El artículo 2° de la Constitución (ubicado en el Capítulo I del Título I) consagra los derechos "a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley" (numeral 13) y "a trabajar libremente, con sujeción a ley" (numeral 15); el primero, íntimamente ligado a la sindicalización, y el segundo, consagración expresa de la libertad de trabajo.

8 Debidamente formuladas por Toyama Miyagusuku al analizar la situación de la estabilidad laboral (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Estabilidad Laboral y Acción de Amparo". En: Derecho & Sociedad. N° 13. Lima, 1998. p. 99).

9 "Artículo 3°.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza...".

10 MORALES CORRALES, Pedro G. "Acción de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data en materia laboral". En: Revista Themis N° 34, Segunda Época. Lima, 1996. p. 106.

11 Si bien la sola referencia al derecho de sindicación, podría haber comprendido tambien a los derechos de negociación colectiva y huelga, la mención expresa de estos últimos resulta sumamente saludable.

II. EL REQUISITO DE PRECEPTIVIDAD INMEDIATA DEL DERECHO OBJETO DE PROTECCIÓN EN VÍA DE AMPARO

Una condición que durante años fue considerada como requisito para que un derecho constitucional fuera objeto de protección mediante el proceso de amparo, en especial en el ámbito laboral, fue el referido a su preceptividad inmediata o directa. Se dejó así fuera del ámbito de protección del citado proceso constitucional a los derechos reconocidos en la Constitución contenidos en disposiciones programáticas o a aquéllos que gozaban de preceptividad mediata, diferida o aplazada.

2.1. El proceso de amparo y la preceptividad de los derechos laborales

La doctrina considera como disposiciones programáticas a aquéllas "que pretenden vincular a los poderes del Estado – principalmente el Legislativo y el Ejecutivo – para la realización de determinados programas en materia económica y social que creen las condiciones para la cabal realización de aquellos"[12]. Tales disposiciones "no son propiamente, en sentido jurídico, 'derechos públicos subjetivos', respecto de los cuales es posible exigir al Estado, incluso en vía jurisdiccional, una tutela directa e inmediata, sino que se configuran, antes bien, como normas meramente programáticas de cuya futura regulación podrá nacer un derecho en sentido estricto"[13]. Es así como se ha afirmado que no es posible la tramitación de un proceso de amparo como consecuencia de la violación de una disposición de tal naturaleza[14].

De esta manera, la defensa a través de un proceso de amparo quedaría limitada a las disposiciones preceptivas. Pese a ello, la doctrina ha señalado también que, no todo desconocimiento o agravio a una disposición preceptiva podría ser objeto de defensa en dicha vía. Así pues, se ha diferenciado a los derechos de preceptividad inmediata de aquellos de preceptividad mediata, diferida o aplazada. En el primer grupo se considera a los derechos que, con su sola consagración constitucional, pueden ser ejercidos, sin necesidad de reglamentación o desarrollo legal alguno. Por su parte, los derechos de preceptividad aplazada son aquellos que para ser ejercidos es necesario que exista un desarrollo infraconstitucional.

12 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales". En: AAVV. Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, 1993. p. 34.
13 Ibid. p. 35.
14 MORALES CORRALES, Pedro G., Op. cit. p. 106. ELÍAS MANTERO, Fernando. "La Acción de Amparo como Instrumento de Defensa de los Derechos Laborales". En: Revista de Actualidad Laboral. Lima, Mayo, 1996. p. 24.

En tal sentido, se ha sostenido que, únicamente los derechos de preceptividad inmediata pueden ser tutelados a través de un proceso de amparo[15]. Ello debido a que los derechos de preceptividad aplazada "requieren de una norma legal, de desarrollo constitucional, la misma que establezca el contenido esencial y los límites del derecho en cuestión"[16].

En materia laboral, algunas disposiciones contenidas en la Constitución podrían ser calificables como programáticas, quedando así - de acuerdo a la posición antes citada - fuera del ámbito de protección del proceso de amparo. Como ejemplo tenemos el artículo 23°, en sus dos primeros párrafos[17], en los que se establece la obligación del Estado de proteger a ciertos grupos de trabajadores por sus características especiales y de promover condiciones para el progreso social y económico.

Un caso materia de controversia hasta nuestros días, es el del artículo 22° de la Constitución[18]. Esta disposición fue calificada durante muchos años por parte de la doctrina nacional como meramente programática o, incluso, principista[19]. Sin embargo, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el TC ha considerado que la citada disposición constitucional tiene un doble contenido que comprende el "acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho de no ser despedido sino por causa justa" (Fundamento 12). Dicho pronunciamiento, a nuestro entender, llena de contenido preceptivo al artículo 22°. De esta forma, el TC recoge la posición de algunos autores para lo que el artículo 22° tiene un contenido complejo, gozando incluso, en algunos de sus componentes, de preceptividad inmediata[20].

15 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op cit. p. 101.
16 GUZMÁN ÑAPURI, Christian. "La utilización el proceso de amparo para la protección de derechos laborales". En: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 17. Lima, Julio 2002. p. v.
17 "Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.
El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.
(...)".
18 "Artículo 22°.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".
19 MORALES CORRALES, Pedro. Op cit. p. 107; PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El trabajo en la Constitución". En: Revista Ius et Veritas, N° 7. Lima, 1993. p. 28.
20 Según lo señalado por Neves Mujica, el citado artículo reconoce el derecho al trabajo que, a su vez, contiene el derecho a acceder a un empleo y el derecho a conservarlo. En el primer caso, puede referirse a un puesto genérico, en cuyo caso la preceptividad de la norma es diferida, o a un puesto específico, supuesto en que la norma tendría preceptividad inmediata. En cuanto a la conservación del empleo, coincide parcialmente con uno de los sentido de la estabilidad laboral: la prohibición del despido injustificado (estabilidad de salida), prohibición que alcanzaría incluso a cualquier otra forma de extinción de la relación laboral no surgida de la voluntad del trabajador (jubilación forzosa, por ejemplo). En este campo, el artículo 22° consagraría el derecho al trabajo con preceptividad inmediata. (NEVES MUJICA, Javier. "Libertad de trabajo, derecho de trabajo y estabilidad en el trabajo". En: Asesoría Laboral. Lima: Mayo, 2002. p. 11-12).

En relación a los derechos de preceptividad aplazada, la principal discusión ha girado en torno al artículo 27° de la Carta Magna[21]. La citada norma contiene, a decir de varios autores, el derecho la estabilidad laboral, el mismo que tendría preceptividad aplazada, en tanto, el artículo bajo comentario sólo establece la obligación de la ley de otorgar una adecuada protección contra el despido arbitrario. En tal sentido, para que el derecho contenido en el artículo 27° sea ejercitado por su titular, es necesario recurrir al desarrollo legal. Siendo ello así, no sería posible interponer una demanda de amparo con el objeto de evitar o remediar la afectación de lo dispuesto en el artículo 27°.

La preceptividad diferida del artículo 27°, y la visión que se tenía del derecho al trabajo consagrado en el artículo 22°, pudieron haber dejado fuera del ámbito del proceso de amparo todo tema relacionado a la impugnación del despido.

Sin embargo, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, además de llenar de contenido preceptivo al artículo 22°, el TC amplía sus alcances a lo señalado en el artículo 27°, otorgándoles, de alguna manera, en conjunto, una preceptividad inmediata[22]. De esta manera, para el citado órgano, el desarrollo legislativo de la protección contra el despido arbitrario debe respetar el derecho al trabajo, por lo que el TC afirma que es necesario determinar si "la fórmula acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo" (Fundamento 12).

En ese mismo sentido, y dentro del esquema de amparo alternativo previsto en la entonces vigente Ley N° 23506, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, el TC calificó como supuestos en los que procedían los efectos restitutorios que caracterizan al amparo, al despido nulo, al despido incausado y al despido evidentemente fraudulento, señalando que en dichos casos "la competencia y actuación de la vía jurisdiccional - ordinaria o constitucional - y los alcances de la protección jurisdiccional - reposición o indemnización – dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados" (Fundamento 19).

Tal posición ha sido después recogida, bajo los criterios establecidos por el TC con relación a la residualidad del amparo consagrada en el Código Procesal

21 "Artículo 27°.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario."

22 Al respecto, Neves Mujica ya había señalado que la estabilidad laboral estaba consagrada tanto en el artículo 22° (como parte del derecho al trabajo) como en el artículo 27° de la Carta Magna, y que, considerando la naturaleza del primero (preceptividad inmediata) debía preferirse frente al segundo (preceptividad aplazada) debido a que "si dos preceptos constitucionales tiene contenidos parcialmente superpuestos y uno de ellos resulta exigible inmediatamente mientras el otro no, este segundo no puede contagiar de su cualidad al primero" (NEVES MUJICA, Javier. Op cit. p. 12).

Constitucional[23] (CPConst.), en la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005 emitida en el Expediente N° 206-2005-PA/TC[24], en la cual se considera a los supuestos de despido antes citados como materias que pueden ser tratadas en un proceso de amparo, por supuesto, siempre que para dicho fin no sea necesaria la existencia de una etapa probatoria compleja.

2.2. La relativización del requisito de preceptividad inmediata

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, en materia de derechos laborales, tanto el carácter programático de la disposición constitucional que contiene el derecho, como la preceptividad de éste, han sido factores determinantes para la viabilidad del proceso de amparo como mecanismo de protección constitucional. Sin embargo, tal situación se habría visto relativizada debido a importantes pronunciamientos del TC.

En relación a las disposiciones programáticas, en la Sentencia de fecha 20 de abril de 2004 emitida en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC[25] el TC se pronuncia en contra de una posición absolutista sobre la improcedencia del proceso de amparo para la protección de derechos contenidos en disposiciones calificadas como programáticas[26]. Al respecto, acerca del derecho a la salud, recogiendo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia (STC N° T-499), el TC afirma que, cuando su vulneración "compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo" (Fundamento 6). Tal conclusión es realizada a partir de considerar al derecho a la salud dentro de los derechos económicos y sociales, sobre los cuales la Sentencia citada señala que "derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población" (Fundamento 12). Es así como el órgano supremo concluye que "el reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción

23 Ley N° 28237.

24 Proceso de amparo iniciado por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y Víctor Manuel Hacen Bernaola.

25 Proceso de amparo seguido por Azanca Alhelí Meza García contra el Estado Peruano.

26 En ese mismo sentido, se ha pronunciado en la Sentencia de fecha 05 de octubre de 2004 emitida en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC (proceso de amparo seguido por José Luis Correa Condori contra el Estado Peruano).

programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho" (Fundamento 14).

El análisis realizado por el TC en la sentencia citada, es extensible al derecho al trabajo (en su parte calificada como programática), cuya inclusión dentro de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) ha sido ampliamente admitida por la doctrina[27].

Es así como, a partir de lo señalado por el TC, no se podrían admitir tesis que sostengan la prohibición absoluta de tramitar en vía de amparo un reclamo basado en la afectación de un derecho contenido en una disposición calificada como programática, como sucede con parte del contenido del derecho al trabajo. Al respecto, en la Sentencia de fecha 08 de junio de 2005 emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC[28] [29], el TC ha señalado que "en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta" (Fundamento 15).

Y es que la calificación de "programática" que se le asigna a algunas disposiciones de la Constitución ha llevado incluso a que se cuestione el carácter vinculante de este cuerpo normativo. En tal sentido, la posición asumida por el TC apuntaría de alguna manera a eliminar esta calificación, o por lo menos, dejar de lado la concepción de que los derechos contenidos en disposiciones "programáticas" no pueden, en ningún caso, ser protegidos mediante el proceso de amparo.

La posición del TC se vería reforzada además con la inclusión en el listado de derechos que pueden ser protegidos mediante el proceso de amparo, contenida

27 Para Gosepath, los derechos sociales "se entienden como los derechos de previsión, el trabajo, la vivienda y la educación, es decir, los derechos a prestaciones en sentido estricto" (GOSEPATH, Stefan. Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales. En: AAVV. Ciudadanía y derechos humanos sociales. Medellín: Instituto sindical de Cooperación al Desarrollo – Junta de Anadalucía, 2001. p. 17). Por su parte, De Castro Cid señala que, incluso "para varios autores los derechos económicos sociales y culturales son los derechos de los trabajadores, es decir, los derechos de los que corresponden a los hombres en cuanto son miembros de ese sector de la sociedad cuya existencia depende de la realización de un trabajo asalariado." (DE CASTRO CID, Benito. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos. León: Universidad de León, 1993. pág. 24).

28 Proceso de amparo iniciado por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

29 Debemos indicar que la citada sentencia parece confundir el carácter programático de una disposición constitucional con la preceptividad diferida del derecho, en tanto señala que "cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos" (Fundamento 13). En todo caso, debemos indicar que, a nuestro entender, y tal como se expone en el presente trabajo, estas últimas categorías no son coincidentes.

en el artículo 37° del CPConst., de derechos consagrados en disposiciones constitucionales calificadas tradicionalmente como programáticas, como por ejemplo el derecho al trabajo (numeral 10) y el derecho a la salud (numeral 24).

De otro lado, la exclusión del ámbito del amparo de los derechos de preceptividad diferida o aplazada también ha sido relativizada por el TC. En efecto, en la ya citada Sentencia emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, tras hacer referencia expresa al artículo 27° de la Constitución (Fundamento 11), el TC señala que "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" (Fundamento 12).

Más adelante, la Sentencia señala que "si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios (...) lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el Fundamento 11 y ss supra, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a él directamente vinculados, no tiene sustento directo en la fuente legal, sino justamente, en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental" (Fundamento 27).

En ese sentido , ya con anterioridad, el TC había señalado que "cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará 'adecuada protección contra el despido arbitrario', debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional" (Fundamento 12 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC).

La posición del TC se sustenta, en resumen, en la diferencia entre la creación de derechos a nivel legal y la concretización en dicho nivel de un derecho reconocido en la Constitución. En el primer caso, el derecho no tendría un sustento constitucional directo (tal como lo exige el artículo 38° del CPConst.[30]), mientras en el segundo sí. No cabe duda que existirán derechos reconocidos en la Constitución cuya configuración puede ser materializada en la ley, y que a su

30 "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".

vez generan una serie de derechos cuyo origen es meramente legal (como sucede en el caso del derecho a la pensión, objeto de la Sentencia emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC). En el primer caso, el desarrollo legal formará parte del contenido constitucionalmente protegido a que hace referencia el artículo 5° del CPConst.[31], en el segundo no.

Lo cierto es que, de acuerdo a todo lo señalado, el desarrollo legal de un derecho constitucional de preceptividad diferida o aplazada, como el derecho a la protección contra el despido arbitrario, no puede estar exento de un control de constitucionalidad, incluso a través de un proceso de amparo, teniendo en cuenta además su necesaria vinculación con el derecho al trabajo. Obviamente, ello tampoco perjudica la posibilidad que tiene el afectado de recurrir a los procesos ordinarios existentes.

III. EL CARÁCTER RESIDUAL DEL PROCESO DE AMPARO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

Es probable que la novedad más importante, en nuestro ordenamiento, en materia de protección constitucional de los derechos laborales sea la consagración del amparo residual y sus consecuencias prácticas. A continuación haremos referencia a tal tema.

3.1. Del modelo alternativo al modelo residual

El artículo 6°, numeral 3, de la Ley N° 23506 señalaba que las acciones de garantía, entre ellas el amparo, no procedían en aquellos casos en que "el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". Es así como la citada norma consagraba el modelo de amparo alternativo, dentro del cual es posible recurrir al proceso de amparo aún cuando exista un proceso ordinario que tenga como fin proteger el mismo derecho.

Este modelo no está exento de críticas, especialmente de aquellos que defienden el modelo residual, según el cual, el proceso de amparo sólo procede ante la falta de un proceso ordinario que proteja adecuadamente el derecho constitucional afectado. Este último modelo se basa en la naturaleza

31 "Artículo 5°.- No proceden los procesos constitucionales cuando:
1) Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos de forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

"excepcional" del amparo[32], y tiene como principal fundamento la inseguridad jurídica y la ruptura del orden procesal que se produce al permitirse que, ante cualquier afectación o amenaza de un derecho constitucionalmente consagrado, y pese a existir vías "ordinarias" para su defensa, se recurra al proceso constitucional en cuestión.

Con la promulgación del CPConst., se ha reconocido en el ordenamiento peruano el modelo de amparo residual. En efecto, de acuerdo al artículo 5° (numeral 2), los procesos constitucionales sólo proceden "cuando no existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado".

3.2. La determinación de la vía igualmente satisfactoria

Considerando el texto del artículo 5° del CPConst., corresponde entonces determinar cuando nos encontramos ante una vía igualmente satisfactoria. Dicha tarea consiste en "determinar si los procesos judiciales, ordinarios o especiales, resultan hábiles para proteger con eficiencia el derecho o garantía constitucional vulnerado o sí, por el contrario, es sólo el amparo la vía procesal apta para ello"[33].

Al respecto, tanto la doctrina como el derecho comparado han coincidido que el citado análisis debe realizarse "caso por caso"[34]. En tal sentido, se ha afirmado que "... la procedencia de la tutela está condicionada a la ausencia de 'otro medio de defensa judicial'. La disponibilidad de dicho medio debe ser apreciada en cuanto a su eficacia para proteger cada caso concreto"[35]. Asimismo, se sostiene que "el juez tendrá que examinar en cada caso concreto si la urgencia a tutelar un derecho fundamental puede ser eficazmente cubierta por un proceso distinto al amparo"[36].

De esta manera, no sólo se considera que la vía más satisfactoria debe ser determinada en cada caso en concreto, sino que, como consecuencia de ello, es el juez el encargado de resolver si procede el amparo o debe recurrirse a la vía ordinaria. En tal sentido, en el modelo residual, "corresponde a la jurisprudencia deslindar cuando es que hay una vía paralela"[37].

32 SAGUÉS, Néstor. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Buenos Aires: Astrea., 1988. p.16.
33 MORELLO, Augusto M. y Carlos A. VALLEFIN. El Amparo – Régimen Procesal. Cuarta Edición. La Plata: Platense, 2000. p. 30.
34 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005. p. 153.
35 CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. "La acción de tutela colombiana". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung / CIEDLA, 1999. p. 116.
36 ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. Cit. p. 268.
37 BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las Garantías Constitucionales. Lima: GRIJLEY, 1996. p. 99.

Ahora bien, no hay un solo criterio para determinar si existe una vía igualmente satisfactoria. En todo caso, entre los más utilizados se encuentra, por ejemplo, la gravedad e irreparabilidad del daño en que podría sufrir el demandante si no recurre al amparo, criterio que ha sido determinante tanto en la jurisprudencia argentina[38] como en la colombiana[39]. Otro criterio recurrido es la situación de urgencia del demandante, según el cual, el juez debe considerar las circunstancias especiales en que puede encontrarse quien exige la protección del derecho supuestamente vulnerado[40].

Un criterio que consideramos interesante y que ha sido introducido en la doctrina nacional es aquel referido al tipo de sentencia con que el demandante quiere contar[41]. Si el actor busca el pago de una indemnización o el pago de una deuda, es claro que, definitivamente, la vía adecuada no es el amparo, por lo que la vía ordinaria, sería la llamada a servir de vehículo para conseguir la pretensión del demandante.

La existencia de medidas cautelares en el proceso ordinario también constituye un criterio para definir la procedencia del amparo. En tal sentido, algunos autores han señalado que una adecuada regulación de medidas cautelares en un proceso común es motivo suficiente para denegar la tramitación de una demanda de amparo[42]. Desde nuestro punto de vista, es uno de los criterios más discutibles en tanto la existencia de una adecuada regulación de la tutela cautelar en un proceso no califica a dicha vía per se como más eficaz frente al proceso de amparo. Por ello, hay quienes señalan que la existencia de medidas cautelares no es suficiente para sustentar la sumariedad de un proceso judicial ordinario toda vez que ellas no tienen carácter definitivo y el proceso de amparo también las prevé[43]. En todo caso, se trata de un criterio que puede ser aplicado conjuntamente con otros elementos.

38 Aberasturi cita una sentencia de la Corte Argentina de 31 de marzo de 1982, según la cual la vía del amparo resulta excepcional, procediendo únicamente cuando no se encuentren otros medios idóneos para la protección de las garantías constitucionales, ya sea por que no existen o porque el tiempo que tomaría seguirlos podría causar un grave perjuicio (ABERASTURY, Pedro. "Derecho de Amparo – Antecedentes de la acción de amparo en la República de Argentina". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung / CIEDLA, 1999. p. 26).

39 Cepeda Espinosa hace referencia a la Sentencia T-554/98, emitida por la Corte Constitucional colombiana, según la cual el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior (CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. "La acción de tutela colombiana". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung / CIEDLA, 1999. p. 117).

40 SAGUÉS, Néstor. "El rol subsidiario de la acción de amparo". En: Prudente Iuris. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires, Mayo 1993. p. 54.

41 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA. Eloy. Op. cit. p. 153.

42 LAZZARINI, José Luis. EL Juicio de Amparo. Buenos Aires: La Ley, 1967 p. 134.

43 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: ARA, 2004. p. 182.

De otro lado, la clara ilegitimidad o arbitrariedad del acto denunciado, también ha sido considerado como un requisito para poder acceder a la jurisdicción constitucional, y de alguna manera como un criterio para determinar si debe recurrirse a la vía ordinaria. La doctrina señala al respeto que "la ilegitimidad o arbitrariedad del acto motivo del amparo debe ser clara y manifiesta. Si de esto no se trata (...) debe llevarse el debate al proceso ordinario"[44]. Este tema se encuentra muy vinculado a la necesidad de una etapa probatoria para determinar si hubo violación del derecho invocado. Debe recordarse pues que, debido a su naturaleza ultra sumarísima, y a diferencia de los procesos comunes, el proceso de amparo no admite (salvo casos muy excepcionales) la actuación de medios probatorios, razón por la cual las partes únicamente pueden presentar documentos.

En consecuencia, si la arbitrariedad del acto denunciado no puede acreditarse a través de medios probatorios de esa naturaleza debe recurrirse a la vía ordinaria. Por nuestra parte, coincidimos con aquellos autores que consideran que la improcedencia del amparo como consecuencia de la necesidad de una etapa probatoria no está relacionado a su residualidad, en tanto, así no existieran una vía igualmente satisfactoria no procedería la tramitación del amparo para solucionar un conflicto que hace necesaria la actuación de medios probatorios distintos a los documentales[45].

Otro factor a tener en consideración en esta materia es lo complejo o dilatado que puede resultar el proceso regulado como vía ordinaria[46].Este factor resulta, por lo menos en lo que se refiere a la demora en la tramitación, sumamente discutible. En todo caso, se trata de un criterio que debe ser aplicado conjuntamente con otros elementos (por ejemplo, con la situación del demandante). El sólo hecho que un proceso resulte complejo o se presuma su demora, no puede justificar la procedencia del amparo. En ese sentido, se ha señalado que no es suficiente que el demandante estime que un trámite resulta lento, toda vez que, las demoras ordinarias en la sustanciación no tiene por qué subsanarse mediante el amparo[47].

Finalmente, además de la aplicación de los criterios antes señalados y otros que puedan existir, el juez debe tener presente que, frente a la dilucidación sobre

44 LAZZARINI, José Luis. Op. cit. p. 136.

45 ABADYUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 273.

46 Al respecto, SALGADO haciendo referencia a la jurisprudencia argentina "aunque haya un remedio hay que entender que él no protege adecuadamente el derecho o la garantía violada cuando por su complejidad o lentitud no brinda una tutela razonable inmediata" (SALGADO, Alí Joaquín. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad. Buenos Aires: ASTREA, 1987. p. 32)

47 SAGUÉS, Néstor Pedro. "El rol subsidiario...". p. 54.

la procedencia del amparo debido a la existencia de vías ordinarias, en caso de duda, debe optar por dar trámite al citado proceso constitucional. Es así como, "...de existir una `duda razonable' (...) podría ser aplicable el principio de favorabilidad - `favor processum' o 'pro actione' – y, por tanto, dar cabida al amparo"[48].

3.3. El tratamiento del Tribunal Constitucional a la residualidad del amparo

Basado en el carácter residual del amparo, consagrado en el artículo 5°, numeral 2, del CPConst., en la Sentencia emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, el TC ha seleccionado las materias de naturaleza laboral que pueden ser objeto de un proceso de amparo, excluyendo a otras de tal mecanismo de protección.

Al respecto, un primer tema que debe ser objeto de comentario es que la selección contenida en la Sentencia contradice la regla de analizar caso por caso (es decir, en cada caso en concreto) la procedencia del proceso de amparo; regla que además se encuentra citada en el mismo pronunciamiento (Fundamento 6). En ese sentido, lo que correspondía era fijar los criterios a ser utilizados para determinar la vía igualmente satisfactoria, o elaborar una definición de la misma. Debe observarse que otros órganos supremos como la Corte Constitucional Colombiana o la Corte Suprema Argentina han colaborado en la determinación de tales criterios, pero aplicándolos a casos concretos, a fin de ir señalando una tendencia unitaria. A diferencia de ello, el TC ha aplicado algunos criterios pero de manera general, utilizándolos para calificar las materias que pueden ser conocidas en vía de amparo.

Con relación al régimen laboral privado, en el caso del despido incausado, del despido fraudulento y del despido nulo, el TC ha utilizado como criterio el resultado del proceso señalando que "en los casos en que no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición" (Fundamento 8).

Este mismo criterio es recogido también por el TC para excluir del ámbito de protección del proceso de amparo a los supuestos de impugnación de despido de trabajadores sujetos al régimen laboral público, por considerar que la vía idónea para ello "es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares" (Fundamento 21).

48 ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 268.

Se recoge así la postura de algunos autores en relación a que la vía ordinaria no puede ser considerada como vía igualmente satisfactoria cuando a través de ella se obtiene un resultado distinto (indemnización) que el que se obtendría mediante el amparo (reposición)[49], cuya naturaleza es restitutoria[50].

Puede observarse que este criterio no ha sido muy utilizado en el derecho comparado, lo que no obsta para que en un panorama como el que nos presenta el ordenamiento peruano pueda ser aplicado. Ahora resulta discutible si en este caso nos encontramos ante una vía que pueda ser calificable como "igualmente satisfactoria", o si simplemente, el único mecanismo para proteger el derecho constitucional vulnerado es el amparo. En este último caso, la aplicación del citado criterio con carácter general (y no caso por caso) habría sido correcta.

En relación al despido nulo, el TC señala además que, en los casos de despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación (Fundamento 14), la discriminación (por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole) y la condición de impedido físico o mental (Fundamento 15), siempre procede el amparo. Ello pese a que, en varios de estos supuestos, la tramitación de una demanda en la vía ordinaria tendría el mismo resultado (la reposición). Para ello ha aplicado el criterio de urgencia (Fundamento 16). A nuestro entender, tal criterio, más que cualquier otro, debe ser utilizado en cada caso concreto, y no de manera general, mediante una presunción de urgencia.

De otro lado, el TC excluye de la protección que brinda el proceso de amparo a distintas materias. En el caso de los trabajadores del sector privado dicha exclusión alcanza a la impugnación del despido que tiene por objeto un resultado distinto a la reposición, el cese de actos de hostilidad, el incumplimiento de disposiciones y normas labores de cualquier naturaleza y el pago de remuneraciones y beneficios sociales (Fundamentos 17 y 18). Asimismo, se excluye a los supuestos de cuestionamiento de la causa del despido (aún cuando lo que se solicite sea la reposición del trabajador) cuando verse sobre hechos

49 En ese sentido, Donayre Montesinos afirma que "si yo busco ante cualquier despido que considero vulnera un (o algunos) derecho(s) protegido(s) constitucionalmente que se me restituya en el empleo, y no estoy en aquellos supuestos para los que sí está prevista dicha consecuencia de seguir en el proceso ordinario laboral, indudablemente recurriré al amparo en lugar del proceso ordinario ya que sólo a través de aquél podré encontrar satisfecha mi pretensión (DONAYRE MONTESINOS, Christian. "El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional Peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005. p. 189).

50 Al respecto, Blancas Bustamante, citando a Fix Zamudio, afirma que "la naturaleza meramente resarcitoria de la medida reparadora del despido no es compatible, ni equivalente, con la naturaleza restitutoria inherente a los procesos constitucionales de protección de derechos humanos" (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional". En: Derecho & Sociedad N° 21. Lima, 2003. p. 162).

controvertidos o se requiera de la actuación de medios probatorios para determinar su calificación (Fundamento 19). En tales supuestos, el TC deriva la tramitación del reclamo al proceso laboral

En relación a los trabajadores del régimen laboral público, la exclusión resulta casi absoluta, pues a la impugnación del despido antes citada, se suman todas las pretensiones derivadas de conflictos jurídicos individuales que cuestionen la actuación administrativa sobre el personal del servicio de la administración pública y que derivan de derechos reconocidos por ley (Fundamento 23), las mismas que deben ser tramitadas en la vía del proceso contencioso administrativo.

Como excepción a las reglas de exclusión antes citadas, el TC ha señalado que, únicamente ante la imposibilidad de recurrir a la vía ordinaria, o atendiendo a la urgencia o la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que dicha vía no es la idónea para conocer su reclamo, procederá el amparo (Fundamento 20 y 24).

Desde nuestro punto de vista, estas limitaciones pueden atentar contra el derecho del afectado de recurrir al proceso de amparo cuando se vulnere su derecho constitucional (por ejemplo, ante un acto de hostilidad que comprende una conducta discriminatoria), y que, en todo caso, en el caso concreto se evalúe si existe una vía igualmente satisfactoria.

La posibilidad (excepcional) que deja el TC de recurrir al proceso de amparo (Fundamentos 20 y 24), a nuestro entender, no soluciona el presente problema al convertir la regla (análisis caso por caso) en una excepción.

Por último, debemos mencionar lo discutible que resulta la decisión del TC de otorgar la calidad de precedente vinculante inmediato a la Sentencia (Punto 3 de la Parte Resolutiva), ordenando que se declare la improcedencia de demandas de amparo en trámite al momento de su publicación, y su remisión al juez competente de la vía ordinaria. Tal situación constituiría una violación del derecho que le asiste al demandante a recurrir al proceso de amparo, cuyo sustento jurídico lo encontraríamos en los artículos 8°[51] y 25°[52] de la Convención Americana de Derecho Humanos, que habilitaría a los afectados a recurrir a las

51 "Artículo 8. Garantías Judiciales
1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

52 "Artículo 25. Protección Judicial
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo (...), que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, (...)
2. Los Estados Partes se comprometen: (...)
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial (...)".

instancias supranacionales correspondientes (Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos).

3.4. Otros asuntos vinculados a la residualidad del amparo

La Sentencia emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, nos deja como temas sobre la mesa la idoneidad de los procesos calificados como vías igualmente satisfactorias y la carga de la prueba para acreditar la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria.

3.4.1. Los procesos calificados como vía igualmente satisfactoria

En relación al proceso contencioso administrativo, si bien ha sido objeto de una importante reforma, que ha mejorado indudablemente su estructura, mantiene serias limitaciones en materia de política jurisdiccional, tal como la ausencia de juzgados suficientes para conocer este tipo de casos[53].

En relación al proceso laboral como opción frente al amparo, el tema es aún más complicado, pues a los problemas de política jurisdiccional se suman limitaciones propias de su estructura[54]. Como ejemplo de ello, la Ley N° 26636 (Ley Procesal de Trabajo), que regula el proceso laboral, reconoce expresamente un número limitado de medidas cautelares (artículo 96° y siguientes), permitiendo una interpretación restrictiva frente a la aplicación de las medidas reguladas en el Código Procesal Civil. Si bien existe jurisprudencia que ha admitido la solicitud de medidas cautelares no reguladas expresamente en la Ley N° 26636, lo cierto es que la jurisprudencia aún no ha fijado una posición unánime, por lo que, el peligro del litigante de encontrarse en una situación de indefensión por no contar con tutela cautelar es manifiesto.

Considerando lo antes señalado, la calificación de estos procesos como opciones frente al amparo obliga a plantearnos nuevamente la necesidad de revisar la regulación correspondiente a efectos de facilitar su tramitación. Mientras ello no suceda, las circunstancias presentadas, acompañadas de otros

53 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Lima: Palestra, 2004. p. 209.

54 Al respecto, Espinosa-Saldaña Barrera afirma que "deviene en indispensable efectuar importantes modificaciones en la legislación procesal laboral, además de aumentar significativamente el número de jueces especializados en asuntos laborales, para poder así atender siquiera mínimamente los requerimientos que pronto van a plantearse" (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código.... Op. cit. p. 147).

criterios, podrían ser consideradas al momento de evaluar si dichos procesos resultan ser una "vía igualmente satisfactoria".

3.4.2. La carga de la prueba de la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria

En la Sentencia bajo comentario, el TC ha señalado que corresponde 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" (Fundamento 6). Tal criterio ha sido también asumido para efectos de superar la presunción de improcedencia en los casos excluidos de la vía del amparo por la citada Sentencia (Fundamentos 20 y 24). En todo caso, tal situación puede resultar coherente con la calidad de requisito de procedencia atribuido a la inexistencia de una vía específica igualmente satisfactoria.

Sin perjuicio de lo antes señalado, coincidimos con aquellos autores que sostienen que "no debería exigirse (...) una prueba concluyente para tal efecto, sino prima facie"[55], toda vez que "exigirle al demandante pruebas concluyentes en esta materia puede conducir en muchos casos a situaciones de indefensión o desamparo"[56]. En tales supuestos, la labor del juez y el principio a favor del proceso juegan un papel trascendental.

IV. CONCLUSIONES

1. La procedencia del amparo frente a la vulneración de derechos laborales ha sido reafirmada en el ordenamiento peruano. Para dicho fin, partiendo del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el TC ha sostenido la viabilidad del amparo contra particulares. Asimismo, a nivel legislativo, con la promulgación del CPConst., se ha armonizado el reconocimiento legal con el reconocimiento constitucional de los derechos laborales como objeto de protección del proceso de amparo.
2. La exigencia de preceptividad inmediata del derecho constitucional vulnerado como requisito para la procedencia del amparo ha sido relativizada fundamentalmente a partir de la jurisprudencia del TC, la cual se ha apartado de aquellos planteamientos que, de manera absoluta, descalifican tal vía en los supuestos de vulneración de disposiciones constitucionales programáticas o de derechos de preceptividad diferida o aplazada.
3. A partir del reconocimiento de un modelo residual de amparo contenido en el CPConst., el TC ha calificado de manera general las materias de naturaleza laboral que pueden ser objeto del citado proceso. Ello resulta contrario al tratamiento caso por caso que debe recibir la determinación de la vía igualmente satisfactoria, además de limitar la utilización de criterios distintos a aquellos basados en el resultado del proceso y la urgencia de tutela.
4. El proceso contencioso administrativo y el proceso laboral, tienen problemas tanto a nivel de estructura como de política jurisdiccional. En tal sentido, su calificación como vías igualmente satisfactorias obliga a revisar nuevamente la necesidad de reformular la regulación correspondiente a efectos de facilitar su tramitación.
5. La prueba exigida al demandante sobre la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria no puede ser concluyente, sino prima facie. En esta materia la labor del juez y el principio a favor del proceso juegan un papel trascendental.

55 DONAYRE MONTESINOS, Christian. Op cit. p. 186.
56 Ibid.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- ABERASTURY, Pedro. "Derecho de Amparo – Antecedentes de la acción de amparo en la República de Argentina". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung / CIEDLA, 1999.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales". En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, 1993.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional". En: Derecho & Sociedad N° 21. Lima, 2003.
- BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las Garantías Constitucionales. Lima: GRIJLEY, 1996.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: ARA, 2004.

- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. "La acción de tutela colombiana". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung / CIEDLA, 1999.
- DE CASTRO CID, Benito. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos. León: Universidad de León, 1993.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "El respeto de los derechos fundamentales como límite a la autonomía privada". En: Actualidad Jurídica. Tomo 93. Lima: Gaceta Jurídica, Agosto 2001.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian. "El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional Peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005.
- ELÍAS MANTERO, Fernando. "La Acción de Amparo como Instrumento de Defensa de los Derechos Laborales". En: Revista de Actualidad Laboral. Lima, Mayo 1996.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Lima: Palestra, 2004.
- FERRER Mc. GREGOR, Eduardo. La acción de constitucionalidad de amparo en México y España: estudio de derecho comparado. México DF: Porrúa, 2000.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMENEZ – BLANCO. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
- GOSEPATH, Stefan. Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales. En: AAVV. Ciudadanía y derechos humanos sociales. Medellín: Instituto sindical de Cooperación al Desarrollo – Junta de Anadalucía, 2001.
- GUZMÁN ÑAPURI, Christian. "La utilización el proceso de amparo para la protección de derechos laborales". En: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 17. Lima, Julio 2002.
- LAZZARINI, José Luis. El Juicio de Amparo. Buenos Aires: La Ley, 1967.
- MORALES CORRALES, Pedro G. "Acción de Hábeas Corpus, Amparo y

Hábeas Data en materia laboral". En: Revista Themis N° 34, Segunda Época. Lima, 1996.
- MORELLO, Augusto M. y Carlos A. VALLEFIN. El Amparo – Régimen Procesal. Cuarta Edición. La Plata: Platense, 2000.
- NEVES MUJICA, Javier. "Libertad de trabajo, derecho de trabajo y estabilidad en el trabajo". En: Asesoría Laboral. Lima, Mayo 2002.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El trabajo en la Constitución". En: Revista Ius et Veritas, N° 7. Lima, 1993.
- SAGUÉS, Néstor. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Buenos Aires: Astrea, 1988.
- SAGUÉS, Néstor. "El rol subsidiario de la acción de amparo". En: Prudente Iuris. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires, Mayo 1993.
- SALGADO, Alí Joaquín. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad. Buenos Aires: ASTREA, 1987.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Estabilidad Laboral y Acción de Amparo". En: Derecho & Sociedad. N° 13. Lima, 1998.

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL MARCO DE UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO A PROPOSITO DE LOS FALLOS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

WALTER ZÚÑIGA VILLEGAS

A MIS AMORES KITTY, PAOLA Y VALERIA[1].
Y COMO SIEMPRE A MIS PADRES

Sumario

Introducción. I. Naturaleza del Derecho del Trabajo. Limitación de la libertad económica y contractual del Empleador y pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los derechos laborales constitucionales. 1.1. Naturaleza del Derecho del Trabajo, limitación a la libertad económica y contractual del empleador e intervención estatal. 1.2. Contenido de los derechos laborales constitucionales según el Tribunal Constitucional. A. Sobre principios laborales constitucionales. Sobre los derechos colectivos. II. La economía de mercado y el régimen económico constitucional según el Tribunal Constitucional 2.1. Funcionamiento de la Economía de Mercado. Marco Conceptual 2.2. Relevancia económica y social de la intervención estatal en el funcionamiento de la economía de mercado. Mercado de trabajo y sus peculiaridades. 2.3. Régimen económico

1 *Respecto a Pao y Vale, "agradecer" especialmente a sus ruidos, bullicios y dibujos animados, pues gracias a ellos tuve que "disfrutar" del silencio de las primeras y las últimas horas del día para realizar este trabajo; momentos en los cuales, según se dice, las musas de la inspiración se hacen presentes.*

constitucional. Economía social de mercado. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional. III. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Referirse al Derecho del Trabajo, es referirse a una rama del Derecho, que se caracteriza por limitar la autonomía de la voluntad de las partes, fundamentalmente la del empleador, y por la intervención regulatoria activa del Estado. Por otro lado, referirse a la Economía Social de Mercado, significa que es el mercado (es decir, la oferta y la demanda) quien, principal y fundamentalmente, asigna y distribuye los recursos, pero para que ésta actúe se requiere del ejercicio de las libertades económica y contractuales, cumpliendo aquí el Estado un rol más bien subsidiario, limitándose (no excluyéndose) su intervención. La Constitución, por un lado, regula las principales instituciones del Derecho del Trabajo (denominados derechos laborales constitucionales); y, por otro lado, consagra a la Economía Social de Mercado como el régimen económico constitucional. La pregunta es ¿cómo se articulan, concuerda e integran estas dos instituciones en la Constitución?

Hasta no hace mucho tiempo, conceptualizar y delimitar el contenido esencial de un derecho constitucional, y en especial, el de un derecho laboral constitucional, así como definir qué es "Economía Social de Mercado" y aclarar cuáles son los límites de la función regulatoria o interventora del Estatal en la vida económica y social, eran temas que se circunscribían a un debate fundamentalmente académico y teórico, pues existen variadas y respetadas posiciones doctrinarias respecto a los alcances de cada uno de ellos. Sin embargo, desde el año 2001, el máximo órgano de interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional, ha emitido numerosos fallos que han definido conceptual y concretamente dichos temas. Así, se ha pasado de lo teórico a lo concreto, pues las sentencias emitidas tienen carácter vinculante y obligatorio, más aún cuando el propio Tribunal Constitucional ha fijado como principios de interpretación de la Constitución, la "unidad de la Constitución", la "eficacia integradora" y la "concordancia práctica" de sus normas.

El presente trabajo pretende precisamente anotar cómo actúa de manera integrada y coherente la protección de los derechos laborales constitucionales en una Economía Social de Mercado, a propósito de los derroteros que ha marcado el Tribunal Constitucional en sus recientes fallos.

I. NATURALEZA DEL DERECHO DEL TRABAJO, LIMITACION DE LA LIBERTAD ECONOMICA Y CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR Y PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS LABORALES CONSTITUCIONALES

1.1. Naturaleza del Derecho del Trabajo, limitación a la libertad económica y contractual del empleador e intervención estatal

El Derecho del Trabajo surge debido a la necesidad de regular una relación entre empleador y trabajador desigual, y de canalizar el conflicto inherente a dicha relación. Desigualdad y conflicto que se explica, fundamentalmente, porque esta es una relación jurídica de subordinación. Es esta relación jurídica de subordinación la que inspira y subyacen en las instituciones del Derecho del Trabajo.

Sobre el origen del Derecho del Trabajo y su separación del Derecho Civil, Javier Neves ha explicado que durante el surgimiento del Estado Liberal, la prestación de servicio por cuenta ajena (hoy denominada relación de trabajo) era regulada por el Derecho Civil, disciplina que "proclamaba que todas las personas son formalmente iguales y libres, por lo que pueden concurrir al mercado a comprar o vender cualquier bien. Como este mercado está regido por una ley natural de la oferta y la demanda, las condiciones de dicha adquisición son fijadas por ésta. Las partes pueden en esta operación, acordar sin restricciones lo que convenga a sus intereses, en virtud de la autonomía privada individual. El Estado debe garantizar que los sujetos puedan celebrar el contrato y luego lo cumplan según lo pactado, pero no debe intervenir en la determinación de los derechos y obligaciones establecidos en aquél. Si hubiera alguna ley que señalara el contenido de las relaciones jurídicas, ésta tendría carácter dispositivo, por lo que cualquier regulación diferente del contrato prevalecería sobre aquélla.

La aplicación de este esquema en el campo de las relaciones laborales sólo pudo constatar una realidad: la voluntad única del empleador establece los derechos y obligaciones entre las partes. Esto condujo a un régimen de extrema explotación de la mano de obra, sin precedentes en la historia: jornadas extenuantes, salarios miserables, pagados muchas veces en vales, pésimas condiciones de seguridad e higiene, etc."[1]

1 Neves Mujica, Javier. "Introducción al Derecho Laboral". Lima Fondo Editorial de la PUCP, 2004, p. 5-6

Esta descripción histórica que hace Javier Neves es sumamente importante, pues el régimen económico por naturaleza (originario) del Estado Liberal es la Economía de Mercado. Así, encontramos aquí una primera relación entre régimen o modelo económico y la forma cómo se regulaba la relación de trabajo (aunque en aquellos años no se denominara así).

Ante el descontento de la gente, no tardaron en surgir las protestas, reacción promovida fundamentalmente por los perseguidos sindicatos, obligando así al Estado adoptar una posición más activa (interventora) en la regulación de la relación empleador – trabajador; así ésta fue "extraía del Derecho Civil [regulado por el denominado arrendamiento de servicios, para] poder apartarlo de los valores antes mencionados y sujetarlo a otros distintos y hasta contrarios"[2]. Así surge el Derecho del Trabajo con instituciones y principios propios, y sobre la base de un supuesto de hecho (que precisamente lo diferencia del Derecho Civil): desigualdad jurídica de las partes de regularse por la autonomía de la voluntad.

El Derecho del Trabajo implica limitación a las libertades económicas y contractuales de los empleadores, limitación que por supuesto no ha sido del todo pacífica. En efecto, el conflicto inherente a la relación empleador-trabajador se explica porque el empleador busca tener mayor libertad en la toma de sus decisiones, y el trabajador, por su parte, busca que esas decisiones no afecten sus intereses (mejores condiciones de trabajo). Sin embargo, hay que tener presente, que el conflicto de intereses podrá ser mayor o menor (incluso en su manifestación podría ser casi inexistente, según los nuevos modelos de relaciones de trabajo que se están incorporando en algunas empresas) pero siempre será inherente a él.

Así, siendo legítimos ambos intereses, la intervención del Estado cumple un papel fundamental en la relación empleador-trabajador, pues de lo contrario el conflicto se desbordaría, sucumbiendo ante tal supuesto la sociedad misma. De ahí la relevancia (algunos dirían la necesidad) de la intervención del Estado en la regulación de la relación empleador-trabajador, y la consiguiente limitación de las libertades económicas y contractuales del empleador. Limitación que se hace pertinente al constatarse "el desequilibrio real entre los sujetos individuales laborales". Precisamente el propósito (y la razón de ser) "del Derecho del Trabajo es el de compensarlo con otro desequilibrio en el nivel jurídico, de signo opuesto [al Derecho Civil]: la protección del contratante débil. Este es el sentido de la intervención tuitiva del Estado en esta área".[3]

2 Ibidem, p. 6
3 Ibidem p. 6

Sobre la naturaleza y las características de la relación de trabajo (esto último desde los puntos de vista jurídico y económico), el Tribunal Constitucional ha ratificado lo que en la doctrina se ha escrito al respecto:

> *"La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte "fuerte" e "imponente" y el trabajador en la parte 'débil' e 'impotente'.*
> *(...) en el campo jurídico sustantivo el rasgo más característico de la relación laboral es subordinada y los deberes imputables al trabajador; en el campo jurídico procesal se constata la capacidad de intimidatorio que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico, la nota más especifica es que frente a la propiedad del medio de producción, el trabajador sólo puede exponer su fuerza de trabajo"*[4].

Esta razón de ser del Derecho del Trabajo, este contenido mínimo (esencial), resulta importante tenerlo claro a efectos de analizar cómo están reguladas sus instituciones en la Constitución y para la concordancia con su régimen económico: regular la utilización del trabajo ajeno (y como consecuencia de ello, subordinado) y encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación. Esta función –precisa finalmente Javier Neves- se adapta a las diversas circunstancias en las que se debe ejercer, como pueden ser los distintos niveles de desarrollo económico o las diferentes situaciones de expansión o de crisis económica, pero en su esencia se mantiene inalterada.[5]

1.2. *Contenido de los Derechos Laborales Constitucionales según el Tribunal Constitucional*[6]

Para el desarrollo y precisión de este punto, nos basaremos en lo explicado por Carlos Blancas al comentar la famosa sentencia del Tribunal Constitucional

4 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 12 de agosto de 2005. Expediente N° 008-2005-PI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28173, Ley Marco del Empleo Público. Fundamento 20.
5 Neves Mujica, Javier. Op. cite.p. 7
6 Sin duda alguna el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la "adecuada protección contra el despido arbitrario" contemplado en el artículo 27° de la Constitución (Exp. 1124-2001-AA/TC, del 11.7.01 y Exp. 976-2001-AA/TC del 13.3.03) constituye el pronunciamiento de mayor polémica y controversia en el Derecho Laboral; sin embargo debido a cuestión de espacio asignado para esta ponencia, he creído conveniente priorizar el pronunciamiento de otros derechos laborales constitucionales, pues el tema del despido ha sido ampliamente tratado por la literatura nacional.

sobre la "adecuada protección" contra el despido arbitrario en el caso de Telefónica del Perú[7].

- **Los Derechos Laborales Constitucionales como Derechos Fundamentales. Importancia y eficacia**

La conformación del Estado Social de Derecho (a diferencia del Estado Liberal) constituye el primer hito para el reconocimiento de algunos derechos laborales como derechos constitucionales, y consecuentemente, como derechos fundamentales oponibles (exigibles de su respeto) no sólo al Estado (como originariamente se dio) sino ante privados-particulares, es decir, frente al propio empleador, de ahí su real y trascendental importancia, pues ante su afectación por cualquier entidad o persona (natural o jurídica) puede hacer uso de las garantías procesales constitucionales.

En efecto, con la conformación del Estado Social de Derecho, se incorporó un segundo catálogo de derechos fundamentales: los denominados "derechos sociales" o de segunda generación. Según Blancas, el núcleo principal de estos derechos lo conforman –precisamente- los derechos de carácter laboral, cuya particularidad reside en que se insertan en el marco de la relación laboral.

Un segundo hito de importancia reside en su eficacia no sólo frente ante el poder público, sino también ante el poder privado. La razón de hacer oponible (eficaz) los derechos fundamentales frente al poder privado, enmarcada en una relación privada, lo desarrolló el tribunal alemán (conocida como la doctrina "Drittwirkung") al tomar conciencia y reconocer la "existencia de poderes privados o fácticos, que influyen decisivamente en la vida social y ejercen poderes superiores a los de la persona considerada individualmente. La igualdad jurídica de las partes, erigida en fundamento del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que descarta axiomáticamente cualquier posición de dominación o superioridad entre las partes contratantes, ha demostrado ser un mito o una simple premisa ideológica, propia del Estado liberal en que dicha concepción se forja, diariamente desmedida por la realidad que evidencia, especialmente en la sociedad contemporánea, la creación de poderosas organizaciones privadas –económicas, políticas, sociales, religiosas y otras- que detentan un enorme

7 Blancas Bustamante, Carlos. "El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional", p. 87 y ss. En: Estudios sobre la jurisprudencia Constitucional en materia laboral y provisional. Lima 2004.

poder, del cual se valen para imponer su intereses a las personas con las que se relacionan. Se ha dicho por ello, que "*los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público*".[8]

Esta doctrina es ubicada por el Tribunal Constitucional en el artículo 38° de la Constitución Política del Perú: "*Todos los peruanos tiene del deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación*". Al respecto, el Tribunal Constitución desarrollo la siguiente idea: "*Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de la relaciones de los particulares y el Estado, sino también a aquellos establecidos entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de la relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre los particulares (...)*[9].

- **Principales Derechos Laborales Constitucionales que han recibido pronunciamientos del Tribunal Constitucional**

Los principales derechos laborales constitucionales que ha recibido pronunciamiento del Tribunal Constitucional son: principios laborales, derechos colectivos, y despido arbitrario. Por cuestión de espacio y prioridad no desarrollaremos el tema del despido arbitrario.

A.- Sobre los principios laborales constitucionales:

Para el desarrollo de los principios laborales, el Tribunal Constitucional parte por identificar muy bien la naturaleza de la relación laboral y razón de ser del derecho del trabajo (como ya ha sido indicado líneas arriba): relación desigual, subordinada y por cuenta ajena (en el sentido que el trabajador sólo pone a disposición y aporta su fuerza de trabajo), todo lo cual lo coloca al trabajador en una situación intimidatorio ante eventuales reclamos en vía litigiosa. Este es el supuesto fáctico para construir los principios laborales. Y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional expresamente:

8 Ibidem, pp. 89-90. La cita en cursiva corresponde a Bilbao Ubillus, Juan María.

9 Ibidem p. 92. La cita es de la Sentencia del TC del 11 de julio de 2002. Expediente N° 1124-2001-AA/TC, en el mismo sentido Sentencia del TC del 13 de marzo de 2003. Expediente N° 976-2001-AA/TC.

"Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueven por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma".[10]

Veamos ahora qué señala el Tribunal Constitucional sobre los principios laborales contemplados en el artículo 26° de la Constitución.

a) Indubio pro operario[11]

El punto central respecto de este principio es precisar qué se debe entender por "duda insalvable". Según el Tribunal Constitucional, para que el principio actúe, se tiene que acreditar que, *"a pesar de los aportes de la fuentes de interpretación, la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado"*. Así, *"la noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica (....)* [por tanto] *será aplicable [el principio] cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma"*.[12]

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional considera que el principio actúa como último recurso; es decir que, luego de seguir el proceso de interpretación de las normas a través de los métodos de interpretación existentes, subsiste la duda sobre el significado y alcances de la norma, momento en el cual recién actuaría el principio, dando el significado de más favorable al trabajador.

Aún cuando Javier Neves, por ejemplo, no compartiría dicha interpretación, sí reconocería que el alcance dado por el Tribunal Constitucional recoge la intención del constituyente. En efecto, para Javier Neves, el principio in dubio pro operario establece lo siguiente: si una norma le permite a su intérprete varios sentidos distintos (no necesariamente encontrarnos ante una duda), debe elegirse entre ellos, el que sea más favorable para el trabajador[13]. Esta posición parte por considerar que no hay "dudas insalvables", porque para resolverla es

10 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 12 de agosto de 2005. Expediente N° 008-2005-PI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28173, Ley Marco del Empleo Público. Fundamento 20.

11 Artículo 26° inciso 3 de la Constitución: Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 12 de agosto de 2005. Expediente N° 008-2005-PI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28173, Ley Marco del Empleo Público. Fundamento 21.

13 Neves Mujica, Javier. Op. Cite p.105

que la teoría general del derecho ha dotado al interprete de varias herramientas apropiadas; si bien estos pueden conducir a resultados diferentes, según el método de interpretación válido que adopte (el literal, el histórico, el lógico, el sistemático, el teleológico, etc.), todos ellos son válidos. Ninguno de estos sentidos es incorrecto, y sin embargo no puede aplicarlos a todos a la vez. Es decir, la existencia de dos o más interpretaciones de una norma es un proceso normal para el operador del derecho, pero mientras que, en el derecho común, se puede sustentar la aplicación válida de cualquiera de estas interpretaciones, en el derecho laboral (por aplicación del principio) debe aplicarse el sentido o interpretación más favorable. Por tanto, para que actúe el principio, no tiene presentar un "dilema" sobre cuál es el real y único significado de una norma, sino que, basta que exista más de uno interpretación para optar por la más favorable.

Así –siguiendo con Javier Neves- la forma cómo la Constitución ha recogido este principio, hace ver que la intención del constituyente ha sido de la de relegar la utilización del principio a un último recurso. *"Estamos, pues, ante una regulación que empobrece el in dubio pro operario"*[14], concluye. Compartamos o no esa posición, lo que si se puede decir es que, al parecer, el Tribunal Constitucional habría ratificado la opinión de Javier Neves sobre cómo ha sido recogido el principio en la Constitución.

b) La igualdad de oportunidades sin discriminación (Art. 26, inc.1)

Al respecto, el Tribunal Constitucional recoge los criterios mayoritariamente expuestos por la actual doctrina. Así, inicia su explicación diferenciando planos como la "igualdad ante la ley" y la "igualdad de trato". Este último es el que se aplica precisamente al ámbito laboral, y al cual hace referencia el artículo 26° inciso 1. La diferencia central entre uno y otro está en que, la primera de ellas obliga a que el Estado asuma determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia (ver los artículo 2° inciso 2 y 103° de la Constitución). En cambio la segunda (la igualdad de trato o de oportunidades) obliga a quien participa en una relación laboral en su calidad de empleador (sea el Estado o los particulares) a no generar una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. Ahora, esta desigualdad de trato, se puede dar a través de una acción directa, es decir, a través de una acción (decisión o conducta) carente de

14 Idibem, p. 109

racionalidad o proporcionalidad (ej. negar el acceso al empleo por razones sexuales o políticas, o por la condición de estar sindicalizado o el despido por dicha condición); o, a través de una acción indirecta, es decir, a través de una acción (decisión o conducta) antojadiza revestida de apariencia de "lo constitucional" (ej. reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados a la actividad laboral del o los trabajadores)[15]. Este principio, se origina, sustenta y desarrolla dentro de un Estado Social de Derecho, que finalmente busca –como afirma Javier Neves- corregir los desequilibrios que se producen en la vida socioeconómica.

c) *Irrenunciabilidad de derechos (Art. 26° inciso 2)*[16]

En primer término el Tribunal Constitucional es claro y directo en señalar que la irrenunciabilidad sólo alcanza a los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; por tanto "no cubre (...) a aquellos provenidos de la convención colectiva de trabajo o la costumbre", aunque sí los tratados de Derechos Humanos[17]. Esta interpretación del Tribunal Constitucional no se percata –como hace notar Javier Neves- que podría vaciar de contenido el convenio colectivo, pues a pesar que la propia Constitución le reconoce fuerza vinculante, los derechos pactados en él, podrían ser objeto de renuncia individual por cada uno de los trabajadores, y si tenemos en cuenta la evidente mayor ascendencia del empleador sobre el trabajador en el ámbito individual, la renuncia del trabajador de derechos pactados colectivamente podría restar eficacia al convenio.

En relación al alcance de la irrenunciabilidad según la naturaleza de la norma que recoge el derecho, consideramos que los términos utilizados por el Tribunal Constitucional para explicarlo no son de los más felices. Al respecto señala:

> *"un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda". Y precisando más el tema, añade: "la norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad (...) [se] hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral (...) se caracteriza por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación (...) En cambio la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese sentido el trabajador no puede 'despojarse', permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma".*[18]

15 Ibidem. Fundamento 23.
16 Artículo 26° inciso 2 de la Constitución: Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
17 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 12 de agosto de 2005. Expediente N° 008-2005-PI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28173, Ley Marco del Empleo Público. Fundamento 24.

Es difícil poder comprender la explicación dada por el Tribunal Constitucional sobre los conceptos "norma dispositiva" y "norma taxativa"; sin embargo, sí plantea la idea central de este principio en el siguiente texto:

> *"La irrenunciabilidad de los derechos proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas"*[19]

Este último párrafo cobra real significado si nos detenemos en la explicación que da al tema Javier Neves respecto a este principio: "un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él (...). En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia no. [Así] hay renuncia toda vez que el titular de un derecho nacido de una norma imperativa lo abandona voluntariamente."[20]

Así, y a nuestro entender, para que lo expuesto por el Tribunal Constitucional cobre precisión, hay que tener en cuenta que cuando se dice "taxativo" debe entenderse "imperativo", y que las normas dispositivas no son aquellas que actúan ante la ausencia de manifestación de voluntad supliendo un defecto u omisión, sino normas que contiene derechos (beneficios) respecto de los cuales el trabajador puede disponer (renunciar).

18 Ibidem.
19 Ibidem.
20 Neves Mujica, Javier. Op. cite p. 85-86

B.- Sobre los derechos colectivos[21]*:*

a) La Libertad Sindical

La Constitución (art. 28° inciso 1) señala escuetamente que el Estado garantiza la libertad sindical. Pero ¿qué significa y qué comprende la libertad sindical? En el fundamento 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 1124-2001-AA/TC del 11 de julio de 2001 (caso Telefónica del Perú), precisa el contenido esencial de este derecho:

> *" (...) 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".*

No cabe duda que, lo reconocido por el Tribunal Constitucional, constituye el contenido esencial de tal importante derecho, pues es en base al ejercicio de la libertad sindical en su aspecto funcional que pueden desarrollarse y ejercerse los otros dos derechos colectivos fundamentales: la negociación colectiva y la huelga.

Es en otra sentencia que el Tribunal Constitucional complementa el contenido de este derecho, al referirse a la manifestación del derecho sindical en el plano plural, el cual está referido al respecto y defensa de la actividad sindical ante la injerencia de terceros:

- "Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad [pluralidad] sindical.
- Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de

21 Art. 28° de la Constitución: El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2 Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concretado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

prácticas desleales.
- Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad [pluralidad] sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc."[22]

b) La negociación colectiva

Si tomamos las ideas centrales expuestas por el Tribunal Constitucional, en sentencia ya citada[23], podremos decir que, para este organismo, la negociación colectiva es un procedimiento que consiste en la capacidad de regulación de las relaciones laborales por parte de los representante de los trabajadores y sus empleadores, a través del cual se llega a obtener un producto (denominado convenio colectivo), el cual permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referida a las condiciones de trabajo, productividad y demás aspecto concernientes a las relaciones laborales.

La importancia de la negociación colectiva, a través de su producto originario, el convenio colectivo, está dada porque es la fuente por excelencia del Derecho del Trabajo, pues ninguna otra rama del derecho faculta a sus sujetos a auto tutelarse emitiendo fuentes de derecho. Y así lo resalta el Tribunal Constitucional:

> *"La convención colectiva –y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa"*[24]*.*

De otro lado, el Tribunal Constitucional señala que la promoción de formas pacíficas se viabiliza a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje. Pero el aspecto más saltante del fallo bajo comentario, está referida a las razones por las que se justifica la búsqueda de soluciones pacíficas:

> *"Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:*

22 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 12 de agosto de 2005. Expediente N° 008-2005-PI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28173, Ley Marco del Empleo Público. Fundamento 27.
23 Ibidem. Fundamento 29.
24 Ibidem. Fundamento 29.

- *Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.*
- *Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral."*[25]

Así, para el Tribunal Constitucional – y esto sí cabe resaltarlo- el convenio colectivo constituye el instrumento idóneo para, en primer término, conciliar (equilibrar) los intereses de los trabajadores y los de la empresa; y, en segundo lugar, para canalizar el conflicto inherente en la relación. Ideas estas que permitirán ubicar y concordar al Derecho del Trabajo con una Economía Social de Mercado.

c) Derecho de huelga

De todos los derechos colectivos reconocidos por la Constitución –y sin temor a equivocarme de todos los derechos constitucionales- el de huelga está redactado en términos de salvedades y limitaciones para su ejercicio (derecho regulado, teniendo en cuenta el interés social, y con excepciones y limitaciones). Sin embargo, el Tribunal Constitucional[26] al referirse a este derecho, lo hace con mucho mayor orden, precisión y delimitación respecto a su contenido, función, requisitos y limitaciones. Por la claridad de los conceptos expuestos, consideramos que nos releva de mayores comentarios al respecto:

c.i) Definición: consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. Esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúa en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo. Por huelga debe entenderse, entonces –precisa la sentencia-, como el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley.

c.ii) Efecto y función: mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención

25 Ibidem. Fundamento 35.
26 Ibidem. Fundamentos del 40 al 42.

de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

En puridad –dice el Tribunal Constitucional-, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores. La huelga tiende a establecer el equilibrio entre partes con fuerza económicamente desiguales.

c.iii) Requisitos y limitaciones:

El Tribunal Constitucional señala que desde una perspectiva doctrinaria, avalada por la jurisprudencia más avanzada, se acepta que la huelga debe ser convocada tomándose en consideración los siguientes requisitos:

- La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto.
- La constatación de que no se haya impuesto a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza acordada, la participación en la huelga.

Respecto a las limitaciones en su ejercicio, el Tribunal Constitucional advierte que éste debe efectivizarse en armonía con los demás derechos, y que presupone se hayan agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional hacer notar un equivoco conceptual: el interés social. Al respecto, en atribución a sus facultades estipulativas de sus decisiones jurisdiccionales, corrige el término utilizado por la Constitución:

> *"En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.*
> *En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto"*[27].

27 Ibidem. Fundamento 42.

II. LA ECONOMIA DE MERCADO Y EL REGIMEN ECONOMICO CONSTITUCIONAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. Funcionamiento de la Economía de Mercado. Marco conceptual

La económica en términos muy generales es la ciencia que busca que los bienes y servicios que existen en la sociedad –por lo general escasos- puedan satisfacer las necesidades de la mayor cantidad de personas; es decir, busca designar de la manera más eficiente los recursos existentes en la sociedad.

El mercado, es decir, el lugar donde concurren la oferta y la demanda (o también consumidores y productores) de los bienes y servicios, sería una forma de poder asignar dichos recursos, siendo el elemento articular de estos factores el precio.

La ciencia económica parte, para analizar el mercado, de un modelo denominado modelo de economía perfecta, y en él los consumidores y productores ven maximizar sus beneficios, originando que la sociedad también maximice los suyos, obteniendo así el ansiado bienestar social. Por tanto, aunque no existe en la realidad (pues es sólo un modelo) se realizan todos los esfuerzos por alcanzarlo. En esta tarea de comprensión y de acción, la Economía y el Derecho[28] juegan un papel fundamental.

En este modelo la eficiencia es un término clave, pues a través de él se incrementa el bienestar social. La eficiencia en un mercado de competencia perfecta, según Optimo de PARETO, será aquella situación en la que, dado los recursos existentes, los individuos tiene una situación inmejorable[29]; es decir, no es posible que alguien tenga una mejor situación que la existente, salvo está, que sea en desmedro del otro; pero como lo que se está buscando con la eficiencia es obtener el mayor beneficio social[30], se quiere que todos tenga la mejor situación posible, y no que uno o unos cuantos sean más beneficiarios, pues en ese caso, la situación (el mercado) resulta siendo ineficiente. La ineficiencia se produce por las denominadas fallas del mercado; las que de actuar libremente pueden llevar al mercado, por el contrario, a resultados que no serían "óptimos" para el bienestar social.

28 El análisis a través de la relación entre economía y derecho, se conoce hoy en día como "Análisis Económico del Derecho".

29 BULLARD GONZALEZ, Alfredo. "Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales". Lima, 2003, pag. 41.

30 COLOMA, Germán. "Regulación del Poder del Mercado", pag. 1.

Una falla del mercado es simplemente cualquier cosa que impida que un mercado funcione perfectamente[31]. La presencia de fallas en el mercado es quizás la regla general en los mercados reales, y están referidos a la presencia de costos de transacción; a problemas por la información asimétrica (la información de un agente es diferente al de otro agente); a externalidades (acciones positivas o negativas que ocasiona un agente sobre otro, sin que éste reciba alguna compensación por esa acción); monopolios naturales; escasa competencia; etc.

Es en ese contexto que la actividad reguladora el Estado se hace presente a fin de encausar el actuar del mercado corrigiendo las fallas que ésta puede presentar, pues de no ser así dicho mercado resultaría ineficiente y hasta perjudicial al bienestar social. Es en aras de ese bienestar que resulta de interés general resolver los problemas (fallas) en ciertos mercados, y la intervención reguladora de Estado sería –precisamente- la forma.

Empero, el punto central está en la demarcación de esa línea que separa la intervención estatal para corregir fallas del mercado y la que termina sustituyendo finalmente al mercado.

2.2. Relevancia económica y social de la intervención estatal en el funcionamiento de la Economía de Mercado. El Mercado de Trabajo y sus peculiaridades

En una economía que se pretende regir por el mercado, las libertades contractuales y económicas constituyen la base de su desarrollo; por lo que la intervención estatal es un tema sumamente sensible, pero –guste o no- en muchos casos resulta necesaria para la subsistencia del propio sistema.

¿Cómo explicar la relación libertad e intervención? Al respecto HOBBES señala que la libertad puede verse perjudicada si todos la ejercer a la vez para conseguir las mismas cosas, lo que originará que todo termine en pelea y, lejos de aumentar las posibilidades de ejercer esa libertad, éstas disminuyen. Por tanto, si se deja actuar a la libertad sin ningún tipo de regulación no habrá propiedad ni habrá distinción entre lo que le pertenece a uno y lo que le pertenece al otro[32].

La relevancia de la función reguladora del Estado está precisamente, según DE TRAZEGNIES, en la siguiente paradoja: regulación y orden no recorta

31 CRASWELL, Richard. "Libertad de Contratación". En: "El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor a Ronald Coase". Lima, 2002. UPC.

32 DE TRAZEGNIES, Fernando. Prólogo de "Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales". Lima, 2003, pp. 16-17.

la libertad ni la capacidad sino, más bien, la libera de trabas y la posibilita a niveles superiores de la acción humana[33].

La regulación y el orden permiten al hombre organizarse para, precisamente, ser más libre; y esa labor de organización se lleva a cabo a través de una facultad que sólo es inherente al ser humano: la razón. Y la razón es –según HOBBES- una facultad que permite al hombre "calcular" la forma de organizar cómo lograr sus propios objetivos.

Esta "razón calculada" del hombre es precisamente el dato habilitador, desde la propia economía de mercado, para la actuación reguladora del Estado: organizar a la sociedad para el logro de los objetivos. Pero reconocer ello implica, adicionalmente, reconocer la presencia de la "moral" del mercado. Esta moral postula que, si consideramos al mercado como el mejor sistema para maximizar nuestros intereses, tenemos que salvar al mercado de los propios deseos maximizadores[34].

Algunos partícipes de la economía de mercado deben tener presente –acota DE TRAZEGNIES- que si creen que, a través de lo "privado salvaje", que busca simplemente una forma alocada de objetivos individuales, obtendrán beneficios por encima de los otros, se engañan, pues al final terminan creando una pérdida o una situación insatisfactoria para todos[35].

Finalmente, es igualmente importante que se tenga en cuenta que la sociedad no está formada sólo por intereses económicos ni los actores sociales se guían exclusivamente por la racionalidad costo/beneficio. En la toma de decisiones intervienen también otros factores, como son los sentimientos y pasiones que muchas veces ofuscan la razón pura; ello, también forma parte del proceso de decisiones y no puede ser soslayado[36]. A ello habría que agregar factores sociales, que han sido tomados en cuenta por el denominado Estado Social de Derecho, superando así el error en que incurrió el Estado Liberal del siglo XIX, sobre todo al regular la prestación de servicio por cuenta ajena (relación de trabajo); este caso se constituye en la mejor muestra de ello.

- **El Mercado de trabajo y sus particularidades**

Con ya lo indicó Javier Neves, en los inicios de la instalación del Estado

33 DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. cit., pag. 17.
34 DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. cit., pag. 23.
35 DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. cit., pag. 23.
36 DE TRAZEGNIES, Fernando. "El Derecho en perspectiva económica". En: Pensando Insolentemente. Tres perspectivas sobre el Derecho. Lima, 2001, pag. 257.

Liberal, la prestación ajena de servicios (subordinada, y hoy denominada relación de trabajo) estaba regulada por el Derecho Civil, y se proclamaba que todas las personas son formalmente iguales y libres, y que pueden concurrir al mercado a comprar o vender cualquier bien. Como este mercado está regido por una ley natural de la oferta y la demanda, las condiciones de dicha adquisición son fijadas por ésta. Las partes pueden en esta operación, acordar sin restricciones lo que convenga a sus intereses, en virtud de la autonomía privada individual.[37]

Sin embargo, tal como lo anota el Tribunal Constitucional, *"el trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecución: el hombre. (...) el trabajo tiene el doble signo de lo personal y lo necesario. Es persona, porque es inherente a la persona (...) Es necesario, porque (de él) se sirve para sustentar su vida"*[38].

Lo expuesto nos recuerda y reitera que el mercado de trabajo es un mercado cuyo objeto de intercambio es el "trabajo", y por eso mismo presenta particularidades que lo diferencia del resto de mercados de bienes y servicios (trabajo por cuenta propia o independiente).

Al respecto, Juan Chacaltana remarca tal particularidad al indicar que "el mercado de trabajo es, ante todo, un mercado, y por tanto se pueden aplicar técnicas económicas para su análisis. Sin embargo, se distingue de un mercado común (de bienes o servicios) debido a una característica única: se trata de un servicio cuyo propietario debe ser quien lo presta, es decir, no se puede separar al propietario del prestador del servicio. Esto hace que el análisis económico deba ser utilizado con cautela. Por ejemplo, una implicancia de esta característica es que el mecanismo de los precios no 'limpie' todos los incentivos en este mercado y que las condiciones bajo las cuales se presta el servicio (condiciones de trabajo) adquieran notable importancia"[39].

2.3. *Régimen Económico Constitucional. Economía Social de Mercado. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional*

El modelo económico de nuestra Constitución[40], puede resumirse en la

37 Neves Mujica. Op. cite p. 5
38 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 12 de agosto de 2005. Expediente N° 008-2005-PI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28173, Ley Marco del Empleo Público. Fundamento 18.
39 Chacaltana, Juan. "Empleo para los Jóvenes", p.189. Publicación de las Naciones Unidas. 2006
40 Art. 58°.-La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

siguiente frase: *"tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario"*[41].

Los conceptos a desarrollar en este punto sobre la economía social de mercado, se sustentan casi íntegramente en lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, y complementariamente, en la sentencia emitida en el expediente N° 0048-2004-PI/TC del 7 de abril de 2005.

Tres son los conceptos centrales: a) libre mercado, b) bienestar social; y, c) intervención del Estado (rol subsidiario).Veamos qué dice el Tribunal Constitucional respecto de cada uno de ellos:

Respecto al "mercado", éste parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos y se incentiva la competencia creadora[42]. Y el precio juega aquí un papel decisivo para el adecuado desenvolviendo del mercado. Así, el precio es el resultado de las decisiones racionales adoptadas por ofertantes y usuarios. La información contenida en la fijación del precio en un mercado libre incentiva a las empresas a aumentar su eficiencia, a reducir sus costos y a mejorar la calidad de los productos que ofrece, en beneficio de los usuarios y consumidores.[43]

Sin embargo, dado el carácter "social" del modelo económico, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos[44]. Aquí el Tribunal Constitucional es sumamente generoso en precisar qué debemos entenderse por lo "social", al definirlo desde tres dimensiones, pero que sólo reseñaremos dos: a) como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; y, b) como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural", permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos.[45]

41 Sentencia del Tribunal Constitucional emitido en el exp. N° 008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003. Fundamento 16.
42 Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 048-2004-PI/TC del 7 de abril de 2005.Fundamento 12
43 Sentencia del Tribunal Constitucional del exp. N° 008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003. Fundamento 50.
44 Ibidem. Fundamento 16
45 Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 048-2004-PI/TC del 7 de abril de 2005.Fundamento 16

Respecto al tercer componente, "intervención del Estado", hay conceptos que coinciden con lo expuesto en el punto 2.1. del presente trabajo, al referir el Tribunal Constitucional que, las "fallas" del mercado es uno de los supuestos habilitantes de la intervención del Estado; así, señala que, toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos[46]. Es más –precisa el TC–, el mandato constitucional cuyo enunciado dice que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.[47]

III. CONCLUSIONES

1. La razón de ser del Derecho del Trabajo (que proviene desde sus orígenes) es cumplir una función tuitiva de la parte más débil de la relación laboral y canalizar el conflicto inherente a él. Para ello, es necesaria la presencia activa del Estado, limitando la libertad contractual y económica del empleador.
2. Desde la conformación del Estado Social de Derecho, el Derecho del Trabajo ha ocupado un lugar importante en la consolidación de aquél. Así, los derecho laborales fueron constitucionalizados al reconocerse que existe un poder no sólo público (ante quien originariamente se oponía en vía constitucional la defensa de un derecho) sino también privado. Poder que influye decididamente en la vida social y ejerce poderes reales frente a la persona individualmente. Es así como los principales derecho laborales (libertad sindical en primer término) pasan a ser parte de la Constitución, adoptando la condición de derechos fundamentales, para cuya protección cabe ejercer las acciones constitucionales de garantía.
3. Sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de los principales derecho laborales constitucionales, cabe resaltar el extenso y minucioso análisis de los mismos, permitiendo, en algunos casos, llenar de contenido, como lo es con la libertad sindical y con el derecho de huelga.

46) Sentencia del Tribunal Constitucional del exp. N° 008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003. Fundamento 48.
47) Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 048-2004-PI/TC del 7 de abril de 2005.Fundamento 12.

Cabe igualmente resaltar la importante contribución que hace la doctrina laboral nacional para la consolidación de las instituciones laborales.

4. El Tribunal Constitucional concluye que, en una Economía Social de Mercado, la intervención estatal se justifica por la presencia de fallas en el mercado; pero el término que permite articular constitucionalmente al Derecho del Trabajo con la Economía Social de Mercado es, sin lugar a dudas, el término "social". El mercado de trabajo no es precisamente un mercado "perfecto", pues a él no concurren libremente la oferta y la demanda, existe desigualdad jurídica entre las partes y asimetría en la información; por tanto, se justifica plenamente la intervención del Estado en la economía. Sin embargo, en el mercado de trabajo se presenta un instrumento de autorregulación que no se presente en otros mercados: la negociación colectiva, y que constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa, siendo así funcional a una economía de mercado.
5. Consideramos que el Derecho del Trabajo puede ser funcional incluso en una economía de mercado (sin en añadido de lo social). Esto se explica del análisis de un concepto utilizado para el funcionamiento del mercado: la eficiencia. Así, se obtiene eficiencia, en una economía de mercado, si que todos los individuos obtiene una situación "inmejorable", entendiéndolo que es así porque -visto los costos y beneficios- no hay una mejor situación. Esta situación podría cambiar, pero ello significaría que algunos obtengan mayores beneficios en desmedro de otros. Pero lo que se busca con la economía de mercado a través de un actuar eficiente, es obtener el mayor beneficio social. De no darse ello, diremos que el mercado está funcionando de modo ineficiente. Para corregir esas deficiencias, originadas por la fallas del mercado, es que se hace necesaria la intervención del Estado. Y en el caso del mercado de trabajo, es al Derecho del Trabajo (de preferencia a través del convenio colectivo), a quien le corresponde corregir la ineficiencia, no permitiendo que una de las partes de la relación laboral (el empleador) tenga una mejor situación en desmedro de la otra (el trabajador).

BIBLIOGRAFIA

- ARIANO DEHO, Eugenia. "'Precedentes vinculantes' y 'Pirámide normativa': Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 96. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2005.
- CARPIO MARCOS, Edgar. "Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial". En: Actualidad Jurídica. Tomo N° 148. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, marzo de 2006.
- DIEZ CANSECO, Luis; y PASQUEL, Enrique. "Stare Decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial". En: Revista de Economía y Derecho. Otoño 2004. Sociedad de Economía y Derecho, UPC. Lima, 2004.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La guerra de los tribunales en España". En: Contribuciones. N° 3. Buenos Aires, 2002. Pág.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. "Efectos y alcances (¿normativos?) de las sentencias del Tribunal Constitucional". En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 84. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2005.

TEMA II

UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL LABORAL Y CONSTITUCIONAL

Ponencias Oficiales

Víctor Ferro Delgado
Ricardo Herrera Vásquez

Ponencias Libres

Luis Eduardo Arellano Mori
Oxal Víctor Ávalos Jara
Milko Briones Quispe
Carlos Cornejo Vargas
Carlos Calderón Fernández-Prada
Javier Ricardo Dolorier Torres
Frank Espinoza Laureano
Orlando González Nieves
Pedro G. Morales Corrales
Sandro Alberto Núñez Paz
Mónica Pizarro Diaz
César Puntriano Rosas

UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL LABORAL Y CONSTITUCIONAL

*Víctor Ferro D.**

Sumario

Introducción. I. Efectos del despido incausado. 1.1 Consideraciones preliminares. 1.2 El raciocinio lógico jurídico aplicable al caso. 1.3 Las inconsistencias del actual régimen de despidos. 1.3.1 Los ceses colectivos de un número menor al 10% del personal. 1.3.2 El cese de personal que labora menos de cuatro horas diarias. 1.3.3 El cese de personal que ocupa cargos de dirección y de confianza. 1.4 Conclusiones. II. Remuneraciones devengadas o indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la reposición lograda vía proceso de amparo. 2.1 Consideraciones preliminares. 2.2 La remuneración como contraprestación por el trabajo efectivamente prestado. 2.3 Pago de remuneraciones devengadas en los casos de nulidad de despido. 2.4 La no procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio vinculante del TC. 2.5 La procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema. 2.6 Precisiones a los argumentos expuestos por la Corte Suprema. 2.7 Conclusiones. III. Homologación de remuneraciones. 3.1 Consideraciones Preliminares. 3.2 El contenido del derecho a la

* Profesor Principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Fundador del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

igualdad y la homologación de remuneraciones. 3.3 Las diferencias válidas y el acto discriminatorio conforme al criterio del TC. 3.4 La discriminación salarial por la mera diferencia de remuneraciones entre dos trabajadores que ocupan un mismo cargo conforme al criterio de la justicia laboral ordinaria. 3.5 Conclusiones. IV. El límite de las ocho horas y las jornadas acumulativas o atípicas. 4.1 Consideraciones preliminares. 4.2 Las consideraciones del TC contenidas en su sentencia descalificadora de las jornadas mayores a ocho horas. 4.3 La compatibilidad de las jornadas atípicas que superan las ocho horas diarias con el texto constitucional y el Convenio N° 1 de la OIT. 4.4 La rectificación del criterio del TC mediante su resolución aclaratoria. 4.5 Conclusiones. V. Reflexiones finales. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La unificación de la jurisprudencia laboral y constitucional implica abordar una reflexión sobre el rol que el ordenamiento legal confiere a los respectivos entes jurisdiccionales.

Desde una aproximación que surge del texto expreso de la carta política, al Tribunal Constitucional se le otorga la calidad de órgano de control de la Constitución con competencia para conocer en instancia única las acciones de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus y amparo, habeas data y acción de cumplimiento; y, los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. A su vez, en cuanto institución autónoma, goza de iniciativa legislativa en las materias que le son propias[1]. Por último, en concordancia con su función de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, se ha conferido carácter vinculante a sus fallos que adquieren la calidad de cosa juzgada, siempre que así lo exprese la respectiva sentencia. En tal virtud los jueces y tribunales deben aplicar la ley y los respectivos reglamentos de conformidad con los preceptos constitucionales, tal como han sido interpretados por el Tribunal Constitucional[2].

1 Arts. 201°, 202° y 107° de la Constitución Política del Perú.
2 Art. 1° y Primera Disposición Final de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y, Art. VII del Código Procesal Constitucional.

Por su parte, la Constitución confiere al Poder Judicial la facultad de administrar justicia con arreglo al principio de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional, atributo éste que garantiza tanto el impedimento de interferencia en el ejercicio de sus funciones, como la prerrogativa del magistrado a encontrarse sujeto únicamente a la Constitución y la ley[3]. Así su independencia en el plano jurisdiccional resulta inherente a su función, sin perjuicio de observar el denominado control difuso, conforme al cual cuando el magistrado detecte incompatibilidad entre un precepto constitucional y una norma de inferior jerarquía deberá preferir el primero.

Las funciones que el ordenamiento constitucional y legal reconoce al Tribunal Constitucional como institución autónoma e intérprete supremo de la Constitución, y al Poder Judicial como poder jurisdiccional del Estado, han dado lugar a desencuentros y criterios no siempre pacíficos en los pronunciamientos de ambas entidades. De una parte, el Tribunal ha promovido normas que consagran el carácter vinculante de sus fallos y ha precisado que su inobservancia acarrea responsabilidad para el magistrado. Por otra, la Corte Suprema ha destacado que en diversas materias los criterios del Tribunal han sido variables por lo que no puede sujetarse a una línea jurisprudencial allí donde precisamente no hay un norte claro a seguir[4].

El tema pasa a ser aún más controversial cuando se exacerba el elemento político de la jurisdicción constitucional y bajo el noble propósito de afirmar los valores recogidos por la Constitución se introducen en las sentencias conceptos más ideológicos que jurídicos. Sobre este concepto, García Toma apunta que corresponde a la jurisdicción constitucional afianzar los valores y principios contenidos en la Constitución, lo que implica una función política al encausarse la forma y modo de actuación de los poderes públicos y la conciencia ciudadana[5]. Repárese que en efecto, la Constitución recoge valores y principios, y por ende la justicia constitucional está obligada a salvaguardarlos velando por su efectiva preeminencia en todo ámbito de actuación del Estado. El problema surge, sin embargo, cuando el matiz ideológico propio de tales valores termina por rebasar la interpretación constitucional. Como señala Huerta Guerrero, si bien la

3 Art.138°, num.1 y 2 de Art.139° y num. 1 de Art. 146° de la Constitución Política del Perú.
4 Es sintomático de esta postura de la Corte Suprema las resoluciones emitidas en materia de remuneraciones devengadas, conforme se analizará más adelante.
5 GARCÍA TOMA, Víctor, en El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas-Interpretativas (Normativas). Conferencia dictada en Lima el 22/07/2005 en el 14° Desayuno de Trabajo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

interpretación constitucional lleva consigo un matiz ideológico, éste no puede ser considerado fundamento de la interpretación constitucional[6]. A este riesgo se enfrentan las denominadas sentencias manipulativas -sentencias normativas que modifican el contenido de una norma para hacerla compatible con la Constitución- en los casos en que el pronunciamiento jurisprudencial acentúa el matiz ideológico planteando aquello que no surge nítidamente del texto constitucional. Es en estos supuestos en que la ideología que da sustento a la Constitución y la que corresponde al propio magistrado constitucional puede confundirse en una frontera demarcada por una tenue línea gris que termina por resquebrajar la arquitectura constitucional y el ámbito de actuación de los poderes del Estado.

De ahí que Díaz Revorio cuestione que por esta vía se invadan competencias para convertir al magistrado constitucional en legislador positivo.[7] Como es obvio, la interpretación constitucional no puede sustituir la opción del poder constituyente, ni afectar la actuación de otro poder constitucional, como corresponde al Poder Legislativo en lo que atañe a su atribución de promulgar normas imperativas. No puede perderse de vista que la legitimidad de legislar está conferida a este último poder del Estado por cuanto surge de la voluntad democrática de los electores ejercida a través del voto, el cual consagra mayorías y minorías parlamentarias que finalmente reflejan el mapa político e ideológico de la colectividad. Por ello, las sentencias manipulativas navegan en las aguas procelosas de la salvaguarda de los valores recogidos en la Constitución y el resquebrajamiento del orden constitucional que manifiestan querer preservar cuando en el sustento de la sentencia prevalece el factor ideológico antes que el jurídico.

Es a este tipo de tergiversación al que alude el Tribunal Constitucional español cuando señala que "en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos"[8].

Sin perjuicio de lo expuesto, la exigencia de seguridad jurídica determina que la justicia debe ser previsible, esto es, ajena a los vaivenes de las preferencias de

6 HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, en Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1977. p. 39.
7 DIAZ REVORIO, Javier. La Interpretación Constitucional de la Ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra Editores S.R.L. Lima 2003. p. 396.
8 Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 11/1981 de fecha 08/04/1981.

quienes circunstancialmente tienen la facultad de administrar justicia. Por ello, resultará imperativo que el justiciable, sea un ciudadano común o un inversionista, sepa a qué atenerse cuando deba someterse a un proceso jurisdiccional. De ahí que a los operadores de la ley nos asista el derecho de aspirar a consistencia y congruencia en los fallos judiciales, y en particular, respecto de aquellos que acarrean significativas consecuencias en el ordenamiento jurídico.

Con base a estos lineamientos nos proponemos tratar algunas materias que han sido desarrolladas de modo diverso por la justicia constitucional a través de su órgano supremo, el Tribunal Constitucional, y por la justicia laboral ordinaria, a saber: efectos del despido incausado; remuneraciones devengadas o indemnización por daños y perjuicios como resultado de una reposición ordenada en un proceso de amparo; homologación de remuneraciones; y, el límite de las ocho horas y las jornadas acumulativas o atípicas.

I. EFECTOS DEL DESPIDO INCAUSADO

1.1 Consideraciones preliminares

Mediante sentencia de 11 de julio de 2002 el Tribunal Constitucional (TC) calificó de inconstitucionales los despidos incausados previstos en el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)[9], generando con ello polémica y controversia que subsiste hasta el presente, a pesar de la decantación que el TC ha efectuado de sus propios criterios. A ello se agrega la promulgación del Código Procesal Constitucional, que ha consagrado el carácter residual de los procesos constitucionales de amparo, determinando así su improcedencia cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Por otra parte, el TC ha puesto coto a la amparización de los procesos laborales de despido –la proliferación y desviación masiva de procesos típicamente laborales hacia la justicia constitucional- mediante su pronunciamiento de carácter vinculante de fecha 22 de diciembre de 2005[10], por el cual ha limitado su competencia en esta materia a supuestos de despido

9 Texto Único Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.
10 Expediente N° 0206-2005-PA/TC, seguido por César Antonio Baylón Flores contra la Empresa Prestadora de Servicios Emapa Huacho S.A.

incausado, nulo y fraudulento, reencausando a la justicia laboral ordinaria todos los demás casos en que se discuta la comisión de falta grave o la pérdida de confianza. Así, y por esta vía, ha quedado definido, hasta cierto punto, cuál es el régimen de estabilidad laboral aplicable en el Perú. Por cierto, ello no significa haber cubierto todas las aristas que el régimen en cuestión ha planteado, como corresponde a los ceses colectivos y la actual incertidumbre existente cuando la medida afecte a menos del 10% del personal, o los casos de despidos de personal que cumple jornadas menores a cuatro horas diarias o los despidos del personal de dirección y confianza.

Cabe tener en cuenta la proximidad de fechas que existe entre la publicación de la sentencia del TC que se pronunció por la incompatibilidad entre la Constitución y el efecto resarcitorio previsto por la LCPL para el despido incausado, y la difusión del Anteproyecto de Ley General de Trabajo[11].

El referido anteproyecto recogió el principio de causalidad para la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, limitando su procedencia a la existencia de causa justificada vinculada a la conducta o a la capacidad del trabajador. Con ello, desterró el despido incausado –aquél basado en la facultad ad nutum del empleador- al mismo tiempo que limitó la reposición del trabajador a los supuestos de despidos discriminatorios, manteniendo así el esquema de la LPCL, pero ampliando la calificación de despido nulo a todos aquellos supuestos que agravien derechos fundamentales.

Es en ese contexto que con fecha 11 de setiembre de 2002 se publica en el diario oficial la sentencia del TC, por la que se pronuncia por la incompatibilidad del despido incausado previsto en el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL con el derecho al trabajo consagrado en la Constitución[12]. Posteriormente, mediante sentencia de fecha 13 de enero de 2003 (Llanos Huasco con Telefónica del Perú) el TC consolida su criterio, quedando así determinado que ante el despido incausado el trabajador puede optar por la vía restitutoria, vale decir, aquella que le permite su reposición en el empleo.

Por su parte, la justicia laboral ordinaria, y los propios pronunciamientos del TC hasta ese momento, habían aceptado, pacíficamente, la compatibilidad entre

11 El anteproyecto fue entregado el 15/07/2002 a la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Su redacción estuvo a cargo de un comité plural compuesto por los doctores Carlos Blancas, Javier Neves, Mario Pasco, Alfredo Villavicencio y Víctor Ferro, bajo la coordinación del Dr. Adolfo Ciudad, asesor en ese entonces de la referida Comisión, gestora del encargo conferido.

12 Exp. N° 1124-2001-AA/TC, seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y otro con Telefónica del Perú S.A.A.

el texto constitucional y la regulación del despido incausado en la LPCL[13].

Cabe destacar que coincidimos con el TC en que el principio de causalidad resulta fundamental en la regulación del despido por iniciativa del empleador, tal como fuera el temperamento del Comité encargado de elaborar el Anteproyecto de Ley General de Trabajo que nos cupo el honor de integrar. Disentimos, empero, con el TC en que la sentencia manipulativa o normativa emitida, haya tenido sustento en una pretendida incompatibilidad entre el mero efecto resarcitorio previsto en la LPCL para el despido incausado y el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario consagrado en la Constitución. Al mismo tiempo, nos inclinamos por considerar que dicha sentencia resulta invasora de las facultades que el ordenamiento constitucional reconoce al legislador y no así a la justicia constitucional.

1.2 El raciocinio lógico jurídico aplicable al caso

(i) La Constitución establece que "la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario", vale decir que contempla una reserva legal para definir a través del ordenamiento infraconstitucional el desarrollo de lo que corresponde al marco protector satisfactorio al derecho (derecho constitucional de configuración legal). A su vez, la misma Constitución prevé que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.[14] Análoga disposición está contenida en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[15].

13 A modo de ejemplo, sentencia de fecha 6 de mayo de 1998 recaída en el Exp. 1052-97-AA-TC, seguido por Teófilo Bendezú Tuncar contra la Universidad San Martín de Porres, en la que el TC, en Sesión de Pleno Jurisprudencial, señaló que "el entonces vigente Decreto Supremo N° 05-95-TR es muy claro cuando dice, que en caso de despido arbitrario por no haber expresado causa, el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización como única reparación del año sufrido. Sólo en caso de despido nulo procede la reposición". Por su parte, en la casación N° 800-2, publicada en el diario oficial el 2-11-04, en los seguidos por Carolina Gayoso Benavides contra el Poder Judicial, la Corte Suprema, refiriéndose al despido incausado señaló lo siguiente: "Que, este distingo conceptual resulta de trascendental importancia al evaluar lo actuado y decidido al interior del proceso, puesto que así como en el caso del despido arbitrario basta que el empleador no exprese o demuestre causa justificatoria del despido para otorgar a favor de éste la respectiva indemnización...".

14 Art. 27° y Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú.

15 "El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados por el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

(ii) El artículo 34° de la LPCL establece que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, supuestos, ambos, ante los cuales prevé el pago de una indemnización. Vale decir, que reconociendo la ilicitud de la medida, la repara mediante una compensación económica.

(iii) El artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Perú, consagra "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y las profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra protección prevista por la legislación nacional".

(iv) El artículo 10° del Convenio 158 de la OIT, sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, (no ratificado por el Perú) prevé que "si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio (las autoridades competentes) llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada, y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

(iv) El común denominador de ambos instrumentos internacionales (sin perjuicio de su distinta eficacia en razón de que el primero sí integra el ordenamiento jurídico nacional) es que reconocen a la indemnización como una forma válida de resarcir al trabajador ante un despido ilícito.

(v) En consecuencia, en congruencia con los instrumentos internacionales acotados, la LPCL ha establecido que ante el despido arbitrario -definido como aquel que carece de causa o que contando con ésta no ha logrado ser demostrada- procede el pago de una indemnización.

(vi) El TC (sentencia Llanos Huasco, fundamento12 inciso a.2) considera que el régimen resarcitorio es compatible con la Constitución si dicha opción es elegida por el trabajador, sea a través del cobro de la indemnización correspondiente, o porque promueve ante la justicia laboral ordinaria una acción destinada a que se califique su despido como injustificado y se ordene el pago de la referida indemnización. Sin embargo, estima que si el supuesto corresponde a un despido incausado el ordenamiento jurídico debe reconocer al trabajador una

opción restitutoria, es decir, su reposición en el empleo.

(vii) Empero, no encontramos base jurídica para tal conclusión. Ni la Constitución, ni el instrumento internacional antes citado, conforme al cual debe interpretarse el derecho a la protección contra el despido arbitrario consagrado en la carta fundamental, prevén dicho esquema. Más aún, si se lleva el raciocinio del TC hasta sus últimas consecuencias, tendría que considerarse que tanto el despido incausado como el injustificado dan lugar en la LPCL al mismo efecto resarcitorio, en razón de la ilicitud de ambos tipos de despido, por lo que no resulta consistente que sólo respecto de un tipo de despido –el incausado- se haya determinado la necesidad de reconocer la readmisión y no así respecto del despido injustificado, cuando la causa no ha podido ser demostrada en juicio. Téngase presente que en este último supuesto, el TC estima que la indemnización permite la adecuada protección contra el despido, aún cuando la voluntad del trabajador sea la de retornar a su puesto de trabajo. De ahí que no resulte congruente el distinto efecto –reposición o indemnización- que el TC reconoce ante despidos igualmente ilícitos. Por cierto, no postulamos que el TC amplíe los supuestos de readmisión en el empleo –situación del todo infrecuente en el derecho comparado y que nos retornaría a los perniciosos efectos de la estabilidad laboral absoluta- sino que simplemente hacemos notar la inconsistencia del razonamiento del TC al medir con distinto rasero despidos que en esencia, en cuanto ilícitos, son análogos.

(viii) Ello permite afirmar que tanto para el despido incausado como para el injustificado el efecto resarcitorio resulta un mecanismo acorde con el marco constitucional para reparar patrimonialmente la ilicitud de la medida.

(ix) De ahí que concluyamos que nos encontramos ante una sentencia manipulativa o normativa indebida en cuanto modifica una norma legal no obstante no mediar afectación al derecho consagrado en el texto constitucional.

1.3 Las inconsistencias del actual régimen de despidos

1.3.1 Los ceses colectivos de un número menor al 10% del personal

No pueden obviarse las aristas que hasta la fecha persisten como resultado de la sentencia del TC, en lo que corresponde a un manejo integral, sistemático y coherente del régimen de estabilidad laboral aplicable en el Perú.

En efecto, se ha generado incertidumbre en lo que corresponde a la ejecución

de ceses colectivos[16]. Sobre esta materia, en la LPCL se establece como requisito de admisibilidad para los procedimientos administrativos de terminación de la relación de trabajo por causas objetivas basadas en motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, que la medida comprenda a un número no menor al 10% del total de los trabajadores de la empresa[17]. Tramitado el procedimiento y acreditada la procedencia de la solicitud del empleador, la Autoridad de Trabajo se pronuncia autorizando la extinción de los contratos de trabajo. A su vez, en cuanto causa justa de terminación, ésta no da lugar al pago de alguna reparación patrimonial al personal cesado. Así, en la lógica de la LPCL, cuando la medida afecta a un número menor al 10% de trabajadores, el empleador procedía a despedir incausadamente al respectivo personal, pero reconociendo la indemnización correspondiente. Sin embargo, como quiera que esta última opción ha quedado descalificada luego de la sentencia del TC –que tacha de inconstitucionales los despidos incausados- se ha producido un nudo gordiano sobre la forma de llevar a la práctica este tipo de ceses colectivos.

En busca de una alternativa, estimamos que el empleador podría optar por ejecutar los ceses con base a una detallada sustentación de su base objetiva, luego de lo cual pondría a disposición del personal la respectiva indemnización. Cabe acotar que éste no correspondería a un caso que sería de conocimiento de la justicia laboral ordinaria –ante la cual se acciona reclamando una indemnización- ya que ésta ha sido puesta a disposición del personal afectado al momento de materializarse la extinción de los contratos de trabajo y simplemente no ha sido hecha efectiva. De esta forma, la acción judicial estaría mas bien orientada a recurrir a la justicia constitucional cuestionando el despido como fraudulento.

No obstante, como quiera que se requiere la actuación de pruebas para demostrar la validez de las causas objetivas que han sustentado el cese colectivo, la vía del procedimiento de amparo no resultaría ser la adecuada para este efecto[18], con lo que quedaría descartado el efecto restitutorio (la reposición) a que aluden las sentencias del TC.

En consecuencia, el cese colectivo en referencia resultaría ejecutado en los términos expuestos pero, previsiblemente, al costo de una dilatada e infructuosa acción de amparo motivada por la actual incertidumbre respecto de este tipo de ceses.

16 ZAVALA COSTA, Jaime. El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo. En: Los Principio del Derechos del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004. p. 255.

17 Artículo 48° de la LPCL.

18 Fundamento 19 de la Sentencia emitida en el expediente N° 0206-2005-PA/TC.

Ciertamente, no descartamos un escenario de resultados diametralmente opuestos: sometido un caso como el expuesto al conocimiento de la justicia constitucional, ésta podría calificar el cese colectivo como fraudulento por no ajustarse a lo previsto en la LPCL, que prevé el control de la Autoridad Administrativa de Trabajo respecto de la causa invocada por el empleador para ejecutar tales despidos. Empero, creemos que carecería de lógica semejante conclusión, habida cuenta que no puede pretenderse que la Autoridad Administrativa de Trabajo conozca de ceses colectivos que no cumplen con el requisito porcentual exigido, y de ahí que nos inclinamos por considerar como más probable al primer resultado esbozado. Sin embargo, no puede dejar de evidenciarse el tortuoso derrotero que el esquema trazado implica y que ello es un efecto más de la sentencia del TC al haber afectado la coherencia interna del régimen de despidos previsto en la LPCL.

1.3.2 El cese de personal que labora menos de cuatro horas diarias

Análoga situación de incertidumbre ocurre con el despido de personal que labora cumpliendo una jornada menor a cuatro horas diarias, al que la LPCL no reconoce efectos resarcitorios como resultado de la terminación unilateral de su contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Igualmente en este caso, ya no cabría la posibilidad de ejecutar un cese incausado conforme al criterio del TC. No obstante, sustentar el despido en las causas previstas en la ley, conllevaría a la eventual necesidad de tener que demostrarlas ante la justicia. Sin embargo, un pronunciamiento favorable al demandante no determinaría el pago de alguna indemnización a ser ordenada por la justicia laboral ordinaria, en cuanto dicho resarcimiento no está previsto en la legislación. Ello terminaría estimulando acciones ante la justicia constitucional con base a argumentaciones basadas en presuntos despidos fraudulentos, lo que determina que se habrá abierto la posibilidad de que se ordene reposiciones respecto de trabajadores a los que la LPCL no ha reconocido derechos restitutorios y ni siquiera resarcitorios. Con ello, se habrá introducido un nuevo elemento de rigidez en la contratación laboral en el país, contrario a lo que correspondió al objetivo de la ley.

1.3.3 El cese de personal que ocupa cargos de dirección y de confianza

Por último, debemos referirnos a la situación del personal de confianza y dirección. En un conjunto de sentencias el TC viene sosteniendo que en caso de

separación del personal de confianza, no corresponde la reposición. Ha señalado que "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, con sus intereses, con la realización de sus fines, y con su dirección, administración, entre otras actividades"[19]. En consecuencia, concluye que la pérdida de confianza es motivo suficiente para ejecutar la separación de personal de confianza.

La necesidad de sustentar los motivos del despido ha sido descartada. Ese fue el criterio contenido en otro pronunciamiento por el cual el demandante alegó que fue despedido de su cargo de Gerente de Operaciones sin expresión de causa, negándosele el derecho de defensa dentro de un procedimiento regular. El TC fue del criterio que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición y dejó a salvo el derecho del demandante a accionar en la vía correspondiente[20].

En otro pronunciamiento, relativo al despido de una secretaria, el TC convino que resulta válida la estipulación prevista en el contrato de trabajo que estableció como condición resolutoria del mismo el retiro de la confianza[21].

A su vez, ha estimado que aún en el supuesto que no se haya acreditado fehacientemente la calificación del cargo del trabajador como uno de confianza, no corresponde que ello sea dilucidado en vía de amparo, desestimando así la reposición. La sentencia se basó en que como quiera que el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo 728, estipula que la calificación en los puestos de confianza es una formalidad cuya inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta resulta acreditada, concluye que el procedimiento de amparo no es el idóneo para determinar si el trabajador fue o no calificado como personal de confianza, por lo que procede a declarar infundada la demanda[22].

Si bien ninguna de las sentencias referidas a cese por pérdida de confianza ha hecho específica mención al carácter vinculante del pronunciamiento, debe

19 Sentencia publicada el 25 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 2358-2005-PA/TC seguido por Segundo Juan Argomedo Muñoz contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. donde el demandante se desempeñaba como Gerente Técnico.

20 Sentencia publicada el 30 de setiembre de 2005, recaída en el expediente N° 4492-2004-AA/TC seguido por Aníbal Leonardo Salmón Varea contra la Corporación Peruana de Aeropuertos de Aviación S.A. (CORPAC S.A.).

21 Sentencia publicada el 19 de mayo de 2005, recaída en el expediente N° 4472-2004-AA/TC seguido por Rosa María Indacochea Villavicencio contra el Congreso de la República.

22 Sentencia publicada el 19 de abril de 2004, recaída en el expediente N° 146-2003-AA/TC seguido por Nelly Catia García Villa contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

tenerse presente que ya existe una línea jurisprudencial sistemática del TC en esta materia, como surge de la constatación de un conjunto de fallos - adicionales a los comentados- expedidos en el mismo sentido[23]. Más aún los pronunciamientos recaídos en los expedientes N° 1485-2005-PA/TC y N° 7486-2005-PA/TC, han determinado que resulta aplicable al caso el criterio vinculante que fuera materia del expediente N° 0206-2005-PA/TC, por el cual se precisaron los supuestos de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, y en tal sentido, ha dispuesto la reconducción de los procesos hacia la justicia laboral ordinaria, declarando así improcedente las demandas.

Ahora bien, recordemos que, conforme al artículo 43° de la LPCL, "personal de dirección es aquél que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control, o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales".

Con base a la norma glosada, ostentan la condición de personal de confianza no sólo ejecutivos de alto nivel o aquellos que inciden en la adopción de medidas trascendentales en la conducción de la empresa, sino también una secretaria o un chofer, en la medida que accedan a información confidencial por su contacto con el personal directivo de la empresa.

Así, conforme al criterio del TC, para este tipo de personal la exigencia de causalidad -caro requisito en sus pronunciamientos- se limita a una mera invocación a la pérdida de confianza. Si bien es claro que este personal no puede gozar del mismo nivel de protección contra el despido que corresponde al trabajador ordinario, su separación sin sustentación de causalidad no guardaría consistencia con la descalificación que el TC ha efectuado respecto del despido ad nutum ("la extinción

23 Sentencia recaída en el expediente N° 4040-2004-AA/TC seguido por Sonia Consuelo Muñante Vargas contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A; Sentencia publicada el 11 de febrero de 2006, recaída en el expediente N° 0543-2005-PA/TC seguido por Benito Sabino Condori Manchaca contra la Municipalidad Provincial de Moho; Sentencia recaída en el expediente N° 1485-2005-PA/TC seguido por Jorge Mariano Bazán Blas contra la Empresa Sedachimbote S.A.; Sentencia recaída en el expediente N° 7486-2005-PA/TC seguido por Wilser Auber Delgado Vásquez contra la Empresa de Servicios Postales del Perú S.A.

unilateral del contrato de trabajo se basa única y exclusivamente en la voluntad del empleador y por consiguiente carece de efecto legal")[24].

Ciertamente, no propugnamos que el cese del personal de dirección y confianza deba estar sustentado en falta grave. Es claro que nos encontramos ante personal respecto del cual el principio protector propio del Derecho del Trabajo no opera con la misma intensidad. Evidenciamos, simplemente, que para este personal, al igual que para el resto de trabajadores, la LPCL admite el despido incausado sancionando la ilicitud de la medida con el pago de la indemnización correspondiente al despido arbitrario, siendo por ello que la LPCL no contempla una forma particular de cesar al personal directivo o de confianza. De ahí que la descalificación como inconstitucionales de los despidos incausados, en la tesis del TC, resiente la lógica de sus propias sentencias, al admitir este tipo de despidos respecto del personal de dirección y confianza, en particular, si se tiene en cuenta que la pérdida de confianza no corresponde a una causal prevista en la ley.

Lo expuesto, pues, nos permite reafirmar los efectos, no previstos, que puede tener una indebida sentencia manipulativa normativa, que sustituye al legislador y crea un sin número de consecuencias que terminan por afectar la previsibilidad de la actuación jurisdiccional.

1.4 Conclusiones

1.4.1 El principio de causalidad resulta fundamental en la regulación de la extinción del contrato de trabajo por la iniciativa del empleador. Sin embargo, ello es materia de la configuración que adopte la norma infraconstitucional;

1.4.2 La fórmula adoptada por el artículo 27° de la Constitución, que consagra la adecuada protección contra el despido arbitrario, es una de carácter abierto que permite al legislador establecer los supuestos en los cuales corresponderá que el despido ilícito sea reparado mediante una indemnización o declarado ineficaz mediante una reposición;

1.4.3 La LPCL prevé el pago de una indemnización tanto para el despido incausado como para el injustificado;

1.4.4 Ni el artículo 27° de la Constitución ni el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme al cual debe interpretarse el

24 Fundamento 15 de la Sentencia del 13/03/2003 (Llanos Huasco con Telefónica).

precepto constitucional, establecen que en algún supuesto de despido sólo corresponde que la ilicitud de la medida sea reparada mediante la reposición.

1.4.5 Carece de consistencia el razonamiento del TC en el sentido que el despido incausado determine la readmisión y no así el despido injustificado cuando la causa no ha sido demostrada en juicio. Ello confirma que, en uno y otro caso, la indemnización resulta un mecanismo acorde con la Constitución y válido para reparar ambos supuestos de despido ilícito.

II. REMUNERACIONES DEVENGADAS O INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA REPOSICIÓN LOGRADA VÍA PROCESO DE AMPARO

2.1 Consideraciones preliminares

Como ya se ha señalado, el TC ha establecido que la protección adecuada contra el despido arbitrario que consagra el artículo 27° de la Constitución no sólo debe limitarse a una eficacia resarcitoria mediante el pago de una indemnización tasada, sino que, en la medida que el despido resulte lesivo de derechos fundamentales, debe darse la opción al trabajador para que pueda elegir, excluyentemente, porque la protección adecuada contra su despido tenga eficacia restitutoria.

Ahora bien, en caso el trabajador obtenga su reposición en el empleo, vía el proceso de amparo, se genera la discusión sobre la procedencia del pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de la efectiva reposición en el empleo. Así, como quiera que el objeto del proceso de amparo consiste en reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, surge la tesis que reponer las cosas al estado anterior implica no sólo la reposición, sino también el pago de las remuneraciones devengadas en atención a que el trabajador las hubiera percibido de no haber sido despedido arbitrariamente.

No obstante, para determinar la validez jurídica de dicha tesis, es necesario atender al contenido esencial del concepto remuneración y los supuestos en las que corresponde su abono.

2.2 La remuneración como contraprestación por el trabajo efectivamente prestado

El contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso en virtud del cual una persona denominada trabajador se obliga a ejecutar personalmente una obra o a prestar un servicio a favor de otra, denominada empleador, bajo la dependencia de éste, a cambio del pago de una retribución denominada remuneración.

De acuerdo a ello, la remuneración, entendida como la retribución que el trabajador percibe por sus servicios, es uno de los elementos consustanciales del contrato de trabajo. Al respecto, Alonso Olea señala que un trabajo productivo y por cuenta ajena es necesariamente retribuido, siendo la remuneración la compensación que necesariamente ha de dar el cesionario por los frutos que se le ceden[25].

Asimismo, López destaca que la prestación del trabajo subordinado y la remuneración están referidas, una a otra, como prestaciones recíprocas, y por ello se califica a la relación de trabajo como sinalagmática o de cambio, puesto que su tipicidad consiste, precisamente, en el intercambio de trabajo subordinado por una retribución o salario; y cada una de estas prestaciones funciona, por tanto, como contraprestación respecto de la otra[26].

En nuestra legislación, el artículo 6° de la LPCL establece que "constituye remuneración el íntegro de lo que el trabajador percibe por sus servicios", norma que concordada con el artículo 5° del mismo dispositivo[27] resulta consistente en atribuir a la remuneración el carácter de contraprestación por los servicios prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural.

Con base a lo expuesto, se puede concluir que la remuneración es el pago por el servicio personal y directo realizado por el trabajador a favor del empleador y por ende, ésta solamente se genera en tanto exista una prestación cierta, real o efectiva de los servicios; y no cuando tal prestación sea ficta, imaginaria, querida o deseada pero no cumplida. Es decir, el carácter sinalagmático de la remuneración se expresa en la regla: "hay remuneración si hay prestación efectiva de servicios".

Sin embargo, la regla admite excepciones, en tanto medie acuerdo de partes o surja del mandato de norma imperativa que las establezca. Ello sucede por

25 ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo. 11 Edición Universidad de Madrid. Madrid, 1989. p. 34.

26 LOPEZ, Justo. El Salario. En "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social". Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997. p. 446.

27 El artículo 5° de la LPCL señala: "Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural".

ejemplo en el caso de enfermedad[28], permiso por lactancia[29], descanso vacacional[30], descanso semanal[31], descanso en días feriados[32], licencia sindical[33] y para el caso de reposición por efecto de un despido declarado nulo[34].

Dichas excepciones no pueden ser aplicadas por analogía a otros supuestos conforme a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, ("La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía."). Por tanto, si no ha habido prestación efectiva de servicios, y la razón de ello no se encuentra expresamente prevista en la ley como una excepción a la regla, entonces no se genera el derecho ni la obligación al pago de remuneraciones.

2.3 Pago de remuneraciones devengadas en los casos de nulidad de despido

Dentro del grupo de excepciones a la regla en referencia ("hay remuneración si hay prestación efectiva de servicios"), se encuentran lo dispuesto por el artículo 40° de la LPCL, que regula los efectos de la nulidad de despido: "Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con

28 El artículo 12° literal a.3) de la Ley N° 26790 establece: "El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador o cooperativa continúa obligado al pago de la remuneración o retribución. Para tal efecto, se acumulan los días de incapacidad remunerados durante cada año. El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos."

29 El artículo único de la Ley 27403 establece lo siguiente: "Precísase que la hora diaria de permiso por lactancia materna, a que se refiere el numeral 1.1 del Artículo 1° de la Ley N° 27240, se considera como efectivamente laborada para todo efecto legal, incluyéndose el goce de la remuneración correspondiente".

30 Los artículos 10° y 15° del Decreto Legislativo N° 713 establecen, respectivamente, que "El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios" y que "La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de continuar laborando ...".

31 El artículo 4° del Decreto Legislativo N° 713 establece que "La remuneración por el día de descanso semanal obligatorio será equivalente al de una jornada ordinaria y se abonará en forma directamente proporcional al número de días efectivamente trabajados".

32 El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 713 señala: "Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado en los días feriados señalados en esta Ley, así como en los que se determinen por dispositivo legal específico".

33 El artículo 32° de la LRCT señala que "A falta de convención, el empleador sólo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento señale, hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente; el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no será aplicable cuando en el centro de trabajo exista costumbre o convenio colectivo más favorable. El tiempo que dentro de la jornada ordinaria de trabajo abarquen los permisos y licencias remuneradas, destinados a facilitar las actividades sindicales se entenderán trabajados para todos los efectos legales hasta el límite establecido en la convención colectiva".

34 El artículo 40° del TUO de la LPCL señala que "Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes".

deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses."

A diferencia de los efectos del despido arbitrario, el único supuesto de extinción del contrato de trabajo por iniciativa del empleador que legalmente genera el derecho al pago de las remuneraciones dejadas de percibir es el despido nulo, el cual se produce cuando el empleador incurre en alguna de las causales previstas taxativamente en el artículo 29° de la LPCL[35]; y en el artículo 6° de la Ley 26626 relativo a la discriminación por ser portador de VIH/SIDA.

De ello surge que la invalidación de un despido vía un proceso de amparo no corresponde a alguno de los supuestos calificados como despido nulo por la ley; y, por tanto, la consecuencia prevista en el artículo 40° de la LPCL, que reconoce el pago de remuneraciones devengadas únicamente en el caso de haberse ordenado la reposición derivada de una demanda de nulidad de despido, no podría aplicarse al caso de las reposiciones derivadas de una demanda de acción de amparo.

Tampoco se podría sostener válidamente una aplicación analógica del artículo 40° de la LPCL pues, como hemos señalado, aquel constituye una excepción al sinalagma; y, de acuerdo al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ley que establece excepciones no se puede aplicar por analogía.

Siendo así, se puede concluir que no hay norma alguna en nuestro ordenamiento que reconozca el derecho a percibir las remuneraciones devengadas entre la fecha de cese y la de reposición derivada de una acción de amparo, pues durante ese lapso no medió prestación efectiva de servicios.

2.4 La no procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio vinculante del TC

La jurisprudencia reiterada y uniforme del TC, adoptada en Sala Plena, ha sentado como principio de observancia obligatoria para todos los órganos

35 Es nulo el despido por los siguientes motivos: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) ser candidatos o representantes de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que se configure a través de actos de violencia, grave indisciplina, injuria o agravio al empleador; d) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; y, e) el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto.

jurisdiccionales de la República y en todo tipo de procesos[36], que la reposición derivada de una acción de amparo no genera el derecho al pago de remuneraciones devengadas por cuanto no se cumple con la regla en referencia, esto es, que al no haber existido prestación efectiva de servicios no se ha generado el derecho a percibir remuneración; y, porque esa situación no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento como una excepción a la regla[37].

Así, en la sentencia recaída en el expediente N° 1450-2001-AA/TC (Julio Trujillo Meza vs. Universidad Nacional Mayor de San Marcos), publicada el 1° de marzo de 2003, el TC en sesión de Pleno Jurisdiccional, estableció, inequívocamente, que carecen de base legal las pretensiones sobre reconocimiento de haberes por un trabajo no realizado. Para tal efecto el TC señaló expresamente en su fundamento primero que:

> "...
>
> a) mediante jurisprudencia uniforme y reiterada, el Tribunal ha dejado plenamente establecido que las remuneraciones de todo trabajador representan una contraprestación por las labores efectivamente realizadas; b) si bien las sentencias constitucionales que ordenan la reincorporación de un trabajador indebidamente cesado pueden eventualmente, y según el caso, disponer la cuantificación del periodo no laborado para efectos pensionables, ello no supone ningún reconocimiento remunerativo por un trabajo que nunca se realizó; c)aunque es inobjetable que a un trabajador cesado indebidamente en sus funciones se le ocasiona un perjuicio durante todo el periodo que no laboró, ello no puede suponer el reconocimiento de haberes, sino exclusivamente el de una indemnización por el daño generado. Sin embargo, la determinación de los alcances de dicha indemnización no es un asunto que pueda ser dilucidado mediante esta vía que más bien se orienta a restituir los derechos vulnerados o amenazados por actos u omisiones inconstitucionales; d) por consiguiente y aunque debe

36 La Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, señala: "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".

37 Sentencias recaídas en: Exp. 2412-2004-AA/TC, Exp. 1996-2003-AA/TC, Exp. 901-2002-AA/TC, Exp. 849-2002-AA/TC, Exp. 1450-2001-AA/TC y Exp. 275-2001-AA/TC.

entenderse que a cualquier trabajador indebidamente cesado le asiste el derecho de reclamar indemnización por el daño del cual fue objeto, queda claro que la pretensión sobre reconocimiento de haberes por un trabajo no realizado, resulta, por lo menos para casos como el presente, totalmente infundada."

La posición adoptada en el pronunciamiento citado ha sido reiterada por el TC hasta la actualidad en causas similares a las que fue objeto de dicho proceso. Así, tenemos la sentencia del TC recaída en el expediente N° 849-2002-AA/TC (Rosana Torres Vega vs. Ministerio de Justicia), publicada el 24 de junio de 2003, en cuyo segundo fundamento se señala que:

"De otro lado, conforme lo ha establecido este Tribunal, no cabe en estos casos disponer el pago de remuneraciones devengadas, por cuanto ellas corresponden a un periodo no trabajado en el cual, por lo tanto, no hubo contraprestación; consecuentemente, tal solicitud posee naturaleza indemnizatoria, y no restitutoria, debiendo quedar a salvo el derecho respectivo, el mismo que no puede ejercitarse en esta vía sumaria".

Similar criterio contiene la sentencia del TC recaída en el expediente N° 275-2001-AA/TC (Oscar Molina Ventocilla y otro vs. Municipalidad Metropolitana de Lima), publicada el 16 de abril de 2004, en cuyo noveno fundamento se establece que:

"Con relación al pago de las remuneraciones dejadas de percibir por los recurrentes, es criterio de este Tribunal que dicho pago, durante el tiempo que duró su cese, no procede, por cuanto las remuneraciones son una contraprestación por el trabajo realizado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderles, por concepto del daño irrogado por la injusta separación"

Finalmente, la sentencia del TC recaída en el expediente N° 1996-2003–AA/TC (Wilfredo Crisanto Gómez vs. Municipalidad de Sullana) publicada el 4 de febrero de 2004, en cuyo cuarto fundamento se precisa que:

"En cuanto al extremo referente al pago de las remuneraciones que dejó de percibir durante el tiempo que duró el cese, este Tribunal ha establecido que ello

no procede, por cuanto la remuneración es la contraprestación por el trabajo realizado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho a la indemnización que pudiera corresponderle".

En estas sentencias el TC confirma la relación sinalagmática entre la prestación efectiva de servicios y el derecho a percibir remuneración, reiterando que en la medida que durante el tiempo que duró el cese no hubo una prestación efectiva de labores, no se ha producido el derecho a percibir remuneración alguna.

Empero, es claro que el cese, invalidado vía un proceso de amparo, podría haber causado perjuicio al trabajador y por ende convertirlo en acreedor de un eventual daño moral, daño emergente o, principalmente, lucro cesante, entre otros; pero, como sostiene el TC, ello no implica el derecho a percibir remuneraciones devengadas por el tiempo que duró el cese, sino, en todo caso, a una indemnización por daños y perjuicios. Es por ello que el TC rechaza la pretensión de pago de remuneraciones devengadas por el período correspondiente al cese, pero deja a salvo el derecho del trabajador a demandar el pago de la indemnización en la vía correspondiente, donde deberá probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, como son el daño, la conducta antijurídica, el factor de atribución y la relación causal.

Esta posición también ha sido recogida en la sentencia de fecha 31 de enero de 2001, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del TC (señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano[38]) contra el Estado peruano, en la cual se reconoció el derecho a una indemnización a favor de los magistrados destituidos, y no el pago de remuneraciones por un trabajo que nunca se realizó.

Si bien en el quinto punto resolutivo de la sentencia de la Corte Interamericana dispone que el Estado peruano debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás prestaciones que de conformidad con su legislación correspondan a los referidos magistrados, la Corte también señala que ello debe efectuarse de acuerdo con lo establecido en los párrafos 121 y 128 de dicha sentencia. En éstos se precisa que los montos correspondientes a los salarios caídos, en ese caso en concreto, constituían un factor a tomar en cuenta en el cálculo de la indemnización que les correspondía a los accionantes y no así el reconocimiento de pago de remuneraciones por un trabajo no

38 Estos ex magistrados actuaron como vocales en el Exp. N° 275-2001-AA/TC antes citado, reconociendo precisamente la improcedencia del pago de remuneraciones cuando no ha existido prestación efectiva de labores.

realizado. Es decir, el quinto punto resolutivo de la sentencia no reconoce el derecho a los sueldos caídos, sino a una indemnización que podría contener los sueldos caídos, siempre que el trabajador demuestre la concurrencia de los elementos propios de la responsabilidad civil, como son daño cierto, factor de atribución, conducta antijurídica, entre otros. Así, los mencionados párrafos 121 y 128 señalan:

> "121. Esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar. La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación. Asimismo, el Estado deberá compensar a los funcionarios por todo otro daño que éstos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible.
> (...)
> 128. Para dar cumplimiento a la presente Sentencia, el Estado deberá pagar, en un plazo de seis meses a partir de su notificación, las indemnizaciones establecidas a favor de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. Al hacer efectivas las indemnizaciones otorgadas en la presente Sentencia, el Estado deberá pagar los montos relativos al valor actual de los salarios que se dejó de percibir en el correspondiente periodo (salarios caídos)..."

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana no reconoce el derecho a remuneraciones devengadas, sino que, en ese caso en concreto, ha estimado que los demandantes tenían derecho al pago de una indemnización por daños y perjuicios, la cual incluía, en la calidad de lucro cesante, los salarios caídos.

De acuerdo a los criterios del TC y de la Corte Interamericana, el hecho que un trabajador sea repuesto en su centro de labores en virtud de una acción de

amparo, no genera, pues, derecho a percibir remuneraciones devengadas o sueldos caídos, ya que durante el tiempo que duró el cese no hubo prestación efectiva de servicios. Así, y en todo caso, a lo que se tendría derecho es a una indemnización por los daños que se pudieran haber ocasionado, para lo cual deberá probarse la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

2.5 La procedencia de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición derivada de una acción de amparo, conforme al criterio de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema

A pesar del carácter vinculante del criterio del TC relativo a la improcedencia del pago de remuneraciones dejadas de percibir ante la invalidación del despido vía proceso de amparo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema viene emitiendo casaciones en las que reconoce el pago de remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo que duró el cese invalidado vía un proceso de amparo[39].

Así, en la Casación Nº 1586-2004, de fecha 7 de noviembre de 2005, emitida en el proceso seguido por Hilda Mercedes Pachas Crisóstomo contra Telefónica del Perú S.A.A., la Corte Suprema señaló:

> "Octavo: Que, como aparece la decisión de la accionada de reincorporar a la accionante fue adoptada en cumplimiento de lo resuelto en la acción de amparo interpuesta para cuestionar su cese por lo que efectivamente el lapso transcurrido entre el cese y su reposición debe examinarse a partir de los alcances y efectos del artículo primero de la Ley número veintitrés mil quinientos seis -bajo la cual se tramitó dicha acción- que señala que el objeto de la acción de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.
> Noveno: Que, es bajo este contexto que se debe analizar la pretensión de pago de remuneraciones y beneficios devengados que

39 Casación Nº 1586-2004-LIMA y Casación Nº 496-2005-LIMA.

reclama la demandante por todo el período que duró su cese indebido, pues al haberse restituido su derecho conculcado y repuestas las cosas al estado anterior del cese, significa que se ha restablecido para todos los efectos automáticamente la relación laboral entre las partes, dado que el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento jurisdiccional es el despido mismo, en consecuencia el lapso que la demandante estuvo fuera del empleo debe reconocerse como tiempo de servicios efectivamente prestados a la emplazada con el correspondiente pago de sus derechos y beneficios dejados de percibir.

Décimo: Que, razonar en contrario significaría desconocer los efectos y alcances del principio de continuidad — aplicable a estos autos por permisión del inciso ocho del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado — en virtud al cual el contrato de trabajo se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso puedan alterar tal carácter por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral pese a que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como es el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la reconstitución jurídica de la relación de trabajo como si ésta nunca se hubiera interrumpido, determina no solo el derecho del trabajador a ser reincorporado al empleo sino también a que se le reconozca todos aquellos derechos con contenido económico cuyo goce le hubiese correspondido durante el período que duró su cese de facto, pues de no acarrear ninguna consecuencia constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no sólo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación.

Undécimo: Que, en doctrina el lapso en el cual el trabajador ha permanecido fuera del empleo por decisión unilateral e injustificada del empleador se conoce como plazo de "suspensión imperfecta del contrato de trabajo" regulado por el último párrafo del artículo once de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que establecen

que se suspende, también, de modo imperfecto el contrato de trabajo cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Duodécimo: Que, de este modo y teniendo en cuenta que el artículo cuarenta de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido al no establecer distinción o restricción de ninguna clase, en cuyo caso ha prescrito que sólo en dicho caso procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir dentro del régimen de la actividad privada; debe concluirse que la acción de nulidad de despido no es la única que puede originar para un trabajador del régimen laboral de la actividad privada, el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir, en tanto que vía una sentencia de acción de amparo también se puede lograr los mismos efectos para el trabajador partiendo del presupuesto básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez por lo que jurídicamente debe reputarse que no se produjo.

Décimo Tercero: Que, tal conclusión resulta acorde con el marco constitucional que delimita el artículo primero de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventitrés que señala que la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo del Estado, motivo por el cual debe éste tutelar y respetar derecho elementales como el trabajo, cuyo efecto inmediato es procurar, al trabajador la percepción de sus remuneraciones, los cuales tienen contenido y carácter alimentario por constituir la fuente esencial de su manutención como el de su familia de acuerdo a lo previsto en el artículo veinticuatro de la misma Carta Magna, por lo tanto debe razonablemente entenderse que no hay obligación de pago por trabajos no realizados siempre y cuando la omisión laboral sea atribuible al trabajador y no cuando provenga de la decisión unilateral e injustificada del empleador como lo acontecido en el caso sub exámine en que el cese injustificado de la accionante se produce a consecuencia de la decisión unilateral de su principal.

Décimo Quinto: Que, si bien es cierto los órganos de instancia han desestimado la demanda sosteniendo además que el Tribunal

Constitucional vía amparo ha concluido que las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado derivando el cobro de remuneraciones caídas a una pretensión indemnizatoria, empero debe tenerse presente que tratándose de un proceso de cognición el cual está dotado de una etapa probatoria en que las partes pueden demostrar con amplitud los hechos expuestos en la postulación, este proceso resultaría adecuado para reclamar y discutir dicho petitorio en la vía judicial, lo cual resulta congruente con el derecho de acceso a la justicia que forma parte del contenido esencial del derecho de la tutela jurisdiccional efectiva por lo que derivar la pretensión a otro proceso significaría atentar contra el citado principio.

RESOLUCIÓN:
Declararon FUNDADO el recurso de casación (...); en consecuencia DISPUSIERON que la emplazada cumpla con abonar a favor de la demandante las remuneraciones y beneficios devengados desde la fecha de su despido hasta su efectiva reposición en el trabajo así como efectuar el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios correspondiente observando las directivas contenidas en este pronunciamiento y de acuerdo a la liquidación que efectúe el Juez en ejecución de sentencia; más intereses, costas y costos (...)"

Cabe puntualizar los argumentos de la Corte Suprema en el fallo glosado para ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir entre la fecha de cese del trabajador y la fecha de su reposición en el empleo en mérito a una sentencia dictada en un proceso de amparo:

a) El objeto de las acciones de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. En los casos de cese indebido de un trabajador, significa restablecer, para todos los efectos, la relación laboral entre las partes, es decir, que ello no sólo involucra la reposición en el empleo, sino que se extiende a restituciones de naturaleza económica vinculadas al pago de los derechos y beneficios dejados de percibir durante el periodo que duró el cese;
b) Que de no ser así habría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores;

c) Que el lapso de tiempo que el trabajador permaneció fuera del empleo configuraría una suspensión imperfecta del contrato de trabajo;
d) Que el artículo 40° de la LPCL no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido, por lo que debe concluirse que ese derecho también se genera frente a una sentencia de acción de amparo que invalide el despido, lo que resultaría acorde con el marco constitucional;
e) Que si bien el TC ha concluido que las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado derivando el cobro de remuneraciones caídas a una pretensión indemnizatoria, ello no impediría que el trabajador pueda demandar el pago de remuneraciones devengadas pues el proceso laboral es un proceso de cognición dotado de una etapa probatoria en la que las partes pueden demostrar los hechos expuestos en los actos postulatorios; y,
f) Que debe reconocerse el pago de las remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir por todo el periodo que se extendió el cese indebido, con excepción de aquellos conceptos cuyo otorgamiento esté condicionado expresamente a la asistencia real y efectiva a sus labores.

2.6 Precisiones a los argumentos expuestos por la Corte Suprema

Primero, corresponde efectivamente al objeto de las acciones de garantía reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; y, específicamente en el caso de despido, ello se produce con la reposición del trabajador en su empleo[40], mas no con el otorgamiento de prestaciones que en realidad no existieron.

El reponer las cosas al estado anterior implica la declaración de invalidez del despido y la nulidad de actos posteriores a éste que sean consecuencia directa de dicho despido. Cabe preguntarse, ¿cuáles son estos actos que también resultan siendo nulos y cuya "restitución" apareja el pago de remuneraciones devengadas? Entendemos que ninguno, desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En efecto, si lo que se pretende es reparar las consecuencias económicas del despido, entonces, nos encontramos en el campo de la indemnización, y no en el de la restitución. Dicho en otros términos, la pretensión de pago de

40 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de marzo de 2003, Exp. N° 976-2001-AA/TC.

remuneraciones devengadas no busca otra cosa que reconocer una compensación al demandante por el tiempo transcurrido entre su cese y su reposición. Con ello, al ordenarse su pago, lo que se está otorgando, aunque no se diga, es una indemnización, con lo cual se está modificando la pretensión restitutoria que fue objeto del proceso de amparo. Así, la sentencia de la justicia laboral ordinaria que ordena el pago de remuneraciones devengadas como resultado de una reposición expedida en un proceso de amparo afecta, en esencia, el principio de congruencia en cuanto le atribuye a la sentencia constitucional un efecto del que dicho mandato carece.

Segundo, el hecho que no se conceda el pago de remuneraciones por un periodo no laborado como consecuencia de un despido invalidado no constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores. El mismo TC ha previsto que el despido podría haber generado perjuicio al trabajador y por eso deja a salvo su derecho a reclamar una eventual indemnización en la vía correspondiente. Es decir, si el trabajador repuesto vía amparo, es acreedor a una reparación por daños y perjuicios que pueden haberse generado como son, entre otros, el daño moral, el daño emergente, y el lucro cesante, éste justamente comprendería las remuneraciones que ciertamente dejó de percibir como consecuencia de su despido.

Tercero, el lapso de tiempo que el trabajador permaneció fuera del empleo no configura una suspensión imperfecta del contrato de trabajo. Las causales de suspensión del contrato de trabajo se encuentran establecidas en el artículo 11° de la LPCL, el cual no contempla como tal al despido invalidado vía proceso de amparo.

Cuarto, entendemos que el artículo 40° de la LPCL, cuando señala "al declarar fundada la demanda de nulidad de despido", sólo podría referirse a la acción de nulidad de despido por las causales expresamente señaladas en el artículo 29° del mismo cuerpo normativo. Nuestro ordenamiento legal sólo prevé una forma para que se declare nulo un despido, y ésta es cuando se acredita la configuración de alguna de las causales previstas en el mencionado artículo 29°. Dado que la invalidación de un despido vía un proceso de amparo no es una de ellas, no se le podría extender la consecuencia del pago de remuneraciones devengadas previsto en el artículo 40° de la LPCL, máxime si el propio TC diferencia el despido nulo a que se refieren los artículos 29° y 40° de la LPCL, del despido invalidado vía un proceso de amparo.

Quinto, el TC ha desestimado las pretensiones de pago de remuneraciones devengadas no sólo por el hecho que el proceso de amparo carece de etapa

probatoria, sino porque expresamente ha reconocido que la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. Por ello, es en la medida que durante el cese no ha mediado prestación de labores, que no procede el abono de remuneraciones. Es decir, no se trata, en rigor, de las características del proceso y de la existencia o carencia de una amplia etapa probatoria, sino de que, jurídicamente, no se ha generado el derecho a percibir remuneraciones devengadas por el tiempo que duró el cese invalidado vía proceso de amparo porque no existió prestación de servicios. Ello no impide que el trabajador demande el pago de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido, pero recurriendo a la vía correspondiente, donde deberá probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, como son el daño, la conducta antijurídica, el factor de atribución y la relación causal.

Sexto, entendemos que la Corte Suprema incurre en incongruencia al ordenar el pago de las remuneraciones y beneficios dejados de percibir, con excepción de aquellos conceptos que esté condicionado expresamente a la asistencia real y efectiva a sus labores. Como lo ha señalado el TC, y se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en atención al carácter sinalagmático del contrato de trabajo, toda remuneración está condicionada a la prestación efectiva de labores, con excepción de los supuestos expresamente previstos en la ley, dentro de los cuales no se encuentra la invalidación del despido vía un proceso de amparo.

Con base a lo expuesto, no puede obviarse que si el ordenamiento legal confiere al TC la calidad de órgano de control de la Constitución e intérprete supremo de la misma y en tal virtud le concede a sus sentencias el carácter de vinculantes, no cabe que la Corte Suprema adopte una postura diferente en materia de interpretación de derechos constitucionales.

2.7 Conclusiones

2.7.1 Conforme a lo establecido en el artículo 6° de la LPCL, y al principio de observancia obligatoria dictado por el TC, la remuneración es la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. En ese sentido, el derecho a percibirla solamente se genera en tanto exista una prestación cierta, real o efectiva de los servicios;

2.7.2 El sinalagma propio del contrato de trabajo presenta excepciones conforme las cuales se reconoce el derecho a percibir remuneraciones a pesar de

no existir prestación efectiva de servicios. Sin embargo, dichas excepciones deben responder al acuerdo de partes o al mandato de norma imperativa que expresamente las establezca;

2.7.3 Un despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo: (i) no genera la suspensión imperfecta de labores, en razón que el artículo 11° de la LPCL señala taxativamente las situaciones en las que se genera la mencionada suspensión, siendo que el despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo no corresponde a una de ellas; y, (ii) tampoco genera los efectos del despido nulo previsto en los artículos 29° y 40° de la LPCL, pues, dicha situación no configura alguna de las causales legalmente previstas como despido nulo; y, (iii) porque el TC ha establecido que el despido invalidado vía proceso de amparo no genera el pago de remuneraciones devengadas, sino únicamente la reposición en el empleo;

2.7.4 No se podrían aplicar por analogía las consecuencias previstas en el artículo 40° de la LPCL (pago de remuneraciones devengadas) al despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo, pues la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía;

2.7.5 El despido invalidado por una sentencia recaída en un proceso de amparo no genera el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el periodo que duró el cese. Eventualmente, existirá derecho al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que el cese indebido habría generado, para lo cual se tendrá que acudir a la vía correspondiente y probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, como son el daño, la conducta antijurídica, el factor de atribución y la relación causal; y,

2.7.6 Al desconocer el carácter vinculante de las sentencias del TC en esta materia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema genera incertidumbre en los justiciables.

III. HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES

3.1 Consideraciones preliminares

El principio de igualdad, en su manifestación de igualdad ante la ley, se ha encontrado consagrado en los textos constitucionales desde los albores de la República, y no obstante ello, las cartas fundamentales que nos han regido han reconocido situaciones de diferencias entre las personas. A modo de ejemplo, las Constituciones de 1856, 1960 y 1867, que consagraban el derecho a la igualdad

ante la ley, no reconocían, sin embargo, el derecho de sufragio a las mujeres[41].

La Constitución de 1993 (artículo 2°, inciso 2), al igual que su predecesora, recogió el derecho a la igualdad ante la ley, a la vez que amplió la aplicación del mandato de no discriminación a una lista abierta de categorías de personas, mediante la cláusula final "o de cualquiera otra índole".

Así, la igualdad (inicialmente configurada en su vertiente de igualdad ante la ley, y luego ampliada a la de igualdad de trato y/o de oportunidades) ha sido tradicionalmente concebida más como una norma programática, aspiración que el Estado debe garantizar en tanto sea posible, y no como un imperativo jurídico. Es de esta forma, que surge el mandato de no discriminación con el objeto de dotar de mayor eficacia a la protección de la igualdad, a través de la proscripción de la arbitrariedad en la administración de las diferencias.

En el ámbito laboral, la Constitución vigente (artículo 26°, inciso 1), consagró el respeto de la igualdad de oportunidades, sin discriminación. Con base a dicho precepto, se vienen interponiendo acciones, tanto ante la justicia laboral como constitucional, que reclaman el respeto del derecho a la igualdad de remuneraciones. Las respuestas obtenidas en dichas jurisdicciones han sido diversas en atención al distinto contenido que ese derecho confiere la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia laboral.

---

41 La Constitución Política de 1823 (los artículos 23° y 193°, inciso 9) consagraba la garantía inviolable de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. Tal garantía también se hallaba recogida expresamente en el artículo 142° de la Constitución de 1826, en el artículo 149° de la Constitución de 1828, en el artículo 158° de la Constitución de 1834 y en el artículo 160° de la Constitución de 1839. A pesar de tal consagración constitucional, todavía subsistía la esclavitud para quienes habían tenido dicha condición en forma previa a la Declaración de Independencia, pues sólo se hallaba abolida para todos los que nacían con posterioridad a ella dentro del territorio de la Republica. Para evitar el reconocimiento de dicho derecho a quienes conservaban la situación de esclavitud, fue suficiente excluirles la condición de peruanos e, incluso, de ciudadanos. Recién con la Constitución de 1856, promulgada durante el gobierno de Ramón Castilla, quedó abolida la esclavitud de modo general y de manera definitiva, al consagrarse, en el artículo 17°, que "Nadie es esclavo en la República".
Ahora bien, la garantía de la igualdad ante la ley continuó reconocida en la Constitución de 1856 (artículo 31°), en la Constitución de 1860 (artículo 32°), en la Constitución de 1867 (artículo 30°), y en la Constitución de 1920 (artículo 17°). A pesar de la consagración de la igualdad ante la ley en todos los textos constitucionales hasta ahora reseñados, dicha garantía no alcanzaba a las mujeres, quienes no eran consideradas ciudadanas, por lo que carecían, por ejemplo, del derecho de sufragio. En virtud del artículo 86° de la Constitución de 1920, las mujeres -sin ser reconocidas todavía como ciudadanas- gozaban del derecho de sufragio únicamente para las elecciones municipales, siempre que fueran mayores de edad, que se hallasen casadas o que lo hubieran estado, o que fueran madres de familia, aunque no hubieran alcanzado la mayoría de edad.
Fue recién con la modificación a la Constitución de 1920, introducida por la Ley N° 12391, de 5 de setiembre de 1955, que se concedió la ciudadanía a la mujer y, con ello, el derecho de sufragio, aunque con el requisito -también aplicable a los varones- de que supieran leer y escribir. De ese modo, la mujer sufraga por primera vez en el Perú en 1956.
La Constitución de 1979 consagró el derecho a la igualdad ante ley, e incorporó el mandato de no discriminación, para determinadas categorías de personas sujetas a especial protección. Asimismo, reconoció el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en las relaciones de trabajo.

3.2 El contenido del derecho a la igualdad y la homologación de remuneraciones

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, se entiende por "homologación" la acción de equiparar o poner en relación de igualdad a dos situaciones. En ese sentido, la homologación de remuneraciones significará equiparar las remuneraciones que perciben dos o más trabajadores, con base a la vigencia del derecho a la igualdad y la no discriminación, recogidos en el artículo 26°, inciso 1, de la Constitución Política, así como en los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Téngase presente que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios Internacionales de la OIT sobre la materia, ratificados por el Perú, consagran el principio de pago igual o el principio de pago igual por trabajo de igual valor.

En efecto, el artículo 2° del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor), de 1951, dispone lo siguiente:

> "Artículo 2.-
> 1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.
> 2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de:
> a) la legislación nacional;
> b) cualquier sistema para la fijación de remuneración, establecido o reconocido por la legislación;
> c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o,
> d) la acción conjunta de estos diversos medios".

Repárese que la igualdad de remuneración a que alude el artículo 2° del Convenio N° 100 de la OIT es más una aspiración que una real exigencia, al punto que se limita a consagrar el rol "promotor" del Estado en la búsqueda de la

igualdad y, sólo a partir de la adaptación de métodos de fijación de tasas de remuneración (en caso que las hubiera), dispone la obligación estatal de garantizar la aplicación a todos los trabajadores, sin distinción de sexo, del principio de pago igual por trabajo de igual valor.

Téngase presente que no se pretende imponer una igualdad de manera aritmética, genérica y absoluta, pues, además de que los derechos fundamentales no son absolutos, como ya lo ha sostenido el propio TC[42], imponer la igualdad, sin más, implicaría desconocer que entre los seres humanos y las circunstancias que los rigen existen diferencias objetivas. Para proteger la igualdad, el Derecho proscribe la arbitrariedad -entiéndase, la no razonabilidad- en la adopción de medidas que impacten de modo distinto a unos respecto de otros. Sólo así se explica y justifica el surgimiento del mandato de no discriminación, conceptualizado como la manifestación más intensa del principio de igualdad, con carácter emancipatorio y reivindicativo, destinado a evitar la subsistencia en el tiempo de categorías tradicionalmente marginadas en la sociedad.

La primera definición del mandato de no discriminación contenida en un acuerdo internacional fue establecida siete años después de la adopción del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo; específicamente, en el artículo 1.1. del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo: "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 oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

La definición de discriminación, en tanto mandato protector del derecho a la igualdad, contemplada en el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, presupone la existencia de un acto (la distinción, exclusión o preferencia), de un motivo (la raza, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social) y de un efecto (anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación).

En ese orden ideas, no toda distinción, exclusión o preferencia constituye un acto de discriminación, violatorio del derecho a la igualdad. Para que tal situación

42 A modo de ejemplo, en la sentencia de fecha 3 de junio de 2005, recaída en la acción de inconstitucionalidad contra las Leyes N° 28389 y N° 28449, (Expediente N° 050-2004-AI/TC, Exp. N° 051-2004-AI/TC, Exp. N° 004-2005-AI/TC, Exp. N° 007-2005-AI/TC, Exp. N° 009-2005-AI/TC), el Tribunal Constitucional señaló "Los derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto, no obstante lo mencionado en el artículo 32 in fine de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su 'contenido fundamental'".

se produzca, es necesario que la distinción, exclusión o preferencia resulte arbitraria, afecte una categoría protegida por la Constitución o por los convenios internacionales, y tenga por efecto, sobre los trabajadores involucrados, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

En consecuencia, no será suficiente la verificación de una simple diferencia en la remuneración que perciben dos trabajadores para concluir que se ha vulnerado el derecho a la igualdad y se genere el derecho a que se homologuen sus remuneraciones. La discriminación sólo operará en la medida que la diferenciación obedezca a un acto ilegítimo del empleador, carente de justificación objetiva y razonable, y que no respete un mínimo de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines buscados. Es decir, se configurará la discriminación salarial (interpretando sistemáticamente los Convenios N° 100 y N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo) cuando la diferencia en la remuneración percibida por dos trabajadores no está vinculada directamente con la naturaleza de la labor que se realiza, sino con el sexo, con el color de la piel, las convicciones políticas o religiosas o el origen nacional o social.

3.3 Las diferencias válidas y el acto discriminatorio conforme al criterio del TC

El TC ha desarrollado con particular detalle el contenido constitucional del derecho a la igualdad en la sentencia de fecha 5 de octubre de 2004, emitida en el expediente N° 1875-2004 AA/TC:

> "El derecho a la igualdad.
> 4. Este Tribunal, en reiteradas ejecutorias (cf. STC 0261-2003-AA/TC, 010-2002-AI/TC, 0001/0003-2003-AI/TC) ha definido la orientación jurisprudencial en el tratamiento del derecho a la igualdad. Al respecto, se ha expuesto que la igualdad es un principio de derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

> El derecho de igualdad ante la ley y la diferenciación por la naturaleza de las cosas.
> 5. Como ya lo ha señalado anteriormente este Colegiado en la sentencia recaída en el Exp. 0018-2003-AI, "[...] el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto este se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus "calidades accidentales" y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente".
> "El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable.
> Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad cuando, ab initio, su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; por ende, luego de haber satisfecho dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. "[...] la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite:
>
> a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
> b) La acreditación de una finalidad específica.
> c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
> d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.
> e) La existencia de racionalidad, es decir, la coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue".

Como se puede apreciar, el TC sostiene que el derecho a la igualdad no es absoluto, pues no todas las personas deben recibir un trato igual, sino sólo

cuando se haya verificado que se encuentran en condiciones idénticas. En ese sentido, no toda diferenciación está prohibida o supone discriminación. Es por ello que no todos los trabajadores que realicen una misma labor o que ocupen un mismo cargo tienen derecho a percibir la misma remuneración, sino sólo aquellos que, como señala la OIT, realicen un trabajo de "igual valor". En tal virtud, será necesario verificar la concurrencia de factores de igualdad propias del trabajador, tales como calificaciones, antigüedad o experiencia o circunstancias externas a éste como corresponde a las funciones realizadas, historia laboral, nivel de responsabilidad, productividad o eficiencia.

En ese sentido, la sola diferencia entre las remuneraciones de dos trabajadores que ocupen un cargo similar no supone un acto discriminatorio, y menos puede generar derecho a la homologación de remuneraciones. Antes bien, será necesario determinar si los trabajadores se encuentran en condiciones idénticas, y la inexistencia de alguna razón objetiva que justifique la diferenciación.

3.4 La discriminación salarial por la mera diferencia de remuneraciones entre dos trabajadores que ocupan un mismo cargo conforme al criterio de la justicia laboral ordinaria

Contrariamente a lo sostenido por el TC, la justicia laboral ha emitido pronunciamientos en los que, sin analizar la concurrencia de factores de identidad en condiciones idénticas, ha ordenado la homologación o equiparación de remuneraciones. Así ha estimado que se configura violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación cuando dos trabajadores que ocupan un cargo con la misma denominación dentro de una empresa perciben una retribución distinta por sus labores. Es decir, con base a una mera referencia a la denominación del cargo y a un distinto monto las remuneraciones se concluye que habría configurado discriminación salarial.

Ese es el sentido de un pronunciamiento confirmativo de una sentencia de primera instancia que ordena la homologación de las remuneraciones del demandante con las percibidas por otro trabajador de la empresa, atendiendo únicamente a que ambos trabajadores ocupaban un cargo con la misma denominación y a que la empresa demandada no había observado el informe pericial actuado en el proceso en el que se sólo se comparaba el monto de las remuneraciones percibidas por ambos trabajadores.

La Sala Laboral no se detuvo a analizar si ambos trabajadores se encontraban en condiciones idénticas, esto es, si más allá de la designación de su cargo realizaban las mismas labores, con igual responsabilidad funcional o si ambos pertenecían a la misma área dentro de la empresa, o si tenían la misma fecha de ingreso e igual capacitación profesional o antigüedad[43].

En este orden de ideas, es claro que el pronunciamiento en referencia no se encuentra ajustado al contenido constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación desarrollado por el TC, según el cual sólo corresponderá la homologación de remuneraciones cuando se hubiera acreditado la existencia de condiciones idénticas, o, en términos de la OIT, cuando se hubiera acreditado la prestación de un trabajo de igual valor.

De esta forma, el criterio jurisprudencial bajo comentario desvirtúa el derecho a la igualdad y a la no discriminación para aproximarlo a una concepción absolutista de ese derecho, la cual apuntaría a equiparar situaciones que son disímiles entre sí, no obstante la existencia de factores que objetivamente justifican la diferenciación.

Más aún, semejante planteamiento resiente la posibilidad de que el empleador retribuya de manera diversa trabajo de distinto valor prestado por trabajadores que se desempeñan en la misma ocupación. Así, el igualitarismo absoluto aspira a que la remuneración sea la misma con prescindencia a la existencia de cualidades que diferencian la prestación laboral de unos trabajadores respecto de otros y en particular, de los resultados que se obtienen de dicha prestación. De esa forma, se desincentiva la mayor contracción hacia el cumplimiento de las labores o su mayor eficiencia. Repárese así que la discriminación proviene de la presencia de actos odiosos perpetrados por el empleador para distinguir entre las remuneraciones de los trabajadores. Distinto será el caso cuando el distingo proviene de hechos ajenos a la implementación de una conducta discriminatoria por parte de la empresa sino más bien son el resultado de políticas salariales que incentivan el desempeño o retribuyen en función de resultados.

Existirán también situaciones que determinan diferencias salariales entre trabajadores que desempeñan labores análogas que no implican, per se, una conducta discriminatoria del empleador. Es el caso de la realidad salarial que

43 Exp. N° 3942-2005-REM seguido por Teodoro Ramírez Acapana contra Telefónica del Perú S.A.A., sobre homologación de remuneraciones. Resolución expedida por la Tercera Sala Laboral de Lima.

surge en empresas que han sido objeto de fusiones o reorganizaciones empresariales. Así trabajadores de distinta procedencia regidos por estructuras salariales propias en sus empresas de origen resultan incorporados en otra empresa que mantiene una estructura salarial distinta. En este supuesto, se habrán generado diferencias salariales entre trabajadores semejantes, pero ello no será fruto de una conducta discriminatoria por parte del empleador, sino el resultado de la fusión o reorganización empresarial. Por ello, en la medida que resulte factible la identificación de los factores que objetivamente expliquen la diferencia en la remuneración de unos y otros trabajadores, no resultará afectado el principio de igualdad y de no discriminación.

3.5 Conclusiones

3.5.1 El derecho a la homologación de remuneraciones tiene sustento en el derecho a la igualdad y a la no discriminación. En esa medida, sólo será procedente la homologación cuando frente a situaciones idénticas, existiera alguna diferenciación que no se encuentra justificada objetivamente;

3.5.2 La sola diferencia de remuneraciones entre las remuneraciones de dos trabajadores que ocupan un cargo similar no supone per se un acto discriminatorio por parte del empleador. Antes bien, se deberá analizar si se está frente a situaciones idénticas; y,

3.5.3 Para determinar si estamos frente a situaciones idénticas o frente a trabajos de igual valor, será necesario verificar una serie de cualidades como las funciones y labores realizadas, el nivel de responsabilidad, la fecha de ingreso, la capacitación profesional, la eficiencia, entre otras, así como otros factores que expliquen objetivamente las diferencias remuneratorias.

IV. EL LÍMITE DE LAS OCHO HORAS Y LAS JORNADAS ACUMULATIVAS O ATÍPICAS

4.1 Consideraciones preliminares

La jornada máxima de ocho horas parte de un concepto de distribución del día en tres segmentos de ocho horas: uno destinado a las actividades productivas; otro a las recreativas y la vida familiar; y otro al descanso. Este

esquema resulta funcional al trabajador urbano, esto es, aquel que diariamente se desplaza entre su domicilio y su centro de trabajo.

Sin embargo, diversos tipos de actividades no se adecuan a dicho esquema, conforme corresponde a las labores que desarrollan centros de trabajo ubicados en locaciones remotas, en las cuales las dificultades de transporte o lo inhóspito de su ubicación determinan que los trabajadores permanezcan en su lugar de trabajo por un tiempo determinado e ininterrumpido al cabo del cual se trasladan a sus lugares de origen para gozar de un descanso que se extiende por varios días consecutivos. Análogo esquema opera respecto del personal embarcado, o que presta servicios en plataformas petroleras ubicadas en altamar o guías de turismo, entre otros ejemplos. Es claro que en estos casos no resulta factible que el trabajador retorne a su domicilio al término de la jornada diaria y de ahí que las jornadas que acumulan trabajo y descanso constituyan un mecanismo idóneo para asegurar la viabilidad de este tipo de actividades. En este mismo orden de ideas, es frecuente que la jornada diaria se extienda por más de ocho horas con el objeto de maximizar la permanencia del trabajador en su lugar de operaciones, de manera de que el tiempo trabajado permita una acumulación mayor de horas que favorezca su compensación mediante un mayor número de días de descanso. De otro modo, si la jornada se limitase a ocho horas, el trabajador estaría sujeto a períodos diarios de inactividad, en lugares inhospitalarios y alejados de sus familiares.

Con base a este raciocinio es que el artículo 25° de la Constitución prevé la existencia de jornadas acumulativas o atípicas, siempre que el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no supere las jornadas de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales.

Sin embargo, mediante sentencia publicada el 9 de mayo de 2006, el TC estableció que la jornada de trabajo para los trabajadores mineros no debe exceder de ocho horas diarias. Más aún, señaló que en cualquier tipo de actividad laboral, no pueden superarse las ocho horas diarias o las cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas o de un período más corto y procedió a declarar incompatibles con el parámetro constitucional determinados artículos del Reglamento de la Ley General de Minería que regulan la jornada de trabajo[44].

Tales planteamientos causaron conmoción en la actividad minera porque implicaban desarticular la forma como se han estructurado buena parte de las operaciones mineras en el Perú.

44 Exp. N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Copper Corporation.

Afortunadamente, el TC fue permeable a las críticas que desde distintos sectores[45] mereció su sentencia y expidió una resolución aclaratoria[46] que, en rigor, varió sustancialmente los alcances de la sentencia original. Cabe acotar, que la resolución aclaratoria fue expedida con voto singular de un magistrado, lo que resulta sintomático de lo controversial que para algunas posiciones resulta esta problemática.

Por su parte, la justicia laboral ordinaria ha reconocido en un pronunciamiento que las jornadas atípicas de doce horas diarias no conculcan derechos laborales reconocidos en la Constitución y que no generan trabajo en sobretiempo ni compensación especial por la labor prestada en días domingos y feriados, en razón que resultan compensados con el otorgamiento de días continuos de descanso[47].

Resulta así relevante analizar el sustento legal de las jornadas acumulativas atípicas tanto en nuestro ordenamiento jurídico como las consideraciones que ha tenido en cuenta el TC para, primeramente, descalificar las jornadas mayores a ocho horas y luego admitirlas como válidas.

4.2 Las consideraciones del TC contenidas en su sentencia descalificadora de las jornadas mayores a ocho horas

El TC basó su sentencia en dos distintos tipos de consideraciones, unas de tipo técnico y otras de carácter jurídico. Respecto de las primeras, recurrió a un informe sobre las condiciones de trabajo en la minería del Perú". Si bien en un principio se estimó que el mismo reflejaba la posición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), un análisis más exhaustivo del documento demuestra que se trata de una publicación de la OIT, pero no necesariamente avalada por ésta[48].

La sentencia consideró fidedignas para el conjunto de la minería peruana aseveraciones contenidas en dicho informe, tales como que la alimentación proporcionada a los trabajadores es deficitaria, o que éstos se encuentran

45 A modo de ejemplo: FERRO, Víctor. Ocho Horas y Jornadas Atípicas en: Revista Perú Económico. Volumen XXIX N° 5, Mayo 2006, Lima, Perú. p. 17-19.

46 Resolución Aclaratoria publicada el 17 de junio de 2006.

47 Sentencia N° 36-2006 emitida en el Exp. 2004-0137-0-0601-JR-LA-01 expedida por el Juzgado Especializado Laboral de Cajamarca.

48 Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, Oficina Internacional del Trabajo, 145. Lima, Perú. 2002. El informe fue dirigido por Juan Carlos Hiba y tuvo como responsables a José De Echave Cáceres, Estela Ospina Salinas, con la colaboración de Philippe Denault, Jacinto Isidro Giraldo, Miguel Lévano Muñoz, Anita Luján Gonzales, Fiorella Pino Luna, Hugo Villa Becerra y Jaime Consiglieri Flores. En la contracarátula del documento se indica lo siguiente: "... La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmadas incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione".

expuestos a elevados niveles de toxicidad y sujetos a significativos riesgos a la salud, derivados del trabajo en altura, lo que justificaría que la jornada diaria no exceda de ocho horas diarias.

No obstante, la sentencia del TC omitió considerar que, en términos generales, la gran y mediana minería operan en el país conforme a estándares internacionales sustentados en tecnología de punta y que desarrolla la explotación minera preferentemente a tajo abierto. De ahí que sus condiciones de trabajo resulten diametralmente distintas a las que prevalecen en la minería subterránea o de socavón. Ello implica, por ejemplo, que enfermedades profesionales tradicionales en la minería, como la silicosis o neumoconiosis, sean desconocidas en la explotación a tajo abierto. Asimismo, la alimentación que estas empresas proporcionan a su personal se encuentra usualmente sujeta a la supervisión de nutricionistas. Al mismo tiempo, el propio informe acotado señalaba que no está demostrado que el trabajo en altura sea un factor de riesgo a la salud para el trabajador minero, cuando éste, por su origen demográfico, es originario de zonas de altura [49] [50].

En cuanto a las consideraciones jurídicas que avalan el fallo, el TC invocó un conjunto de preceptos constitucionales relativos al respeto a la dignidad de la persona: "el principio-derecho de la dignidad humana fundamenta por un lado, la configuración de nuestro parámetro constitucional, y por otro, es un principio a la luz del cual se resolverá el presente caso"[51].

En lo relativo al derecho a la jornada de trabajo de ocho horas, indicó que "en el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4° del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo)". Agregó que "las disposiciones que permiten trabajar más de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, siempre que la media de horas trabajadas en un período de tres semanas no exceda de cuarenta y ocho horas, constituyen una excepción que

49 Ibidem. p. 78: "Velásquez, De Graff, Dempsey y Cruz manifiestan que tanto los nativos como los residentes permanentes de grandes alturas, pueden tener una mayor capacidad de difusión cuando se les compara con los residentes del nivel del mar... Esto también es corroborado por Dempsey, Cruz y Frisancho (que señalan que) la capacidad vital y el volumen pulmonar residual son mayores en los nativos de las tierras altas que los sujetos de altitudes menores".

50 Ibidem. p. 45.

51 Fundamento 2.1 in fine.

deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo del que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En estos casos, será indispensable el pago de horas extras conforme a ley. Ello porque, sentido, si bien los tratados de derechos humanos constituyen el estándar mínimo de derechos humanos, cuando existan normas internas más protectoras, éstas deben prevalecer puesto que otorgan una mayor protección. Como ya se anotó, ése es el caso del artículo 4° del Convenio N° 1 de la OIT frente al cual el artículo 25° de la Constitución otorga una mayor protección al fijar la jornada semanal en cuarenta y ocho horas como máximo"[52].

El TC consideró, igualmente, que resultaba pertinente sustentar su pronunciamiento, entre otras consideraciones, en el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución.

En tal virtud, determinó con carácter vinculante que la jornada de los trabajadores mineros no puede ser mayor de ocho horas diarias y que respecto de cualquier tipo de actividad laboral, las jornadas atípicas no pueden superar ocho horas diarias ni cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas u otro más corto.

Así, y con base a lo expuesto, ordenó que la demandada restituya la jornada laboral de ocho horas diarias y declaró incompatibles con la Constitución los artículos 209° a 212° del Decreto Supremo N° 003-94-EM, Reglamento de diversos títulos del Texto único Ordenado de la Ley General de Minería, uno de los cuales, el artículo 212° preveía la jornada de doce horas.

Al margen de que el Decreto Supremo N° 003-94-EM había quedado derogado por el Decreto Supremo N° 046-2001-EM publicado el 26 de julio de 2001 y que por ende resultaba írrita que se establezca su incompatibilidad con determinados preceptos constitucionales, resulta relevante destacar cuál es el real alcance las jornadas acumulativas o atípicas y su compatibilidad con el texto constitucional.

4.3 La **compatibilidad de las jornadas atípicas que superan** las ocho horas **diarias con el texto constitucional y el Convenio N° 1** de la OIT

El artículo 25° de la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT (el Convenio)

52 Fundamentos 16 y 17

coinciden en su consagración de los máximos previstos para la jornada diaria y semanal, no obstante que el texto constitucional fija los máximos en ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, mientras que el Convenio en referencia prevé ambos límites como concurrentes. En rigor, el Convenio reconoce excepciones a dichos topes, conforme a los cuales resulta válido sobrepasarlos cuando el promedio de horas trabajadas para un período de tres semanas no los excedan, con cargo a que corresponda al trabajo efectuado por equipos.

En efecto, el artículo 25° de la Constitución establece lo siguiente:

"La jornada ordinaria es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo."

Por su parte, el Convenio prevé que la duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, salvo excepciones. El inciso c) de este dispositivo establece, a título de excepción, lo siguiente:

"... cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas o un período más corto no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana."

En tal virtud, como quiera que "el período correspondiente" a que alude el artículo 25° glosado no está definido en el precepto constitucional, debe recurrirse al Convenio para llenar el vacío, habida cuenta que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos que reconoce la Constitución se interpretan de conformidad con los acuerdos internacionales que sobre estas materias ha ratificado el Perú. Así, el período correspondiente debe interpretarse conforme al promedio de tres semanas referido en el Convenio y de esta forma, definir si un determinado régimen acumulativo de trabajo y descanso resulta compatible o no con el marco constitucional.

Para definir si se adecua o no al precepto constitucional citado, examinemos en el cuadro siguiente un ejemplo relativo a un régimen de trabajo de 4 x 4 (cuatro días de trabajo consecutivos seguido de 4 días de descanso igualmente consecutivos), en el que se labora 12 horas diarias (tope descalificado por la sentencia inicial del TC). Por razones de simplicidad, asumiremos que las 12

horas corresponden a la jornada efectiva de trabajo, no obstante que conforme a lo previsto por el artículo 7° de la Ley de Jornada de Trabajo el período de 45 minutos destinados al refrigerio no integra la jornada de trabajo.

TRABAJO		DESCANSO	DIAS DEL CICLO	HORAS TRABAJADAS
4	x	4	8	48 (12x4)
4	x	4	16	48 (12x4)
4	x	1(*)	21 (3 semanas)	48 (12x4)
				Total 144 horas

(*) Se indica 4 x 1 (y no 4 x 4) porque en esa oportunidad se completan 21 días, ó 3 semanas.

De esta forma, se evidencia que en 21 días (3 semanas) el total de horas trabajadas asciende a 144 horas, las que divididas entre 3 semanas arroja un promedio semanal de 48 horas, con lo cual se cumple con el máximo de la jornada semanal.

Resta por determinar si se cumple con el máximo de 8 horas de jornada diaria. Para este efecto, se efectúa la comparación de las 144 horas en referencia con el régimen convencional de 6 días de trabajo por 1 de descanso. De esta forma, si se dividen las 144 horas entre los 18 días de trabajo que existen en 3 semanas se obtiene un resultado de 8 horas diarias (144 / 18 = 8).

Con ello queda acreditado que una jornada de 4 x 4 y 12 horas diarias, en los términos expuestos, cumple en un promedio de 3 semanas, con la jornada máxima de 8 horas diarias y de 48 a la semana y que por ende resulta nítidamente adecuado al precepto constitucional. De ahí que el criterio del TC resultaba errado al pretender que una jornada mayor a 8 horas diarias resultaba contraria al texto constitucional.

4.4 La rectificación del criterio del TC mediante su resolución aclaratoria

Como ya se ha indicado, el pronunciamiento fue objeto de sendas críticas que, creemos, motivaron a que el Tribunal reevalúe su criterio y proceda a emitir una resolución aclaratoria que, en esencia, varió sustancialmente los planteamientos antes señalados. Así, el TC admitió que en cualquier tipo de actividades laborales, incluidas las mineras, las jornadas atípicas o acumulativas son compatibles con la Constitución si prevén que, en promedio, no superen las ocho horas diarias para un período de tres semanas u otro más corto. Agregó que la implantación de estas jornadas está sujeta a un test de protección de la jornada

máxima de trabajo para los trabajadores mineros que tome en cuenta si se trata de una mina subterránea o a tajo abierto o si el centro de trabajo cumple con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera; si otorga adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria; y, si otorga descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la ordinaria compatibles con el esfuerzo físico desplegado.

De esta forma, el TC evidenció permeabilidad y capacidad de rectificación, en particular, porque cumplió con aplicar el criterio contenido en el Convenio, concluyendo que es en un periodo de tres semanas que debe evaluarse el cumplimiento de los topes de jornada diaria y semanal. A su vez, descartó la generalización que había efectuado en su anterior pronunciamiento, en cuanto había estimado que toda la minería peruana se desenvuelve bajo las mismas condiciones, sin distinguir que existen operaciones mineras compatibles con los niveles de protección antes señalados.

El TC agregó también que el empleador debe otorgar tratamiento especial al trabajo nocturno, el mismo que debe ser de menor extensión que el trabajo nocturno. En este aspecto el TC se apoya en el inciso g) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagra "la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos insalubres o nocturnos."

El voto singular del magistrado Gonzales Ojeda insistió en el planteamiento que el exceso de una jornada de ocho horas debía dar lugar al pago de sobretiempos, estimando que además que deben reconocer los beneficios salariales que comporta trabajar los domingos, así como el trabajo nocturno. Cuestiona así el test de protección a que alude el fallo en mayoría porque considera que permitirá la subsistencia de las jornadas acumulativas o atípicas.

Creemos que los planteamientos contenidos en el voto singular no se condicen con la interpretación constitucional del artículo 25° de la Constitución en concordancia con el Convenio y no podemos sino reconocer que haya prevalecido el criterio de la mayoría que, sanamente, supo reconocer la plena validez de los regímenes de trabajo y descanso estructurados con arreglo a lo previsto por la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú que regulan la materia.

4.5 Conclusiones

4.5.1 Las jornadas acumulativas o atípicas gozan de reconocimiento constitucional, siempre que no superen las ocho horas y cuarenta y ocho horas semanales en el período correspondiente;

4.5.2 El período correspondiente es el previsto en el inciso c) del artículo 2° del Convenio N° 1 de la OIT, que prevé un período de tres semanas para determinar si en promedio se observan los topes de ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales; y,

4.5.3 Es saludable que el TC haya demostrado permeabilidad a las críticas formuladas y haya reevaluado su criterio, sin perjuicio que su resolución aclaratoria corresponde, en rigor, a una rectificación.

V. REFLEXIONES FINALES

Los cuatro tópicos tratados evidencian el complejo entramado que opera al interior de la administración de justicia, en donde se entrecruzan competencias y criterios no necesariamente pacíficos. De una parte, la justicia constitucional interpreta lo que estima corresponde a la plasmación de los valores contenidos en el texto constitucional. En esa búsqueda, no siempre las soluciones aportadas han resultado del todo afortunadas, no obstante que se constata un esfuerzo por decantar posiciones. Empero, los desbordes en que eventualmente incurren las sentencias del TC, han afectado instituciones básicas del ordenamiento laboral, conforme correspondió a la supuesta incompatibilidad entre el texto constitucional y el despido incausado previsto en la LPCL o estuvo cerca de afectar seriamente a la minería, la actividad económica más relevante del país, al tachar de inconstitucionales las jornadas mayores a ocho horas que se aplican en los regímenes acumulativos de trabajo y descanso, situación que, afortunadamente, supo rectificar a tiempo.

Sin embargo, ha cumplido un rol valioso al precisar, con rigor jurídico, la naturaleza indemnizatoria de la pretensión de pago de remuneraciones devengadas resultante de una reposición obtenida en un proceso de amparo. Así, no podemos sino llamar la atención de la postura adoptada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema que viene inobservando el

carácter vinculante de las sentencias del TC sobre esta materia. Al respecto, podremos disentir de los criterios del TC y cuestionar sus pronunciamientos, pero una vez expedidos con carácter vinculante deben ser observados por todos los órganos de administración de justicia. De otra forma, se lesiona la previsibilidad de la actuación de la jurisdicción y por ende la seguridad jurídica, condición indispensable para atraer inversión que contribuya al desarrollo del país.

En materia de homologación de remuneraciones, el TC ha evidenciado manejar criterios sólidos en lo que respecta a los principios aplicables a la no discriminación salarial, por lo que es de esperar que la justicia laboral ordinaria no ignore las líneas rectoras que en este campo vienen planteando las sentencias del TC y por ende, no prosperen pronunciamientos que apuntan a un igualitarismo irracional de los ingresos, no obstante la presencia de elementos objetivos que distinguen a unos trabajadores de otros.

Finalmente, confiamos en que prontamente los actores sociales llegarán a los consensos aún pendientes en la discusión del Anteproyecto de Ley General de Trabajo y se proceda a su promulgación, de manera que por primera vez en nuestra historia contemos con un ordenamiento laboral fruto del consenso social. Con ello, aspiramos a que la jurisprudencia, constitucional u ordinaria, no caerá en la tentación de introducir cambios trascendentales en la regulación de los derechos laborales, en particular, en temas que resultan consustanciales al equilibrio social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo. 11 Edición Universidad de Madrid. Madrid, 1989
- Anteproyecto de Ley General de Trabajo cuya elaboración estuvo a cargo de los doctores Carlos Blancas, Javier Neves, Mario Pasco, Alfredo Villavicencio y Víctor Ferro, bajo la coordinación del Dr. Adolfo Ciudad.
- Casación N° 800-2, publicada en el diario oficial el 2-11-04, en los seguidos por Carolina Gayoso Benavides contra el Poder Judicial.
- Casación N° 1586-2004-Lima de fecha 7 de noviembre de 2005 en los seguidos por Hilda Pachas Crisóstomo contra Telefónica del Perú S.A.A.
- Casación N° 496-2005-Lima de fecha 27 de setiembre de 2005 en los seguidos por Eduardo Araujo Peña contra Telefónica del Perú S.A.A.

- DIAZ REVORIO, Javier. La Interpretación Constitucional de la Ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra Editores S.R.L. Lima 2003.
- FERRO, Víctor. Ocho Horas y Jornadas Atípicas en: Revista Perú Económico. Volumen XXIX N° 5, Mayo 2006, Lima, Perú. p. 17-19
- GARCÍA TOMA, Víctor, en El Tribunal Constitucional, la Interpretación Constitucional y las Sentencias Manipulativas-Interpretativas (Normativas). Conferencia dictada en Lima el 22/07/2005 en el 14° Desayuno de Trabajo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, en Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1977.
- LOPEZ, Justo. El Salario. En "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social". Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1997.
- OIT. Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, Oficina Internacional del Trabajo, 145. Lima, Perú. 2002. El informe fue dirigido por Juan Carlos Hiba y tuvo como responsables a José De Echave Cáceres, Estela Ospina Salinas, con la colaboración de Philippe Denault, Jacinto Isidro Giraldo, Miguel Lévano Muñoz, Anita Luján Gonzales, Fiorella Pino Luna, Hugo Villa Becerra y Jaime Consiglieri Flores.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 11/1981 de fecha 08/04/1981.
- Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005 recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, seguido por César Antonio Baylón Flores contra la Empresa Prestadora de Servicios Emapa Huacho S.A.
- Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y otro con Telefónica del Perú S.A.A.
- Sentencia de fecha 6 de mayo de 1998 recaída en el Exp. 1052-97-AA-TC en los seguidos por Teófilo Bendezú Tuncar contra la Universidad San Martín de Porres.
- Sentencia publicada el 25 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N° 2358-2005-PA/TC seguido por Segundo Juan Argomedo Muñoz contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A.
- Sentencia publicada el 30 de setiembre de 2005, recaída en el Expediente N° 4492-2004-AA/TC seguido por Aníbal Leonardo Salmón Vara contra la Corporación Peruana de Aeropuertos de Aviación S.A. (CORPAC S.A.).

- Sentencia publicada el 19 de mayo de 2005, recaída en el Expediente N° 4472-2004-AA/TC seguido por Rosa María Indacochea Villavicencio contra el Congreso de la República.
- Sentencia publicada el 19 de abril de 2004, recaída en el Expediente N° 146-2003-AA/TC seguido por Nelly Catia García Villa contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.
- Sentencia de fecha 28 de enero de 2005 recaída en el Expediente N° 4040-2004-AA/TC seguido por Sonia Consuelo Muñante Vargas contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A.
- Sentencia publicada el 11 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N° 0543-2005-PA/TC seguido por Benito Sabino Condori Manchaca contra la Municipalidad Provincial de Moho.
- Sentencia de fecha 17 de enero de 2006 recaída en el Expediente N° 1485-2005-PA/TC seguido por Jorge Mariano Bazán Blas contra la Empresa Sedachimbote S.A.
- Sentencia de fecha 17 de enero de 2006 recaída en el Expediente N° 7486-2005-PA/TC seguido por Wilser Auber Delgado Vásquez contra la Empresa de Servicios Postales del Perú S.A.
- Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC seguido por Eusebio Llanos Huasco con Telefónica del Perú S.A.A.
- Sentencia de fecha 26 de octubre de 2004 recaída en el Expediente 2412-2004-AA/TC seguido por Augusto D'Angelo Silva contra el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Ascope.
- Sentencia de fecha 20 de enero de 2004 recaída en el Expediente 1996-2003-AA/TC seguido por Wilfredo Crisanto Gómez contra la Municipalidad Provincial de Sullana.
- Sentencia de fecha 2 de junio de 2003 recaída en el Expediente 901-2002-AA/TC seguido por Carlos Palomino Castro contra el Ministro del Interior.
- Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2002 recaída en el Expediente 849-2002-AA/TC seguido por Rosana Torres Vega contra el Estado.
- Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2002 recaída en el Expediente 1450-2001-AA/TC seguido por Julio Trujillo Meza contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Sentencia de fecha 30 de marzo de 2004 recaída en el Expediente 275-2001-AA/TC seguido por Oscar Molina Ventocilla y otros contra el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

- Sentencia de fecha 3 de junio de 2005, recaída en la acción de inconstitucionalidad contra las Leyes N° 28389 y N° 28449, (Exp. N° 050-2004-AI/TC, Exp. N° 051-2004-AI/TC, Exp. N° 004-2005-AI/TC, Exp. N° 007-2005-AI/TC, Exp. N° 009-2005-AI/TC).
- Sentencia de fecha 30 de enero de 2006 expedida por la Tercera Sala Laboral de Lima recaída en el Expediente N° 3942-2005-REM seguido por Teodoro Ramírez Acapana contra Telefónica del Perú S.A.A., sobre homologación de remuneraciones.
- Sentencia de fecha 11 de mayo de 2006 recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Copper Corporation y Resolución Aclaratoria de fecha 11 de mayo de 2006.
- Sentencia N° 36-2006 de fecha 25 de mayo de 2006 emitida en el Expediente 2004-0137-0-0601-JR-LA-01 expedida por el Juzgado Especializado Laboral de Cajamarca.
- ZAVALA COSTA, Jaime. El principio de continuidad en los procedimientos de ese o despido colectivo. En: Los Principio del Derechos del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004.

LA RELACION TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – PODER JUDICIAL: ¿ES PACIFICO EL CAMINO HACIA LA CONSTITUCIONALIZACION DE LA JUSTICIA LABORAL?

*RICARDO HERRERA VÁSQUEZ**

Sumario

I. Introducción. II. Modelo "dual o paralelo" de justicia constitucional. 1. La "judicial review" o control difuso de constitucionalidad de las normas. 2. El control "kelseniano" o concentrado de constitucionalidad de las normas. 3. La supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial. III. Consecuencias de los desajustes del modelo de justicia constitucional. 1. El caso de la Bolsa de Trabajo Sindical. 2. El caso de la Ley de Reelección Presidencial. 3. El incidente entre la Oficina de Control de la Magistratura y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. IV. Propuestas de mejora del sistema de justicia constitucional. 1. El Proyecto de Reforma Constitucional del 2002, de la CERIAJUS y otras propuestas. 2. La consolidación del precedente vinculante. 3. ¿Y quién controla al contralor?

I. INTRODUCCION

Desde la Revolución Francesa, los jueces han tenido el monopolio de la resolución de conflictos durante centurias y, en particular, las Cortes Supremas

* Profesor de Derecho Laboral, Constitucional y Judicial en la Facultad de Derecho y Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP y Academia de la Magistratura. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados.

han tenido la última palabra en materia de interpretación y aplicación de las normas. Con el surgimiento del principio de soberanía popular, por el cual el pueblo o poder constituyente es el máximo soberano en el sistema político, la Constitución dejó de ser un texto sólo político para también ser jurídico y presidir la jerarquía normativa. Entonces, la interpretación de la Carta Magna requirió órganos especializados, lo que motivó el surgimiento de los Tribunales Constitucionales (en adelante, "TC") en el mundo.

Al ser consagrados los TC como intérpretes supremos de la Norma Fundamental, dada la fuerza expansiva de ésta hacia todo el ordenamiento jurídico, la interpretación de las leyes comenzó a ser dictada por los TC a partir de la compatibilidad de aquéllas con la Constitución, inclusive por encima de las Cortes Supremas. El juez ordinario, antes hegemónico, empezó a ser hasta rectificado en sus criterios por el juez constitucional. Y, como era lógico, el Poder Judicial (en adelante, "PJ") se resistió a perder el poder absoluto que tuvo en el sistema de administración de justicia. Así, en algunas ocasiones cuestionó y hasta desacató los fallos del TC, revestidos con carácter de precedente vinculante, en lo que se ha venido en denominar la "guerra de las Cortes".

En el Derecho Comparado, la "guerra de las Cortes" se inició en Italia en 1965, cuando la Corte Constitucional consideró incorrecta la inaplicación de una norma supuestamente inconstitucional efectuada por la Corte de Casación y elevada en consulta a la primera (lo que se conoce como "cuestión de inconstitucionalidad"), a partir de una interpretación que salvaba la constitucionalidad de dicha norma (seguramente pensando en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes). La decisión de la Corte Constitucional no fue aceptada por la Corte de Casación, en polémica aplicación de los artículos 101 y 136 de la Constitución italiana, la que volvió a plantear una y otra vez la consulta para forzar a la Corte Constitucional a confirmar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión[1].

En la década pasada, en España fue paradigmático el caso Isabel Preysler sobre indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo negó la misma estimando que no hubo daño alguno. Entonces, la demandante acudió en amparo al TC alegando vulneración al derecho a la intimidad. El TC declaró fundado el amparo y dispuso que correspondía indemnizar. Así, la causa regresó

1 PIZZORUSSO, Alessandro. Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional Italiano. En: AA.VV. El Tribunal Constitucional, Volumen I. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, págs, 275 y siguientes.

al Tribunal Supremo donde se le otorgó una indemnización de diez pesetas cuando había pedido diez millones, en una clara actitud de rebeldía hacia el TC[2].

En nuestro país, uno de los primeros sonados casos en los que el PJ no acató el precedente vinculante del TC, precisamente en materia laboral, se dio cuando una Sala Civil de la Corte Superior de Lima declaró en 1991 fundada una acción de amparo contra los actos de aplicación de la Ley de Bolsa de Trabajo Sindical en Construcción Civil (Ley N° 25202), previamente declarada plenamente constitucional por el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante, "TGC") en una acción de inconstitucionalidad promovida por el entonces Fiscal de la Nación.

Luego, se han producido otros desencuentros entre el PJ y el TC donde el primero no observó los criterios del segundo, que serán materia de comentario más adelante. De manera que, podemos hablar de algunos episodios que configuraron en su momento amagos de "guerra de las Cortes".

Desde el plano constitucional, el TC viene dictando diversas pautas para la aplicación de las normas laborales por la Autoridad Judicial de Trabajo, en algunas oportunidades con gruesos errores conceptuales que revelan el desconocimiento de la especialidad laboral. La estabilidad laboral absoluta, la imposibilidad de la jornada de trabajo atípica en el sector minero, la objeción de conciencia y el derecho a la intimidad del trabajador frente al poder directivo del empleador, la justificación de la contratación temporal, los derechos adquiridos y la irrenunciabilidad de derechos, entre otros, constituyen importantes aportes a la Justicia de Trabajo, no aceptados fácilmente en un principio, pero cada vez más asentados en la jurisprudencia, en la lógica de consolidar una "conciencia constitucional" en el juez ordinario[3].

Esto va perfilando una "constitucionalización" de la justicia laboral que está llegando inclusive a la propia Corte Suprema. Pero, se trata de un proceso evolutivo nada fácil, alimentado por el corporativismo judicial y, en parte, por los desaciertos en materia laboral contenidos en las sentencias del TC que le restan legitimidad pese a que, ciertamente, hoy en día es el mejor tribunal de justicia del país, lo que ha demostrado en sesudos y vanguardistas pronunciamientos en otras ramas del Derecho.

2 GRUPO DE INVESTIGACION DE LA REVISTA CATHEDRA. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Entrevista al doctor César Landa. Revista Cátedra, Espíritu del Derecho, Año VI, N° 10. Lima, UNMSM, 2003, pág. 289.

3 Sobre el particular, véase PEREZ TREMPS, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 197 y ss.

En el presente trabajo no analizaremos en qué consiste el proceso de "constitucionalización" de la justicia laboral, sino nos limitaremos a desarrollar las premisas para el mismo. Así, abordaremos el marco teórico y normativo de la supremacía del TC frente al PJ de cara a la configuración de una jurisprudencia vinculante.

Para ello, es menester analizar el modelo de justicia constitucional imperante en nuestro país. Así, podremos apreciar algunos puntos de encuentro entre PJ y TC, que determinan la relación de subordinación existente del primero al segundo, a partir de la configuración del precedente vinculante. Entonces, analizaremos algunos casos en los que se ha plasmado la "guerra de las Cortes", que revelan las imperfecciones del marco legal que regula las relaciones interinstitucionales PJ – TC, tensando a veces de manera innecesaria la misma.

Luego, abordaremos las consecuencias de los desajustes del sistema de justicia constitucional, a partir de diversos sonados casos de enfrentamiento entre TC y PJ, como el de la Bolsa de Trabajo Sindical, la Ley de Reelección Presidencial o el incidente entre la Oficina de Control de la Magistratura y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de abril pasado.

Posteriormente, pasaremos revista a las propuestas de mejora del sistema de justicia constitucional contenidas en el Proyecto de Reforma Constitucional del 2002, de la CERIAJUS, así como otras ideas recogidas de la doctrina imperante y propias, como la necesidad de consolidar normativamente el precedente vinculante en áreas distintas a la constitucional. Finalmente, reflexionaremos sobre la enorme responsabilidad que tiene el TC como poseedor de la última palabra en materia constitucional, por lo que sus pronunciamientos irradian a todo el ordenamiento jurídico, rol que lo obliga a evitar cometer excesos.

Demos, pues, inicio a la agenda propuesta.

II. MODELO "DUAL O PARALELO" DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Se entiende por "jurisdicción constitucional" o "justicia constitucional" al conjunto de procesos y mecanismos procesales o judiciales establecidos para asegurar y garantizar la supremacía y vigencia de la Constitución, a través de la intervención de un órgano jurisdiccional, tanto con respecto al control de la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas como de la protección y

defensa de los derechos constitucionales[4]. Existen hasta tres modelos de justicia constitucional:

i) El americano, caracterizado por facultar a todos los jueces a inaplicar toda norma relevante en la controversia que sea contraria a la Carta Magna, pero sólo para el caso concreto, es decir, con efecto inter partes y no erga omnes[5]. Este modelo también es denominado "judicial review", difuso, incidental, especial y declarativo[6]. En el marco de un proceso judicial cualquiera que no tiene como objeto principal analizar la constitucionalidad de una norma, surge la necesidad de hacerlo para resolver el caso. Por ello, se trata de un control incidental de la constitucionalidad de las leyes[7].

ii) El europeo continental, caracterizado por facultar a un órgano especializado (normalmente el TC), independiente de los poderes públicos, para analizar la constitucionalidad de una norma como objeto principal del proceso y, de considerarla contraria a la Carta Magna, disponer su derogación, por lo que su decisión tiene efecto erga omnes. Ello sin perjuicio de otras funciones que puedan asignársele como, por ejemplo, las de ser tribunal de apelación o casación. Este modelo es denominado concentrado, "kelseniano", principal, general y constitutivo[8].

iii) El político, caracterizado por otorgar la tutela de la primacía constitucional al Parlamento, lo cual propugna el autocontrol, no siempre efectivo[9].

Desde la Carta Magna de 1979, coexisten en nuestro país dos modelos de justicia constitucional: por un lado, el modelo americano, judicial review o control difuso de constitucionalidad de las normas, protagonizado por el juez ordinario en todo tipo de procesos y con presencia del TC en las acciones de garantía; y, por otro lado, el modelo europeo continental o control concentrado de constitucionalidad de las normas, protagonizado por el TC (acción de

4 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios Constitucionales. Lima, Ara Editores, 2002, pág. 259.
5 FURNISH, Dale. La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos. En: AA.VV. Aníbal QUIROGA LEON (compilador). Sobre la Jurisdicción Constitucional. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1990, págs. 65 y ss.
6 CALAMANDREI, Piero. Opere Giuridice. Citado por FIX ZAMUDIO, Héctor. La Justicia Constitucional en América Latina. En: Lecturas Constitucionales Andinas N° 1, Lima, CAJ, 1991, pág. 16.
7 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. cit., pág. 260.
8 Ibid.
9 CARRILLO CALLE, Martín. Bolsa de Trabajo y el control de la constitucionalidad. En: AA.VV. Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. Ensayos a propósito de la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, pág. 36.

inconstitucionalidad) y, en menor medida, por el PJ (acción popular)[10].

Ambos modelos transitan por vías paralelas, no se cruzan aunque, como veremos, en el primer modelo el TC es la máxima instancia en los procesos constitucionales que provienen del PJ. No ocurre lo mismo en el segundo modelo, donde TC y PJ carecen de planos de intersección. Todo ello configura el modelo "dual o paralelo" de justicia constitucional.

1.- La "judicial review" o control difuso de constitucionalidad de las normas

El control difuso de constitucionalidad de las normas, es decir, la potestad judicial de inaplicar una norma por considerarla inconstitucional pero con efectos sólo para el caso concreto (inter partes), no con alcance general (erga omnes), por lo que dicha norma no es derogada, aparece en nuestra legislación hace 70 años. El artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 dispuso en su oportunidad que:

> "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera".

Ello fue resultado de una evolución gestada a partir de una sentencia de la Corte Suprema del 26 de agosto de 1920 (emitida en un habeas corpus interpuesto por la señora Cecilia Althaus de Pardo)[11]. Sin embargo, la pasividad, el formalismo y la sumisión de la mayoría de los jueces ante el poder político, impidieron que en la práctica se aplique el control difuso. Se argumentó que no existían normas que detallen operativamente cómo aplicar la judicial review o que, dado que ésta se encontraba en el Código Civil, sólo podía ser aplicada en casos civiles y no en procesos penales (como

10 GARCIA BELAUNDE, Domingo. La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. En: Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Huancayo, Palestra Editores, 1998, pág. 144. Sin embargo, algunos autores nacionales discrepan con tal análisis, considerando que en nuestro país existe un sistema mixto en el sentido que coexisten simultáneamente ambos sistemas y no uno solo. Cfr. QUIROGA LEON, Aníbal. Una aproximación a la justicia constitucional. El modelo peruano. En: Sobre la Jurisdicción Constitucional. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1990, págs. 147-187. Para García Belaunde sería mixto si se produjera una mezcla de los elementos clásicos de los sistemas difuso y concentrado, de modo que den lugar a un tercer modelo (GARCIA BELAUNDE, Domingo. Op. cit., pág. 2).

11 BUSTAMANTE Y CISNEROS, Ricardo. Independencia y Reforma del Poder Judicial. Lima, Revista del Foro, enero-abril 1959, págs. 23-30.

ocurrió en el célebre habeas corpus del ex Presidente José Luis Bustamante y Rivero)[12].

La Constitución Política de 1933 no incluyó el control difuso en su texto, pese a que sí consagró el control concentrado vía la acción popular (art. 133), tema que desarrollaremos más adelante. Décadas después, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Decreto Ley N° 14605) precisó lo siguiente:

> "Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirán la primera...".

Como puede verse, dicha norma enfatizó que la judicial review podía ser aplicada a cualquier tipo de procesos, no sólo a los civiles. Es recién en la Carta Magna de 1979 que se recogió a nivel constitucional el control difuso, en el artículo 236:

> "En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna".

El artículo 138 de la actual Constitución Política indica textualmente lo siguiente:

> "La facultad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

De esta norma se desprenden dos pautas de interés para el presente análisis. En primer lugar, que el ejercicio de la función jurisdiccional debe desarrollarse de

12 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas. En: Pensamiento Constitucional Año V, Número 5. Revista de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la PUCP. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1998, pág. 118.

acuerdo a la Constitución. Esto supone que el Poder Judicial está subordinado al Tribunal Constitucional, tema sobre el que volveremos posteriormente.

En segundo lugar, que los jueces tienen la potestad de la judicial review en todo tipo de proceso judicial respecto de cualquier norma inconstitucional. Pero, debe distinguirse el control difuso del control de la jerarquía de las normas. Para el TC, el control difuso sólo es de constitucionalidad de las normas, mientras que el control de la jerarquía de las normas supone no sólo lo primero sino también la legalidad de las normas y la compatibilidad de las normas de inferior jerarquía que los reglamentos con éstos. Hay, pues, una relación de género a especie entre éste y el primero. Así, el TC dice lo siguiente:

> "...El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional ... el control difuso... su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose para que sea válido la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:
>
> Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional... Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia... Que la norma resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución...[13]".

Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional precisa que:

> "Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución...".

13 Expediente N° 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 13.

Esto último reitera lo que el TC ya venía exigiendo: deben agotarse los esfuerzos para encontrar a la norma en cuestión una interpretación compatible con la Constitución. Así también lo plantea la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del TC (Ley N° 28301). Ello en observancia del principio de presunción de la constitucionalidad de las leyes o conservación de éstas[14].

Pero, la judicial review no puede ser ejercida por los jueces de manera totalmente autónoma, pues el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), luego de reiterar la norma antes reseñada, establece que:

> "...las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación[15]... cuando se trata de normas de menor jerarquía... no requiriéndose la elevación en consulta...".

De esta norma se desprenden varias pautas relevantes. En primer lugar, circunscribe el control difuso a las normas con rango de ley, contrariamente a lo que establece la Carta Magna, el Código Procesal Constitucional y el TC. De este modo, consideramos que la elevación en consulta debe ser respecto de toda norma que se inaplique por control difuso, no sólo las de nivel primario.

En segundo lugar, los jueces que pretendan aplicar la judicial review pueden hacerlo pero, las sentencias así emitidas y no apeladas, deben ser elevadas a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para la confirmación de la inaplicación de la norma respectiva por inconstitucional.

En tercer lugar, las resoluciones de segunda instancia que apliquen el control difuso, también deben ser revisadas por el colegiado supremo antes mencionado, aún no siendo viable el recurso de casación. Es decir, pese a no haber sido

14 A partir de una interpretación conforme a la Constitución (Cfr. Sentencia del TC emitida el 3 de enero de 2003 en el Exp. N° 010-2002-AI/TC). Este principio tiene una íntima vinculación con el de declaración de inconstitucionalidad como última ratio y el in dubio pro legislatore. El primero no consiste en presumir la constitucionalidad de la norma, sino precisamente reconocerla mientras haya una interpretación de la misma que sea compatible con la Carta Magna. El segundo supone que, en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma, se preferirá la constitucionalidad antes que su inconstitucionalidad. RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2005, págs. 126 y ss.

15 El artículo 8 de la LOPJ de 1963 tenía una norma similar, sólo que la elevación en consulta era a la Primera Sala de la Corte Suprema, en el caso de las sentencias emitidas en segunda instancia sólo si no se interponía recurso de nulidad. No se preveía la negativa expresa a la elevación en consulta respecto de normas de inferior jerarquía a la legal.

materia de algún recurso impugnativo o habiendo sido interpuesto resulta manifiestamente improcedente, tales resoluciones serán validadas por el superior jerárquico.

En cuarto lugar, tratándose de normas de nivel secundario (reglamentos) o inferior, no es necesaria tal consulta. Es decir, el juez o el colegiado superior sólo tienen total autonomía para aplicar el control difuso cuando se trate de normas infralegales. Por último, todo magistrado puede aplicar el principio de jerarquía de las normas que no involucre la judicial review con total libertad, sin que sea obligatoria la validación por el colegiado supremo.

La finalidad perseguida con la elevación en consulta a la Corte Suprema es uniformizar la jurisprudencia en un tema tan importante como la inaplicación de una norma con rango legal por incompatibilidad con la Constitución. Esto genera predictibilidad y seguridad jurídica. Pero, resulta contradictorio que tal objetivo no sea perseguido cuando se trata de la inconstitucionalidad de una norma infralegal. De este modo, los jueces o colegiados superiores pueden tener criterios hasta opuestos respecto de la constitucionalidad de una norma infralegal, afectando el derecho a la igualdad de todo justiciable.

Además, en un sistema como el nuestro en el cual el TC es el intérprete supremo de constitucionalidad de las normas (LOTC, art. 1°), la consulta antes referida debería hacerse directamente con el TC en lo que en el sistema español se denomina la "cuestión de inconstitucionalidad"[16]. Sobre este tema volveremos más adelante.

Ahora bien, en un proceso ordinario el control difuso sólo se desarrolla al interior del PJ, pudiendo ser en algunos casos la Corte Suprema la que emita el último pronunciamiento. Pero, en materia de procesos constitucionales, es el TC el que puede tener la última palabra. No siempre fue así del todo. En la Carta Magna de 1979, el artículo 298.2 señalaba que el TGC era competente para:

> "...conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial".

Esto suponía que, la Corte Suprema era la última instancia en materia de acciones de garantía. Sólo si el justiciable obtenía una resolución desestimatoria,

16 GRUPO DE INVESTIGACION DE LA REVISTA CATHEDRA. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Entrevista al doctor Francisco Eguiguren Praeli. En: Revista Cátedra Espíritu del Derecho, Año V, N° 10. Lima, UNMSM, 2003, pág. 298.

podía acudir en casación al TGC mediante recurso extraordinario. También se llegaba a él por iniciativa del Ministerio Público, quien podía interponer dicho recurso[17].

Conocer en casación implicaba, por un lado, que el TGC debía limitarse a determinar si la sentencia había respetado en el fondo y en la forma la Constitución, sin entrar a consideraciones de hecho o emitir nuevo fallo y, por otro lado, que si casaba o anulaba la sentencia, debía ordenar a la Corte Suprema que emitiera nuevo fallo[18], lo que se conocía como "reenvío", ciertamente siguiendo las pautas del TGC. La intención de esta figura fue evitar mayores confrontaciones entre el PJ y el TGC en el ejercicio del primero del control difuso en acciones de garantía. Pero, cuando el TGC casaba expresaba determinadas razones que constituían pautas que la Corte Suprema debía seguir, pero que no siempre observó. Entonces, a veces se plasmaba una realidad contraria a la buscada, de fricciones entre el PJ y el TGC[19].

Con la Constitución Política de 1993 el TC se convirtió en última instancia en los procesos constitucionales, pudiendo evaluar plenamente el material probatorio y los supuestos de hecho y, emitir un fallo definitivo sobre el fondo de la controversia[20], conforme lo señalado en su artículo 202.2:

> "Corresponde al Tribunal Constitucional... conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento".

Sólo que, según el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, el TC es última instancia en caso la Sala Superior declare improcedente o infundada la demanda, no cuando el perdedor sea el demandado, vía recurso de agravio constitucional. Ello inclusive tratándose de una acción de amparo contra resolución judicial, en cuyo caso podría revisarse una decisión de la Corte Suprema[21]. Además, cabe todavía el "reenvío" en un supuesto excepcional, previsto en el artículo 20 del Código Procesal Constitucional:

17 Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (N° 23385), art. 42.

18 AA.VV. Francisco EGUIGUREN PRAELI (coordinador). Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002, pág. 201.

19 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. cit., pág. 122.

20 AA.VV. Ibid.

21 No sólo porque el fallo en cuestión sea uno emitido por la Corte Suprema, sino también porque la tramitación del amparo contra resolución judicial se inicia en una Sala Civil Superior, cuya decisión es apelable ante la Corte Suprema (Código Procesal Constitucional, art. 51). El amparo contra resolución judicial procede cuando se ha vulnerado la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (Código Procesal Constitucional, art. 4).

> "... Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo".[22]

La razón para que el TC sólo conozca las sentencias denegatorias de las acciones de garantía, es de celeridad y descarga procesal[23], lo que no precisamente se cumple por los miles de expedientes que llegan a dicha instancia. Adicionalmente, el hecho que el TC tenga la última palabra en materia constitucional revela la finalidad que el intérprete supremo de la Carta Magna uniformice los criterios de juzgamiento en materia de derechos fundamentales.

Sin embargo, si el proceso constitucional concluye con sentencia estimatoria en segunda instancia, no se lograría el propósito de la uniformidad de criterios, pues cada Sala Superior podría tener su propia forma de evaluar la constitucionalidad de determinada norma, a veces hasta opuesta a la de otro colegiado equivalente[24]. Así, una misma norma podría ser considerada constitucional por una Sala Superior e inconstitucional por otra. Pese a la existencia del precedente vinculante de las resoluciones del TC, en algunas ocasiones el PJ ha resuelto sin observarlo, como veremos posteriormente.

2.- El control "kelseniano" o concentrado de constitucionalidad de las normas

El control concentrado de la constitucionalidad de las normas o modelo kelseniano es aquel por el cual se encomienda a un órgano especializado, en la gran mayoría de los países el TC, el análisis de la constitucionalidad de las normas mediante un proceso cuyo objeto principal es el análisis frontal de éstas[25]. La decisión sobre el particular es vinculante (erga omnes) y, de ser considerada

22 La aplicación de esta norma puede verse en la sentencia emitida en el Expediente N° 0160-2005-HC/TC, fundamentos jurídicos 1 y 2.
23 AA.VV. Ibid.
24 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. cit., pág. 133.
25 CASTAÑEDA OTSU, Susana. El Proceso de Acción Popular: Un análisis preliminar. En: AA.VV. Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Serie: Temas de Derecho Procesal Constitucional N° 1. Lima, Jurista Editores, 2005, págs. 241-242.

inconstitucional la norma bajo análisis, ésta es derogada. En nuestro país, se da a través de la acción popular, a cargo del PJ, y la acción de inconstitucionalidad, competencia del TC.

En el Perú surgió primero la acción popular. En la Constitución Política de 1920 se indicaba al respecto que (art. 157):

> "Producen acción popular contra magistrados y jueces la prevaricación, el cohecho, la abreviación o suspensión de las formalidades judiciales, el procedimiento ilegal contra las garantías individuales y la prolongación de los procesos sumarios".

Es decir, aparece la acción popular en nuestro sistema jurídico como un proceso de responsabilidad contra los magistrados por vulneración al debido proceso o hasta la comisión de delitos, no como un mecanismo procesal de control concentrado de constitucionalidad de las normas.

Posteriormente, en la Carta Magna de 1933 se dispuso lo siguiente (art. 231):

> "Hay acción popular para denunciar los delitos contra los deberes de función que cometen los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones. También hay para denunciar los delitos contra la ejecución de resoluciones judiciales que cometan los funcionarios del Poder Ejecutivo".

En esta norma se restringe la acción popular como proceso de responsabilidad contra los magistrados únicamente a los delitos, extendiéndola a los funcionarios del Poder Ejecutivo. Pero, en la misma Norma Suprema se reguló también que (art. 133):

> "Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, contra las resoluciones y decretos gubernamentales de carácter general y que infrinjan la Constitución o las Leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente".

Es recién con esta disposición que se consagra la acción popular como un mecanismo de control concentrado de constitucionalidad de las normas, pero a

cargo no del TC, como ocurre en la mayoría de sistemas que practican este modelo, sino del PJ y sólo para normas infralegales[26].

Esta norma surgió al comprobarse en el Congreso Constituyente de 1931 que el Poder Ejecutivo había emitido diversos reglamentos cuya constitucionalidad o legalidad eran muy discutibles, por lo que era aconsejable establecer limitaciones para evitar tales excesos[27].

Lamentablemente, durante 30 años no fue ejercida la acción popular, pues no se emitió la norma que disponía el procedimiento a seguir, sino hasta la LOPJ de 1963, en cuyo artículo 7 se estableció que debía interponerse en la vía ordinaria como proceso de puro derecho, con la intervención del Procurador General de la República en representación del Estado.

Luego, la Constitución Política de 1979 amplió el abanico de normas infralegales que podían ser impugnadas mediante la acción popular (art. 295):

> "...Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público".

Actualmente, el artículo 200.5 de la Carta Magna de 1993 reitera casi con el mismo fraseo la norma antes mencionada. El artículo 76 del Código Procesal Constitucional añade que también procede la acción popular contra normas infralegales que no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley.

De otro lado, la acción de inconstitucionalidad aparece en nuestro ordenamiento jurídico recién con la Constitución Política de 1979 (art. 298.1):

> "El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para... declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales

26 En el Derecho Comparado surge como instrumento de control de constitucionalidad de las normas en la Constitución venezolana de 1858 y en la reforma constitucional de Colombia de 1901. CASTAÑEDA OTSU, Susana. Op. cit., pág. 244.

27 BLUME FORTINI, Ernesto. El Control de la Constitucionalidad en el Perú (antecedentes, desarrollo y perspectivas). En: Derecho Procesal Constitucional. CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coordinadora). Lima, Jurista Editores, tomo I, 2004, pág. 236.

> que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo...".

Posteriormente, la actual Carta Magna reiteró dicha norma precisando las normas con rango de ley impugnables por la acción de inconstitucionalidad: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Esta disposición ha sido reiterada por el artículo 77 del Código Procesal Constitucional. El artículo 75 del mismo cuerpo normativo añade que también puede ser cuestionada por la acción de inconstitucionalidad toda ley que no haya sido aprobada como orgánica pero que regula materia reservada a ésta o, que implique la modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

El TC conceptualiza la acción de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

> "...se trata, pues, de un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma, en el cual, debido a su propia naturaleza, no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional, sino única y exclusivamente, a cumplir la función de eficacia integradora de la unidad constitucional, sea mediante la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico o a través de la interpretación de conformidad constitucional, según sea el caso"[28].

Aunque después el TC precisó lo siguiente:

> "El proceso de inconstitucionalidad si bien es de naturaleza abstracta tiene una doble dimensión: objetiva y subjetiva. En reconocimiento de la dimensión objetiva se debe ejercer un control de constitucionalidad acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución Política; es decir, que no se reduce únicamente a un mero examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional... En mérito a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la

28 Expediente N° 003-2004-AI/TC, fundamento jurídico 1.

> norma legal impugnada, lo cual definitivamente no supone la resolución del problema en un caso concreto, sino otorgarle un canon valorativo constitucional-función de valoración para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad"[29].

En cuanto a las infracciones constitucionales por la forma o el fondo, el TC ha establecido las siguientes pautas:

> "Una norma incurre en una infracción constitucional de forma, fundamentalmente en 3 supuestos: a) cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación... b) cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho... c) cuando es expedida por un órgano que constitucionalmente resulta incompetente para hacerlo...Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango de ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales..."[30].

El TC conoce en instancia única la acción de inconstitucionalidad, según el artículo 202.1 de la Constitución Política, por lo que sus decisiones no pueden ser revisadas en sede nacional. Si el TC declara fundada una acción de inconstitucionalidad, la norma de rango legal en cuestión queda sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia respectiva en "El Peruano", sin que ésta tenga efecto retroactivo, de acuerdo al artículo 204 de la Carta Magna. Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del principio de legalidad, el TC puede darle carácter retroactivo a sus sentencias, de conformidad con el artículo 81 del Código Procesal Constitucional. Inclusive, es posible reabrir procesos concluidos en los que se aplicaron las normas inconstitucionales, sólo cuando se trate de materia tributaria que vulnera el principio de legalidad o materia penal en caso que se favorezca al reo, de acuerdo al artículo 83 del Código Procesal Constitucional.

Además, la sentencia que declare inconstitucional una norma, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia, según el artículo 78 del Código Procesal Constitucional.

29 Expediente N° 002-2005-PI/TC, fundamento jurídico 2.
30 Expedientes N°s 020/021-2005-PI/TC, fundamentos jurídicos 21 a 29.

3.- La supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial

El TC es un primus inter pares, un poder moderador o armonizador entre los poderes del Estado en relación a la Constitución. Pero, ocurre que el TC tiene por función controlar y limitar los excesos legislativos del poder en perjuicio de la Carta Magna y los ciudadanos y, los excesos judiciales que puedan vulnerar los derechos fundamentales[31]. Si bien existe entre el TC y el PJ relaciones de coordinación e interdependencia, también se da una relación de jerarquía del primero sobre el segundo pues aquél es instancia final de fallo en los procesos constitucionales de la libertad ante resoluciones denegatorias del PJ[32], en el marco del control difuso de constitucionalidad de las normas.

Además, en materia de control concentrado de constitucionalidad de las normas, el TC puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal y derogarla en instancia única, lo cual no puede hacer el PJ. Inclusive, cuando el PJ tiene entre manos una acción popular que involucre el análisis de una ley, a su vez materia de una demanda de inconstitucionalidad, debe suspender la tramitación del primer proceso hasta que el TC emita resolución definitiva, según el artículo 80 del Código Procesal Constitucional. Además, la sentencia del TC no sólo vinculará al PJ sino a todos los poderes públicos, conforme al artículo 82 del mismo cuerpo normativo. Esto también ocurrirá con una sentencia emitida por el PJ declarando fundada una acción popular, pero para normas infralegales y no son vinculantes para el TC.

Y es que el TC, de acuerdo al artículo 201 de la actual Carta Magna, es el órgano de control de la misma, siendo adicionalmente su intérprete supremo, según el artículo 1° de la LOTC.

Por ello, los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad, ni interpretar las leyes al margen de los preceptos y principios constitucionales interpretados por el TC a través de sus resoluciones, conforme el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición Final de la LOTC. En tal sentido, las sentencias del TC que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la

31 MC ILWAIN, Charles. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 37.
32 LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. Ponencia presentada al Primer Encuentro de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, llevado a cabo el 11 y 12 de febrero de 2006. Pág. 6

sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Pero, ya hemos visto que existen algunos escenarios en los que el PJ decide autónomamente sobre la constitucionalidad de las normas: i) cuando el PJ declara fundada una acción de amparo o cumplimiento, habeas corpus o data, no pudiendo el demandado recurrir al TC; ii) cuando se produce la "cuestión de inconstitucionalidad" o elevación en consulta a la Corte Suprema, no al TC, de la decisión judicial que aplica el control difuso, |por cierto únicamente sobre leyes, por lo que ni siquiera se da dicha validación respecto de normas infralegales; iii) la acción popular que llega en segunda y definitiva instancia sólo a la Corte Suprema, no al TC.

De manera que, pese al punto de encuentro entre el TC y el PJ en los procesos constitucionales de la libertad, el control difuso de constitucionalidad de las normas no asegura que la última palabra la tenga el TC, aun siendo el intérprete supremo de la Carta Magna. Tampoco se da respecto de la "cuestión de inconstitucionalidad" al no llegar al TC, como sí ocurre en otras realidades como la española[33]. Del mismo modo, el control concentrado puede permitir que el PJ vía acción popular se pronuncie sobre la constitucionalidad de normas infralegales a partir de una interpretación de las leyes que no ha sido analizada ni validada por el TC, el que a futuro podría tener criterios divergentes sobre el particular.

La interpretación constitucional no se reduce a fijar el sentido de los preceptos de la Carta Magna, sino también el sentido constitucional del resto del ordenamiento jurídico, en tanto y en cuanto éste encuentra su fundamento en aquélla[34]. Por eso, es que al ser el TC el intérprete supremo de la Constitución, es también el supremo intérprete constitucional[35]. Como la unidad última del ordenamiento encuentra su base en la Carta Magna, la unidad última de la jurisprudencia debe partir de la necesaria interpretación uniforme de la Constitución[36], siendo su intérprete supremo el TC. De lo contrario, se genera inseguridad jurídica ante una justicia constitucional u ordinaria imprevisible por tener criterios discordantes para situaciones idénticas o similares, atentando contra el derecho de igualdad de todo ciudadano.

33 PEREZ TREMPS, Pablo. Op. cit., pág. 266. Inclusive, en el sistema español, todo juez que desee cambiar la interpretación del TC sobre una ley, debe acudir a dicho recurso.
34 Ibid., pág. 243.
35 RUBIO F. y M. ARAGON. La jurisdicción constitucional en la Constitución española de 1978. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pág. 815.
36 PEREZ TREMPS, Pablo. Op. cit., pág. 272.

Por lo expuesto, el modelo dual o paralelo de justicia constitucional es imperfecto, agudiza los problemas entre el PJ y el TC[37] al no reconducir todo análisis de control de constitucionalidad en dirección al TC, aún manteniendo el control difuso a cargo del PJ.

III. CONSECUENCIAS DE LOS DESAJUSTES DEL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Precisamente por ello, ha sido posible que se produzcan algunos sonados casos en los que el PJ ha desacatado abiertamente los precedentes vinculantes del TC, en claros episodios de la "guerra de las Cortes".

1. El caso de la Bolsa de Trabajo Sindical

El primero de ellos fue el de la Bolsa de Trabajo Sindical en Construcción Civil. La Ley N° 25202 (23/2/90) creó la Bolsa de Trabajo de los trabajadores de construcción civil, obligando a los empresarios del sector a contratar a los inscritos en dicha Bolsa para cubrir por lo menos el 25% de las plazas que se requerían en cada obra (art. 1°). Según el Reglamento de dicha Ley (Decreto Supremo N° 022-90-TR del 27/4/90), dicha Bolsa estaba a cargo del Sindicato de Trabajadores de la jurisdicción donde se iba a ejecutar la obra correspondiente, no siendo exigible su observancia en las obras que requieran a 20 o menos trabajadores (art. 1°). La cobertura de los puestos de trabajo debía ser en función al sistema de "turno obligatorio", es decir, en base al orden en que se inscriban los trabajadores en la Bolsa en mención (art. 6).

El 10 de mayo de 1990, el Fiscal de la Nación interpuso acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25202, alegando que vulneraba los derechos fundamentales de libre asociación, libertad sindical individual de los trabajadores y frente a las organizaciones de empleadores, igualdad en el trabajo y ante la ley y, el principio de jerarquía de normas.

El 13 de agosto de 1990, el TGC emitió sentencia declarando infundada la demanda y constitucional la Ley N° 25202 por la forma y el fondo. Este constituyó un precedente vinculante del TGC en materia de control concentrado de constitucionalidad de las normas, por lo que debía ser acatado por el PJ.

37 CARPIO MARCOS, Edgar. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. En: Revista Actualidad Jurídica, Tomo 148. Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2006, pág. 154.

Previamente a la demanda de inconstitucionalidad, el 16 de marzo de 1990 la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), 15 empresas constructoras y una persona natural interpusieron contra el Estado una acción de amparo ante el 12° Juzgado Civil de Lima, para que se abstenga de aplicar la Ley N° 25202, por vulneración a los derechos de igualdad ante la ley, libre contratación, libertad sindical y el principio de legalidad (pensando en el Reglamento, aún no emitido a la fecha de interposición de la demanda). El 7 de mayo de 1990, el Juzgado declaró fundada la demanda. El Estado apeló y, el 11 de marzo de 1991 la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima confirmó (en discordia) la sentencia.

A ese momento, ya el TGC había declarado constitucional la Ley N° 25202. Ante ello, la Sala Civil argumentó lo siguiente:

> "...la Constitución ha instituido dos mecanismos independientes de control constitucional, con funciones totalmente diferentes y específicas; uno, creado para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, con eficacia general y abstracta a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales; y, otro, a través del Poder Judicial, encargado de administrar justicia, con la obligación de preferir la norma constitucional en caso de incompatibilidad con una norma legal ordinaria, en cuyo supuesto el órgano jurisdiccional debe apreciar la inaplicación de la norma que resulte incompatible... que de acuerdo a la analizada sistemática constitucional, el juzgado no debe abstenerse obviamente de administrar justicia ni resignar su potestad jurisdiccional con relación a la Acción de Amparo sometida a su competencia, por haber declarado el Tribunal de Garantías Constitucionales la exequibilidad de la norma impugnada... declárese la inaplicación del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales[38], pues deviene incompatible con los artículos 232 y 233[39] de la Constitución...no obstante el Tribunal de Garantías Constitucionales ha fallado por la constitucionalidad de la Ley N° 25202, corresponde al Poder Judicial pronunciarse sobre las violaciones constitucionales que a su criterio se están cometiendo en perjuicio de los accionantes...".

38 Esta norma señalaba que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal.

39 El artículo 232 de la Carta Magna anterior regulaba la facultad del control difuso de constitucionalidad de las normas y, el 233 las garantías de la administración de justicia, entre las cuales estaba la independencia del juez (numeral 2).

Como puede apreciarse, en base a la facultad del control difuso de constitucionalidad de las normas otorgada al juez ordinario, éste desconoció la supremacía del TGC en materia de interpretación de las leyes, pese a que el TGC ya había declarado constitucional la Ley N° 25202, en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad de las normas. Es más, el juez ordinario inaplicó también para el caso concreto el artículo 39 de la LOTGC, que no le permitía inaplicar la Ley N° 25202, cuya validez constitucional fue confirmada por el TGC. Según el juez ordinario, éste no puede dejar de ejercer el control difuso con criterios propios, al margen de la opinión del TGC, pues los modelos de control de constitucionalidad de las normas son independientes entre sí. Esa fue la forma particular de entender el modelo "dual o paralelo" de justicia constitucional.[40]

Esta sentencia fue claramente política, en tanto los magistrados quebraron el principio del debido proceso y el de supremacía del TC sobre el PJ, consagrado a partir de la obligatoriedad de los fallos vinculantes del primero sobre el segundo[41].

El PJ desintegró la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional. Si la ley debía aplicarse de acuerdo con la Constitución, la interpretación de aquélla debía ser la hecha por el TC. El control difuso debió asumir la interpretación constitucional que se hizo sobre la base del control abstracto. Así, no podía resolverse en contra de la ratio decidendi de la sentencia del TC, precedente vinculante para el PJ y todos los poderes públicos.

2. El caso de la Ley de Reelección Presidencial

De otro lado, el segundo caso fue el de la Ley de Reelección Presidencial. La Ley N° 26657 interpretó "auténticamente" el artículo 112 de la actual Carta Magna, para permitir la re-reelección del Presidente Fujimori. Concretamente

40 Luego, el propio Poder Ejecutivo desacató el mandato del TGC. El 12 de noviembre de 1991 promulgó el Decreto Legislativo N° 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, que exoneraba de la obligación de concurrir a la Bolsa de Trabajo a aquellos constructores que dieran ocupación a trabajadores capacitados, calificados y certificados por el SENCICO o por cualquier otro centro de capacitación debidamente autorizado (art. 4). Finalmente, el 1° de julio de 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25588, que derogó la Ley N° 25202.

41 LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima, Palestra Editores, 2° edición, 2003, pág. 747.

estableció que la reelección está referida y condicionada a los mandato presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación de la Constitución de 1993.

El 23 de setiembre de 1996, el Colegio de Abogados de Lima interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26657, alegando que el Congreso no puede realizar una interpretación auténtica, la que estaría reservada sólo para una Asamblea Constituyente; que realmente se modificó y no interpretó el artículo 112 de la Constitución Política, para aplicarlo retroactivamente y permitir la re-reelección del Presidente Fujimori, con lo cual se legisló para una sola persona.

El 3 de enero de 1997, sólo con el voto de 3 magistrados del TC se declaró inaplicable la Ley N° 26657, lo cual es, por decir lo menos, polémico en el marco de un proceso de control concentrado de constitucionalidad de normas. El TC estimó que, si bien es cierto el Congreso puede emitir leyes de interpretación auténtica, la Ley en cuestión sólo se promulgó con el propósito de favorecer a una persona concreta, desplegando efectos retroactivos no permitidos por el artículo 103 de la Carta Magna. No se tuvo en cuenta la relación existente entre el artículo 112 de la actual Norma Fundamental, que permite la reelección inmediata pero exige el interregno de un período para volver a postular, y el 205 de la Constitución de 1979, que prohibía la reelección presidencial inmediata. Desde la entrada en vigencia de la actual Carta Magna, el primer período del Presidente Fujimori fue del 31 de diciembre de 1993 hasta el 27 de julio de 1995 y, el segundo desde el 28 de julio de 1995. Pero, ya arrastraba un período presidencial previo iniciado el 28 de julio de 1990, conforme Ley Constitucional del 6 de enero de 1993 emitida por el CCD.

Pese a ello, en febrero de 1997 la entonces congresista Martha Chávez interpuso una insólita acción de amparo contra la sentencia del TC, argumentando que existía la amenaza de violación de su derecho de reelegir al Presidente Fujimori en las elecciones del 2000, así como la amenaza que los 3 votos conformes de los magistrados del TC que declararon la inaplicación de la Ley N° 26657 constituyesen una sentencia válida contra dicha norma, dado que no se había resuelto sobre el fondo del asunto en la acción de inconstitucionalidad antes mencionada.

El 24 de marzo de 1997, la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima declaró improcedente la demanda considerando, entre otros argumentos, que el PJ carece de competencia para dejar sin efecto vía una acción de amparo una sentencia del TC que tiene carácter de cosa juzgada. La entonces Fiscal de la

Nación apeló dicho fallo y denunció por prevaricato a los vocales que valientemente emitieron la sentencia.

Finalmente, el 30 de diciembre de 1997, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (con tres nuevos integrantes sintomáticamente designados antes de emitir pronunciamiento) declaró fundada la acción de amparo en base a los siguientes considerandos: i) la sentencia del TC no es tal, pues carece de los 6 votos conformes exigidos por la LOTC para emitir pronunciamiento en una acción de inconstitucionalidad; ii) el TC sólo puede hacer uso del control difuso cuando actúa como última instancia en los procesos constitucionales de la libertad; y, iii) los 3 magistrados del TC que declararon inaplicable la Ley N° 26657 han incurrido en una irregularidad y cometido una incongruencia extrapetita.

Esta sentencia fue emitida únicamente en base a consideraciones legales, pero no constitucionales. La interpretación de la ley corresponde al juez, pero ha de llevarse a cabo con arreglo a la Constitución, que es interpretada por el TC. De manera que, el criterio de éste irradia sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales[42]. El TC goza de la "competencia de la competencia". El PJ no tiene la potestad de discutirle sus atribuciones, sobre todo si el TC resuelve las contiendas de competencia entre distintos poderes estatales, incluido el PJ, y organismos constitucionales[43]. Por ello, el PJ se extralimitó en este caso, como en el anterior.

3. El incidente entre la Oficina de Control de la Magistratura y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

En función al tiempo transcurrido desde que ocurrieron ambos incidentes, el último hace casi diez años, podríamos pensar que la "conciencia constitucional" de los magistrados se ha ido consolidando progresivamente y que la "guerra de las Cortes" es parte de la historia judicial. Sin embargo, lamentablemente aún no alcanzamos los niveles de desarrollo esperados sobre el particular.

El 4 de abril de 2006 fue publicada en "El Peruano" la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ que dispuso que todos los jueces a nivel nacional, bajo responsabilidad funcional, den cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el TC en las sentencias emitidas en los expedientes N°s 0206-

42 TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 99.
43 LANDA ARROYO, César. Op. cit., pág. 754.

2005-PA/TC y 4227-2005-PA/TC, así como en otras materias. ¿Cuál fue el origen de este fuerte llamado de atención de la Oficina de Control de la Magistratura (en adelante "OCMA") a los magistrados del PJ?

La sentencia emitida en el expediente N° 0206-2005-PA/TC es la de la acción de amparo interpuesta por el señor César Baylón Flores contra la EPS EMAPA Huacho el 28 de noviembre de 2005. En este fallo se establecieron diversas pautas sobre la procedencia del amparo laboral, una vez entrada en vigencia el Código Procesal Constitucional y establecido el carácter residual de dicha acción de garantía, que no estaban cumpliendo los magistrados del PJ, pese a que se trataba de un precedente vinculante del TC.

La sentencia emitida en el expediente N° 4227-2005-PA/TC es la de la acción de amparo interpuesta por la empresa Royal Gaming contra la SUNAT y otros el 2 de febrero de 2006. En este fallo también se establecieron diversas pautas sobre la procedencia del amparo tributario, en relación a la constitucionalidad de las últimas normas en materia del impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamoneda, que tampoco estaban cumpliendo los magistrados del PJ, pese a que se trataba de un precedente vinculante del TC.

Pero, al día siguiente, el 5 de abril de 2006, apareció en los principales periódicos un comunicado del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (en adelante "CEPJ") "puntualizando" que la potestad de administrar justicia se ejerce exclusivamente por el PJ sólo conforme a la Constitución y las leyes, únicas normas a las que están sometidos los magistrados, garantizando la Carta Magna y la LOPJ su independencia jurisdiccional.

Entonces, el CEPJ le "enmendó la plana" a la OCMA indicándole tácitamente que no puede "regañar" a los jueces, amenazarlos ni ordenarles que resuelvan las causas en base a pauta alguna, pues su independencia lo impide, en tanto sólo están sujetos a la Constitución y las leyes. Esto reveló, una vez más, un claro desacato a los precedentes vinculantes del TC, esta vez del órgano de gobierno del PJ.

El artículo 146.1 de la Norma Fundamental obliga al Estado a garantizar a los magistrados su independencia, estando únicamente sometidos a la Constitución y la ley. Genéricamente, la independencia consiste en la ausencia de subordinación a otro, el no reconocimiento de un mayor poder o autoridad[44]. Esto podría sustentar la posición del CEPJ, de tácito desafío al TC, cuya autoridad no sería reconocida en el ejercicio de la función jurisdiccional.

44 DE OTTO, Ignacio. Estudios sobre el Poder Judicial. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989, pág. 57.

Pero, como vimos anteriormente, al ser el TC el intérprete supremo de la Constitución, es también el supremo intérprete constitucional. Como la unidad última del ordenamiento encuentra su base en la Carta Magna, la unidad última de la jurisprudencia debe partir de la necesaria interpretación uniforme de la Constitución, siendo su intérprete máximo el TC. De lo contrario, se genera inseguridad jurídica ante una justicia constitucional u ordinaria imprevisible por tener criterios discordantes para situaciones idénticas o similares, atentando contra el derecho de igualdad de todo ciudadano.

De modo que, el precedente vinculante del TC constituye un límite a la independencia del magistrado[45], debiendo observarlo conforme lo exigen la Norma Fundamental, el Código Procesal Constitucional y la LOTC. Lo particular y preocupante de este episodio es que ahora es el propio órgano de gobierno del PJ y no sólo algunos magistrados, el que se resiste a acatar el precedente vinculante del TC, contradiciendo inclusive al órgano de control del PJ que, de este modo, se vería imposibilitado de sancionar a los jueces que inapliquen los fallos del TC de obligatoria observancia.

IV. PROPUESTAS DE MEJORA DEL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Ante las imperfecciones del modelo "dual o paralelo", en el Congreso y el sistema judicial han surgido esperanzadoras propuestas para corregir los desajustes del mismo. Lamentablemente, las propuestas del sistema judicial no son compartidas precisamente por el PJ, en una actitud de rebeldía de algunos magistrados frente a la supremacía constitucional del TC.

1. El Proyecto de Reforma Constitucional del 2002, de la CERIAJUS y otras propuestas

En julio de 2002, la Comisión de Constitución presentó al Pleno del Congreso un proyecto de reforma constitucional, que fue aprobado parcialmente, pero sólo en una legislatura. En dicho documento se propone lo siguiente:

a) que la acción popular sea resuelta por el TC (art. 61). Algunos autores opinan que inclusive el control concentrado de legalidad de las normas debe estar en

45 ADRIAN CORIPUNA, Javier. Las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante. En: Gaceta del Tribunal Constitucional N° 2, abril-junio 2006. Lima, pág. 24.

manos del TC[46]. Otros autores discrepan con esta posición, distinguiendo entre la acción popular que se interponga contra reglamentos inconstitucionales de aquella que se inicie contra reglamentos ilegales. En este último caso no estaríamos ante un proceso constitucional, pues no supone necesariamente aplicar el principio de supremacía constitucional. El primer tipo de acción popular seguiría siendo competencia del PJ, mientras que el segundo tipo sería reemplazado por un proceso contencioso administrativo de reglamentos ilegales también competencia del PJ[47].

Consideramos que la acción popular debe ser competencia del TC sólo vía certiorari cuando estamos ante reglamentos indistintamente cuestionados por inconstitucionales o ilegales, pues el análisis de las leyes en muchas ocasiones involucra las normas constitucionales con las cuales están vinculadas, lo que nos conduce a interpretar la Carta Magna en la lógica del denominado "bloque de constitucionalidad". Nos explicamos.

El artículo 79 del Código Procesal Constitucional indica que, para apreciar la validez constitucional de las normas el TC considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta norma alude al "bloque de constitucionalidad", entendido por el TC como:

> "...armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control...".[48]

De modo que, en no pocas ocasiones, para saber si un reglamento es ilegal, las leyes pertinentes para el análisis pueden formar parte del "bloque de constitucionalidad" de alguna norma de la Carta Magna, por lo que la interpretación del reglamento termina siendo una interpretación constitucional, materia que debe ser revisada consideramos vía certiorari[49] por el TC. Así, el PJ

46 Ibid., pág. 230.
47 ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Antecedentes, desarrollo y desafíos en el Perú. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, págs. 198-199.
48 Expediente N° 0002-2005-AI/TC, fundamento jurídico 10.
49 Entendemos por certiorari la atribución de un órgano jurisdiccional para conocer de oficio como instancia o casación los procesos que se vienen desarrollando o sentenciando por órganos inferiores jerárquicamente hablando, con el propósito de establecer líneas jurisprudenciales vinculantes. Cfr. CATHEDRA. Op. cit. Entrevista a Samuel Abad Yupanqui, pág. 292.

sería primera y segunda instancia de tramitación de la acción popular, pudiendo llegar ésta al TC sólo cuando se desee establecer algunos criterios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento. De este modo, no aumentaría demasiado la carga de trabajo del TC.

b) Que el TC no solo conozca las resoluciones denegatorias en los procesos de habeas corpus, habeas data, amparo y acción de cumplimiento, sino también de oficio pueda emitir pronunciamiento respecto de las resoluciones estimatorias con miras a consolidar una política de unidad jurisdiccional (art. 209.2). Así, en este segundo supuesto, el TC podría escoger el caso que estime pertinente para establecer un criterio jurisprudencial, en una suerte de certiorari[50]. Compartimos esta propuesta.

Algunos autores inclusive consideran pertinente que el certiorari del TC se extienda a los procesos ordinarios o procedimientos administrativos en los que se haya inaplicado alguna norma por considerarla inconstitucional o ilegal[51]. Mas bien estimamos que para estos casos, sería mejor que el TC valide tales fallos mediante la "cuestión de inconstitucionalidad". Esto sería más equilibrado desde la perspectiva de la libertad de movimiento necesaria para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas por el juez ordinario y, evitaría la sobrecarga de trabajo en el TC. Precisamente por ello creemos que el certiorari sí es pertinente en las acciones de garantía con sentencias estimatorias en segunda instancia.

Posteriormente, el 2 de mayo de 2004 se aprobó en el Pleno de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS[52]), pero con la oposición del Presidente de la Corte Suprema[53], la propuesta de reforma constitucional de uno de sus Grupos Temáticos, el de Reforma Parcial de la Constitución, Leyes Orgánicas y Niveles de Coordinación, que reitera la introducción del certiorari como facultad del TC en los procesos constitucionales de la libertad en los que la demanda obtenga en segunda instancia un fallo estimatorio.

De otro lado, un sector de la doctrina propone que la "cuestión de inconstitucionalidad" o elevación en consulta de una sentencia que en un proceso

50 Ibid.
51 LANDA ARROYO, César. Op. cit., pág. 186.
52 Integrada por el Presidente del Poder Judicial, quien la presidió, la Fiscal de la Nación, el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, un representante del Tribunal Constitucional, la Presidenta de la Academia de la Magistratura, el Ministro de Justicia, el Defensor del Pueblo, dos representantes de la Comisión de Justicia del Congreso, cinco miembros elegidos por las instituciones de la sociedad civil participantes en el Foro del Acuerdo Nacional, un representante de los Colegios de Abogados del Perú y un representante de las Facultades de Derecho.
53 Además, se opusieron, sintomáticamente, la Fiscal de la Nación y la Presidenta de la Academia de la Magistratura, también vocal supremo.

ordinario aplicó el control difuso, ya no sea competencia del PJ, sino del TC. De esta forma, se afianzaría el papel rector del TC en materia de interpretación constitucional y se evitarían colisiones de criterios entre el PJ y el TC[54]. Estamos de acuerdo con esta propuesta. Inclusive, se plantea que vía la "cuestión de inconstitucionalidad" el TC pueda revisar los fallos de segunda instancia que declaran fundadas las demandas en los procesos constitucionales de la libertad[55]. Como vimos, en este supuesto preferimos el certiorari. Otro sector de la doctrina plantea lo que se denomina la "autocuestión de inconstitucionalidad". Mientras que en la "cuestión de inconstitucionalidad" el TC valida la sentencia emitida a iniciativa del PJ o una de las partes en el proceso, en la "autocuestión de inconstitucionalidad" es el propio TC el que de oficio dispone la elevación en consulta del fallo[56]. Igualmente, nos quedamos con el certiorari para las acciones de garantía.

2. La consolidación del precedente vinculante

Ahora bien, ya hemos visto que pese a que las sentencias del TC en materia constitucional pueden llegar a ser precedentes vinculantes, no siempre son observadas por el PJ, inclusive por la justicia laboral. Ello en virtud de las imperfecciones del modelo "dual o paralelo" de justicia constitucional, respecto de las cuales acabamos de esbozar algunas propuestas para su mejora. Así, lograremos una justicia más uniforme y por ende, predecible, conducida por el intérprete supremo de la Carta Magna que, a su vez, inspira a todo el ordenamiento jurídico. Todo ello en un contexto de relaciones más armónicas entre PJ y TC.

Pero, adicionalmente a la implementación de dichas propuestas y a la necesaria toma de mayor "conciencia constitucional" por parte de los magistrados, resulta imprescindible consolidar la institución del precedente vinculante en otros espacios de la justicia que no sean la constitucional ni aquellos en los que se aplique el control difuso, principalmente en la casación de la Corte Suprema.

En nuestro país, la regla es que la jurisprudencia no es vinculante sino meramente referencial, mientras que la excepción es que lo sea. La jurisprudencia

54 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. 1998. Op. cit., págs. 129-130.
55 Ibid., pág. 133.
56 PEREZ TREMPS, Pablo. Op. cit., pág. 255.

puede entenderse en sentido lato o estricto. En el primero está constituida por las resoluciones judiciales que los magistrados emiten en ejercicio de la función jurisdiccional, cualquiera sea la instancia o nivel al que pertenecen. En el segundo se circunscribe a las resoluciones emanadas del máximo tribunal en cada sistema judicial, en el nuestro la Corte Suprema[57]. Pero, precisando aún más este sentido estricto, podríamos decir que la jurisprudencia es la serie de decisiones judiciales emitidas por el máximo tribunal que resuelven de forma idéntica o análoga continuos supuestos de hecho análogos o idénticos[58].

La fuerza vinculante de la jurisprudencia supone que los poderes públicos y los ciudadanos en general observen los criterios, orientaciones y principios establecidos por los máximos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial) y, específicamente que, ante casos iguales, aquéllos se encuentren obligados a respetar sus decisiones anteriores o inobservarlas motivadamente (precedente vinculante horizontal o stare decisis[59]) y, que los jueces y tribunales inferiores también observen tales decisiones (precedente vinculante vertical)[60].

El precedente vinculante no es aplicable cuando existen diferencias entre el caso que permitió la emisión del precedente y el caso por resolver (distinguish). El stare decisis no impide que los máximos tribunales de justicia cambien sus propios precedentes, motivando debidamente las razones que los llevaron a tal decisión (overruling). Para comenzar, el TC tiene esta facultad, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[61].

Lamentablemente, la propia Corte Suprema a veces no sigue sus propios precedentes, cambiando de criterio repentinamente sin mayor motivación. El derecho de igualdad es vulnerado cuando se da un tratamiento desigual a los que son iguales o, un tratamiento igual a los que son desiguales[62]. El derecho a la igualdad ante la ley (Const., art. 2.2) tiene dos manifestaciones relevantes: la igualdad ante la ley propiamente dicha y, la igualdad en la aplicación de la

57 RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1985, pág. 153.
58 ALONSO OLEA, Manuel. Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución. Madrid, Civitas, 1982, pág. 485.
59 ALONSO GARCIA, Enrique. La interpretación de la Constitución. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 165. El principio del stare decisis supone solamente que los jueces están obligados a seguir sus propios precedentes en la resolución de casos futuros idénticos o análogos.
60 BERNAL PULIDO, Carlos. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. En: El Derecho de los derechos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 208-209.
61 El TC ha consagrado inclusive la figura del prospective overruling, por la cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial no se aplica al caso concreto sino a partir de casos futuros (Expediente N° 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 5).
62 PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional, tomo I. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 166.

ley. La primera vincula al legislador y la segunda al juez. En palabras del TC implica que:

> "...se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica distinta a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales..."[63].

No observar el precedente o dejarlo de lado sin motivación suficiente, atenta contra la igualdad en la aplicación de la ley y, por ende, la predictibilidad de los fallos, pilar de la seguridad jurídica[64].

A nivel normativo, adicionalmente a las normas antes reseñadas y comentadas sobre el precedente vinculante en materia constitucional, es menester señalar lo que establecen la LOPJ y el Código Procesal Civil (en adelante "CPC")[65].

El artículo 22 de la LOPJ indica que:

> "Las Salas Especializadas de la Corte Suprema... ordenan la publicación trimestral en... El Peruano de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales... en caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan... los fallos de la Corte Suprema... pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones judiciales de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones también en... El Peruano, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan".

63 Expediente N° 0004-2006-PI/TC, fundamento jurídico 124.
64 ADRIAN CORIPUNA, Javier. Op. cit., pág. 12.
65 Debemos indicar que, de acuerdo al 301.1-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, las Salas Penales de la Corte Suprema pueden establecer también precedentes vinculantes. No desarrollamos esta facultad, pues no es relevante para la configuración de precedentes vinculantes en materia laboral.

Si bien la norma en mención señala inicialmente que los fallos supremos tienen carácter vinculante para los jueces y tribunales inferiores, acto seguido precisa que éstos excepcionalmente pueden apartarse del precedente de manera motivada. Entonces, los fallos supremos no llegan a configurar un precedente vinculante vertical.

Además, en la parte final de la norma bajo análisis se consagra una excepción al stare decisis para la propia Corte Suprema: sus Salas Especializadas pueden cambiar sus criterios jurisprudenciales, motivando debidamente las nuevas resoluciones.

Por su parte, el artículo 80.3 de la LOPJ señala que:

> "Son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema... sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y, disponer la publicación trimestral de las ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales".

Como puede apreciarse, no se contempla la posibilidad del apartamento del criterio obligatorio por los jueces y tribunales inferiores. De modo que estos fallos supremos, así elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema, sí configuran un precedente vinculante vertical. Sólo la propia Sala Especializada Suprema, en aplicación del artículo 22 LOPJ, podría modificar su precedente, el que necesitaría de una nueva Sala Plena de selección de jurisprudencia vinculante para tener tal carácter.

Precisamente, mediante Resolución Administrativa N° 876-CME-PJ (14/4/99), la Comisión Ejecutiva del PJ, su órgano de gobierno en la última reforma judicial, autorizó la realización de la Primera Sala Plena de Selección de Jurisprudencia Vinculante de la Corte Suprema del 26 al 28 de abril de 1999, fecha en que los vocales supremos se declararon en sesión permanente. Lamentablemente, hasta ahora no se ha ejercido esta potestad de configurar precedentes auténticamente vinculantes.

Consideramos que el artículo 22 LOPJ debería ser modificado para excluir la

posibilidad del apartamento de los criterios de los fallos supremos emitidos por las Salas Especializadas, de modo que realmente se de un precedente vinculante vertical. En tal sentido, sería innecesario el artículo 80.3 LOPJ, pues ya de por sí tales fallos supremos serían de acatamiento obligatorio. Además, la Sala Plena no tendría más criterio técnico que la propia Sala Especializada para determinar qué jurisprudencia sería vinculante, de modo que su participación no aportaría valor agregado y, más aún, podría considerarse hasta como una limitación a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional en la máxima instancia de la judicatura. Sólo tendría sentido que la Sala Plena mantenga la facultad de seleccionar jurisprudencia para darle carácter vinculante, cuando surjan criterios discordantes entre las Salas Especializadas, de forma tal que actúe como una instancia dirimente, a menos que se ejercite la facultad prevista en el artículo 400 CPC, que desarrollaremos a continuación.

De otro lado, el artículo 384 CPC establece que:

> "...El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema...".

A su vez, el artículo 400 CPC especifica que:

> "Doctrina Jurisprudencial. Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio... El Pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial...".

Según el artículo 384 CPC, la casación propugna la uniformización de los criterios de juzgamiento de los tribunales a nivel nacional, a partir de la labor

revisora que realiza la Corte Suprema (función nomofiláctica). En esa medida, contribuye decididamente a consolidar la seguridad jurídica. Si bien los jueces suelen seguir los criterios de las resoluciones casatorias, la norma en mención no señala expresamente que éstas sin excepción alguna constituyen precedente vinculante[66]. Esta grave omisión no ha sido obstáculo para que un sector de la doctrina otorgue carácter vinculante a las resoluciones casatorias pues, de otra forma, no tendría sentido la existencia de la casación como instrumento de unificación de la jurisprudencia[67].

Mas bien, el artículo 400 CPC precisa el único tipo de resolución casatoria vinculante: la doctrina jurisprudencial, que se emite cuando se resuelve un caso concreto en Sala Plena de la Corte Suprema por la trascendencia de la materia involucrada, a pedido de una Sala Especializada, lo cual ocurrirá cuando se conozca que otra Sala Especializada está interpretando una norma en un sentido concreto. Conociendo la debilidad institucional del artículo 384 CPC, la Corte Suprema de manera indiferente no ha ejercido nunca la potestad de construir doctrina jurisprudencial.

En diversas áreas de la administración de justicia, incluyendo la laboral, lamentablemente no son pocos los casos en los que jueces y vocales superiores discrepan abiertamente con resoluciones casatorias[68], actitud que niega la finalidad uniformadora de la casación. Ello pese a que se sabe que tales fallos serán revocados en la Corte Suprema cuando lleguen a casación, a menos que la cuantía de lo demandado o sentenciado nieguen tal posibilidad, como ocurre en materia laboral[69]. Esto genera innecesaria lenidad procesal, discordancia de criterios, inseguridad jurídica y, por ende, vulneración del Estado de Derecho.

En tal sentido, sugerimos que la Corte Suprema ejerza activamente la facultad de emitir doctrina jurisprudencial o, en su defecto, se modifique el artículo 384 CPC para darle expresamente carácter vinculante a lo resuelto en casación. Aún así, el artículo 400 CPC tendría asidero, pues permitiría dirimir criterios jurisprudenciales distintos o hasta opuestos entre Salas Especializadas de la Corte Suprema.

66 HERRERA VASQUEZ, Ricardo. Función Jurisdiccional. Lima, Academia de la Magistratura, 2000, pág. 81.

67 Por todos, cfr. SAN MARTIN CASTRO, César. Jurisdicción constitucional y justicia penal. En: Revista Derecho PUC N° 57. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2005, pág. 418.

68 Uno de los más recientes casos en los que ha ocurrido esto es en la Resolución de la Sala Laboral de la Corte Superior del Santa emitida el 4 de setiembre de 2006 (Expediente N° 1735-2003), en abierta contradicción con la ya uniforme corriente jurisprudencial de la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema (uno de los últimos fallos fue la Casación 234-2005 ICA, emitida el 15 de diciembre de 2005), en materia de reintegro de remuneraciones por participación de pesca, el principal conflicto judicial entre empleadores y trabajadores en el sector pesquero.

69 Y que genera una perversa práctica de fraccionar las pretensiones económicas para reclamarlas en más de una demanda en Cortes Superiores donde se desacata el criterio de la casación suprema.

3. ¿Y quién controla al contralor?

La Constitución otorga al TC el rol de órgano de control de la constitucionalidad de las normas, desempeñando tal función en la cúspide tanto del sistema difuso como el concentrado. Dada la fuerza expansiva de la Carta Magna, todas las materias pueden ser reconducidas a lo constitucional, por lo que el TC ha emitido numerosos pronunciamientos cuyos considerandos contienen diversos conceptos que constituyen precedente vinculante (ratio decidendi) en muchas ramas del Derecho.

Esto ha generado una sensación de omnipresencia del TC que, por momentos avasalla e intimida al juez ordinario el que, como vimos, a veces se resiste a perder más parcelas de poder en el ejercicio de la función jurisdiccional. El intenso pauteo del TC en ocasiones llega a extralimitarse, afectando la esencia misma de la labor de administrar justicia, por lo que paradójicamente sus fallos pueden ser inconstitucionales. Y en ese escenario, ¿quién controla al contralor de la constitucionalidad de las normas? Veamos hasta dónde han llegado los excesos del TC.

En materia de habeas corpus contra resoluciones judiciales, el TC ha ido progresivamente construyendo una doctrina jurisprudencial sobre el debido proceso que, ha pasado de su dimensión estrictamente procesal a una sustantiva[70]. La primera supone el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, a la defensa, al contradictorio, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley, a impugnar, a la doble instancia, entre otras pautas del seguimiento regular de los procesos. La segunda alude al derecho de oponerse a cualquier arbitrariedad de toda autoridad pública[71] y, en materia judicial, hasta cuestionar una resolución judicial no fundada en Derecho[72].

De este modo, el PJ y luego el TC podrían revisar sentencias judiciales supuestamente emitidas en contravención a las normas eventualmente aplicables a los casos resueltos, para reabrirlos ventilando nuevamente el fondo del asunto incluyendo etapas probatorias. Esto cuestionaría severamente la cosa

70 Por todos, ver los casos Sandoval (Exp. N° 662-2000-HC/TC), Chumpitaz Campos (Exp. N° 1565-2002-HC/TC), Tineo Cabrera (Exp. N° 1230-2002-AA/TC) y Silva Checa (Exp. N° 1091-2002-HC/TC).

71 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Lima, ARA Editores, 2003, pág. 153. De este modo, es posible que el TC revise resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones, pese a la expresa prohibición de la literalidad de la norma constitucional (art. 142).

72 Según el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, que engloba ambas dimensiones como tutela procesal efectiva.

juzgada, generaría inseguridad jurídica y simultáneamente una enorme expectativa ciudadana que atiborraría de trabajo al TC, así como afectaría la esencia misma de la función jurisdiccional. Y ocurrió en un caso que llegó hasta el TC.

El 20 de julio de 2001, el señor Luis Bedoya de Vivanco, detenido por haber sido acusado de complicidad en el delito de peculado al haber recibido dinero del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos para costear su campaña electoral a la alcaldía de Miraflores, solicitó al Primer Juzgado Anticorrupción se varíe la medida de detención que venía padeciendo por la de comparecencia. Esgrimió diversos argumentos siendo el relevante para el presente análisis el que no se habría presentado supuesto alguno de los exigidos por el artículo 135 del Código Procesal Penal (en adelante, "CPP") para disponer la detención de una persona: i) la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo; ii) la prescripción de una sanción para quien comete ese delito superior a los 4 años de pena privativa de libertad; y, iii) la existencia de suficientes elementos para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria[73].

El Juzgado y la Sala Anticorrupción respectivos denegaron el pedido formulado. Entonces, el señor Bedoya interpuso un habeas corpus por considerar que en su proceso penal se vulneró el debido proceso. El Segundo Juzgado de Derecho Público desestimó la demanda, al igual que la Sala Superior correspondiente, por lo que se llegó al TC vía recurso extraordinario. Este ingresó al fondo de la controversia, a evaluar el auto apertorio de instrucción en el que se dictó la orden de detención, analizando si se han dado los requisitos del artículo 135 del CPP. Entonces, indicó que no estaría debidamente acreditado que los fondos recibidos por el señor Bedoya eran fondos públicos, por lo que no podía afirmarse que estamos ante la comisión de un delito de peculado. Así, en base al debido proceso sustantivo, el TC afirma que el PJ cometió una arbitrariedad[74].

¿Es posible que el TC corrija la calificación de determinados hechos como presunto delito, en el marco de una medida cautelar, ni siquiera de una sentencia firme? ¿Hasta dónde puede llegar el TC en la revisión de las resoluciones judiciales? Diversos autores indican que, tratándose del TC, la única limitación posible es la autorrestricción. Consideramos que ello es lo correcto pues, una

73 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Op. cit., págs. 156 y ss.

74 Ibid.

limitación externa al TC podría poner en peligro su rol de intérprete supremo de la Carta Magna y órgano de control de la constitucionalidad de las normas[75].

En ese sentido, los propios TC de Italia y España han establecido algunas pautas de autolimitación, como no entrar a evaluar la oportunidad o calidad de las sentencias o actos del poder político. Lo que hizo el TC fue valorar la calidad de la medida cautelar de detención, no cuestionar una flagrante arbitrariedad inconstitucional[76].

He ahí una tarea pendiente del propio TC, como la han desarrollado sus pares en el Derecho Comparado.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Francisco EGUIGUREN PRAELI (coordinador). Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2002.
- ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Antecedentes, desarrollo y desafíos en el Perú. Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- ADRIAN CORIPUNA, Javier. Las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante. En: Gaceta del Tribunal Constitucional N° 2, abril-junio 2006.
- ALONSO GARCIA, Enrique. La interpretación de la Constitución. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ALONSO OLEA, Manuel. Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución. Madrid, Civitas, 1982.
- BERNAL PULIDO, Carlos. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. En: El Derecho de los derechos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BLUME FORTINI, Ernesto. El Control de la Constitucionalidad en el Perú (antecedentes, desarrollo y perspectivas). En: Derecho Procesal Constitucional. CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coordinadora). Lima, Jurista Editores, tomo I, 2004.

75 Recordemos que aún está pendiente de debate el proyecto de ley del ex congresista Antero Florez Araoz para impedir que el TC emita sentencias interpretativas.

76 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Op. cit.

- BUSTAMANTE Y CISNEROS, Ricardo. Independencia y Reforma del Poder Judicial. Lima, Revista del Foro, enero-abril 1959.
- CALAMANDREI, Piero. Opere Giuridice. Citado por FIX ZAMUDIO, Héctor. La Justicia Constitucional en América Latina. En: Lecturas Constitucionales Andinas N° 1, Lima, CAJ.
- CARPIO MARCOS, Edgar. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. En: Revista Actualidad Jurídica, Tomo 148. Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2006.
- CARRILLO CALLE, Martín. Bolsa de Trabajo y el control de la constitucionalidad. En: AA.VV. Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. Ensayos a propósito de la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana. El Proceso de Acción Popular: Un análisis preliminar. En: AA.VV. Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Serie: Temas de Derecho Procesal Constitucional N° 1. Lima, Jurista Editores, 2005.
- DE OTTO, Ignacio. Estudios sobre el Poder Judicial. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas. En: Pensamiento Constitucional Año V, Número 5. Revista de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la PUCP. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1998.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios Constitucionales. Lima, Ara Editores, 2002.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso. Lima, ARA Editores, 2003.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. La Justicia Constitucional en América Latina. En: Lecturas Constitucionales Andinas N° 1, Lima, CAJ, 1991.
- FURNISH, Dale. La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos. En: AA.VV. Aníbal QUIROGA LEON (compilador). Sobre la Jurisdicción Constitucional. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1990.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. En: Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Huancayo, Palestra Editores, 1998.
- GRUPO DE INVESTIGACION DE LA REVISTA CATHEDRA. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Entrevistas a los doctores

César Landa, Francisco Eguiguren, Samuel Abad y Domingo García Belaunde. Revista Cátedra, Espíritu del Derecho, Año VI, N° 10. Lima, UNMSM, 2003.

- HERRERA VASQUEZ, Ricardo. Función Jurisdiccional. Lima, Academia de la Magistratura, 2000.
- LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima, Palestra Editores, 2° edición, 2003.
- LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. Ponencia presentada al Primer Encuentro de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, llevado a cabo el 11 y 12 de febrero de 2006.
- MC ILWAIN, Charles. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- PEREZ TREMPS, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional Italiano. En: AA.VV. El Tribunal Constitucional, Volumen I. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional, tomo I. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- QUIROGA LEON, Aníbal. Una aproximación a la justicia constitucional. El modelo peruano. En: Sobre la Jurisdicción Constitucional. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1990.
- RUBIO F. y M. ARAGON. La jurisdicción constitucional en la Constitución española de 1978. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1985.
- RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2005.
- SAN MARTIN CASTRO, César. Jurisdicción constitucional y justicia penal. En: Revista Derecho PUC N° 57. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2005.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO EN EL DESPIDO LABORAL PERUANO

Luis Eduardo Arellano Mori

"La vida es un proceso"
Juan Colombo Campbell

A través de la formulación del denominado "test de razonabilidad", criterio de origen europeo implementado por el Tribunal Constitucional Peruano y tomado de la jurisprudencia constitucional colombiana; para el análisis de la adopción de medidas estatales o particulares que vulneran derechos fundamentales, se determina que en el procedimiento de despido laboral deberá respetarse el derecho fundamental del trabajador al debido proceso sustantivo o material, en tanto la decisión adoptada por el empleador de extinguir la relación de trabajo deberá ser justa, idónea, proporcional y necesaria, utilizando para dicha evaluación parámetros objetivos que permitirán determinar este denominado criterio de "razonabilidad objetiva" que exige que los actos de poder de los sujetos deberán ser colectivamente aceptados como una adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante y que dichos actos de poder deberán sostenerse en argumentos de razonamiento objetivo, valores y principios socialmente aceptados.

Sumario

Introducción: en busca del Contenido Esencial. I. Tomando nuevos rumbos: la variante sustantiva del Derecho Fundamental al Debido Proceso. II. El Tribunal Constitucional Peruano, el Debido Proceso y

el Principio de Razonabilidad: Modelo para armar III. El Principio de Razonabilidad: Su aplicación en el procedimiento de despido laboral. IV. Conclusiones y parámetros de aplicación. Bibliografía

INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DEL CONTENIDO ESENCIAL

Desde los orígenes del Derecho es reconocida la utilidad del proceso para solucionar conflictos de intereses e incertidumbres de relevancia jurídica. Está claro que no hay derecho sin acción, así como tampoco podría existir acción sin que hubiere derecho[1], de ahí se desprende la relevancia del proceso, que constituye el mecanismo orientado a brindar soluciones a los particulares en sus conflictos intersubjetivos y con el propio Estado.

En este orden de ideas, la definición del proceso no se restringe al plano meramente jurisdiccional, sino que es entendido como una secuencia de actuaciones previamente determinadas, orientadas a encontrar una solución a los problemas a través de una sentencia o su equivalente legitimado, con especial énfasis en la protección de los derechos fundamentales de las personas. Siendo que el fin último de todo Estado Constitucional de Derecho es el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, a través del proceso puede alcanzarse este fin.

Así, en cierto sector de la doctrina[2], el proceso en sentido estricto está definido como el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos procesales donde el Estado y ciertos órganos internacionales ejercen función jurisdiccional, es decir, el proceso se encontraría íntimamente vinculado con la impartición de justicia estatal y a diferencia del procedimiento, no puede realizarse entre privados; para los fines del presente trabajo utilizaremos la denominación proceso en sentido lato, referido tanto al proceso como al procedimiento[3].

Entonces, el proceso representa un acto complejo, autónomo y distinto de quienes lo integran, por tanto, no basta la existencia de éste, sino que también, el proceso debe ser idóneo, o dicho en otros términos debe existir un debido

1 MONTERO AROCA, Juan. El Derecho procesal en el Siglo XX en PRIORI POSADA, Giovanni (compilador) Temas de Derecho Procesal. Selección de Textos. Lima, Materiales de Enseñanza PUCP, 2002.

2 En: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Ius et Veritas N° 21. p. 303

3 La diferencia sustancial entre procedimiento y proceso la encontramos en que mientras éste concepto (proceso) sólo se refiere a las actuaciones realizadas en sede jurisdiccional, aquel (procedimiento) está referido a todo tipo de actuaciones donde se siguen una serie de pasos conducentes a obtener un resultado, como por ejemplo son la sede administrativa, la sede arbitral o, las relaciones entre particulares como es el caso del despido laboral. A diferencia del proceso, en el procedimiento no se ejerce jurisdicción.

proceso[4]. Este tiene su origen en el due process of law anglosajón[5] y representa el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos, cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración de algún tipo, sea judicial o particular.

Como sostiene Bustamante Alarcón[6], sólo será justo aquel proceso o procedimiento donde las normas materiales o procesales que concurren a solucionar o tramitar el caso concreto otorguen a los sujetos una oportunidad real y razonable para formular sus pretensiones, exponer su defensa, impugnar, probar y sobre todo obtener una decisión justa en forma oportuna, efectiva y dentro de un plazo razonable.

Entonces, ¿el debido proceso es un derecho fundamental, una garantía de la administración de justicia o un principio de la función jurisdiccional?; por su ubicación en el texto constitucional[7] podemos pensar que se trata de un principio exclusivo de la función jurisdiccional, pero interpretarlo de esa forma sería darle una aplicación restrictiva a este derecho, cuyo reconocimiento como fundamental responde a la evolución progresiva de las disposiciones constitucionales en general y de la norma del debido proceso en particular, cuya interpretación ha ido variando a través del tiempo produciéndose la llamada "mutación constitucional". Es así que, al definir al debido proceso como el conjunto de garantías indispensables para que todo proceso sea considerado justo, podemos apreciar que se encuentran desarrollados los tres conceptos reseñados- derecho fundamental, garantía de la administración de justicia y principio de la función jurisdiccional-, por tanto, el debido proceso es a la vez una garantía de la administración de justicia (garantía), un derecho fundamental (justo) y un principio de la administración de justicia (proceso), debido a que se trata de una norma de optimización y de realización humana y además contiene obligaciones jurídicas de hacer y no hacer. Entonces, el derecho al debido proceso representa el derecho fundamental a la justicia a través del proceso.

Al quedar establecido el carácter de Derecho Fundamental del Debido Proceso resulta necesario determinar el contenido esencial del mismo, su núcleo

4 Couture sostiene que no se trata de crear un proceso cualquiera, sino un proceso idóneo para que el Estado ejerza la jurisdicción y los sujetos involucrados tengan un acceso racional y justo a la solución de sus conflictos.

5 Dicho concepto se encuentra en la Carta Magna de 1215 expedida por el Rey Juan "Sin Tierra" de Inglaterra, la cual en su parágrafo 39 establece que "Ningún hombre libre puede ser detenido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado, ni en modo alguno arruinado, ni iremos, ni mandaremos a nadie contra él excepto mediante el juicio de sus pares según la ley de la tierra"

6 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima, ARA 2001.p 198

7 El debido proceso esta ubicado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución en el capítulo referido al Poder Judicial y bajo el título de Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional.

duro, su límite de actuación, más allá de lo cual no podría llegarse porque sino se estaría desnaturalizando, este contenido esencial formaliza los derechos y los desustancializa.

Así, el contenido esencial del derecho fundamental al Debido Proceso esta constituido por aquellas garantías que convertirán en justo a un proceso y algunas de éstas son las siguientes, reseñadas por Bustamante Alarcón[8]:

1. El derecho a la contradicción o a la defensa, la misma que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar una defensa.
2. El derecho a la motivación de las resoluciones conforme a la lógica, al derecho y a las circunstancias fácticas.
3. El derecho a ser asistido y defendido por un abogado técnicamente capacitado.
4. El derecho a la publicidad del proceso.
5. El derecho a ser informado sin demora y de manera comprensible de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra.
6. El derecho a impugnar
7. El derecho a probar o a producir pruebas.
8. El derecho a que se asegure la eficacia o ejecución de las resoluciones que se emitan o que hayan sido emitidas y a que se dicten las medidas necesarias para que éstas se cumplan.
9. El derecho a que las decisiones se tomen en un plazo razonable y el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas.
10. El derecho a que las decisiones que se emitan sean objetiva y materialmente justas, carentes de arbitrariedad[9].

Con relación a esta último derecho reseñado, que se refiere al debido proceso sustantivo, vamos a profundizar nuestro análisis en el presente trabajo, intentaremos reseñar sus orígenes, definirlo, apreciar su evolución y postular su proyección hacia el derecho del trabajo, específicamente hacia el despido laboral.

8 Esquema realizado tomando como base la clasificación de Reynaldo Bustamante en: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Una aproximación a la vigencia del debido proceso..." loc.cit.

9 Este último punto define la distinción que en doctrina se hace entre el Debido Proceso Material y el Debido Proceso Sustantivo, mientras que aquel se encuentra representado por el derecho a que todas las actuaciones procesales sean realizadas correctamente de manera que garanticen un proceso formal, el debido proceso sustantivo se refiere, mas allá del plano meramente formalista, a que las sentencias sean emitidas adoptando criterios de razonabilidad y que no vulneren derechos fundamentales.

I. TOMANDO NUEVOS RUMBOS: LA VARIANTE SUSTANTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

En un Estado Constitucional de Derecho, además de procurarse el respeto de los derechos fundamentales, no puede tolerarse el ejercicio arbitrario del poder sea cual fuere su origen. Este poder a su vez representa una responsabilidad de quien lo ostenta y por tanto, las decisiones que se tomen en uso del mismo indispensablemente deberán ser justas, razonables, objetivas, proporcionales, necesarias e idóneas. Esta es la definición del valor justicia, el mismo que ha originado en la doctrina y la jurisprudencia el principio de razonabilidad, entendiéndose por aquel que para que una regla jurídica pueda ser justa, necesariamente debe ser razonable.

Según sostiene Bidart Campos, la razonabilidad consiste en la valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente, sentido común, y el sentimiento racional de justicia de los hombres que hacen posible vivenciar la razonabilidad y oponerse a la arbitrariedad[10].

El debido proceso sustantivo, según Linares, consiste en que las decisiones deben ser razonables, es decir, que deben tener una equivalencia entre el hecho antecedente de la decisión y el hecho consecuente de la sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o servicio establece dicho acto[11].

Espinosa-Saldaña[12], resume la postura y sostiene que se trata de la proscripción del comportamiento arbitrario de quien ostenta autoridad.

Así, podemos apreciar que a través del tiempo ha evolucionado la concepción clásica del debido proceso; anteriormente la protección de este derecho consistía en cautelar el cumplimiento de las formalidades de un proceso y actualmente la doctrina y la jurisprudencia consideran mucho más importante la variante material del mismo, que hemos venido desarrollando.

En nuestro país, a partir de la revisión de conflictos de intereses laborales o administrativos donde se presentaba una relación de sujeción, dependencia o

10 BIDART CAMPOS, Germán. Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Citado por LIVELLARA, Carlos Alberto. En: El principio de razonabilidad como módulo para evaluar la constitucionalidad de riesgos del sistema de trabajo (ley 24.557) y de sus reglamentaciones. En: Derecho del Trabajo N° 8. Ediciones La Ley Año LVIII, Agosto de 1998.

11 LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989. pg. 122

12 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. El debido proceso sustantivo: su desarrollo en el derecho comparado y su evolución en el Perú. En: Revista Jurídica del Perú. Año LIV, N° 55, Marzo- Abril 2004. pg. 61.

subordinación es que se enunció el derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, tiene mucho que ver en ello.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, EL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD: MODELO PARA ARMAR

El Tribunal Constitucional Peruano define al debido proceso como *"el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el derecho"*[13], en consecuencia en esta definición se incluye a los procedimientos de forma y fondo en un concepto extensivo[14].

En los últimos años, el Tribunal ha establecido la vigencia del derecho fundamental al debido proceso del trabajador dentro de un procedimiento de despido laboral, desarrollando ampliamente la variante formal o adjetiva de éste[15]. En tanto, se trata de un criterio de reciente dilucidación, el Tribunal ha venido desarrollado la variante sustantiva del debido proceso, pero no específicamente para casos de despido laboral, al menos no de manera expresa. Este criterio se adoptó tomando como referencia la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en Latinoamérica y el Tribunal Constitucional Español en Europa, de donde proviene este concepto.

Según sostiene Marcial Rubio[16], el Principio de Razonabilidad es aplicable a partir del último párrafo del artículo 200° de la Constitución[17] a todo orden constitucional y por ello mismo a todo derecho. El autor define dicho principio a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional[18] que enuncia en su considerando noveno lo siguiente:

13 Sentencia del Expediente N° 426-2003-AA/TC del 24 de Marzo de 2003.
14 RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. pg. 315
15 Entre otras, podemos mencionar la Sentencia del Expediente N° 2532-2002-AA/TC del 5 de Diciembre de 2002 y la Sentencia del Expediente N° 100-2001-AA/TC del 7 de Noviembre de 2002 citadas por RUBIO CORREA. La interpretación... loc. cit. Estas resoluciones del Tribunal, así como las ampliamente conocidas de los casos Telefónica del Perú (Expediente N° 1124-2001-AA/TC) y Eusebio Llanos Huasco (Expediente N° 976-2004-AA/TC) establecen la vigencia del debido proceso adjetivo en las relaciones laborales.
16 RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. pg. 239 y ss.
17 Dicho párrafo sostiene lo siguiente:"(...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio."
18 Sentencia del Expediente N° 006-2003-AI/TC del 1 de Diciembre de 2003.

"El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos"

De esta sentencia se desprende entonces, también según Rubio, que el principio de razonabilidad exige que los actos de poder, sean del Estado o de los particulares, deben ser colectivamente aceptados como una adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante; es decir, encontrar justificación lógica para los hechos conductas y circunstancias[19].

¿Cómo podemos lograr entonces una valoración objetiva de la razonabilidad?, Rubio Correa[20] nuevamente sostiene cual es el contenido de este principio a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional:

- La razonabilidad se funda en argumentos de carácter objetivo y no subjetivo, no depende lo que una persona pueda considerar correcto y tampoco lo que beneficie a un grupo. Lo razonable es tal sólo en el contexto de lo que generalmente acepta como correcto la sociedad.[21]
- La noción de igualdad requiere razonabilidad y por ello, es admisible desde la perspectiva de preceptos, valores y principios constitucionales. Por tanto, la razonabilidad no tiene que ver solo con el razonamiento, sino también con los valores y principios aceptados por la sociedad como válidos[22].
- La razonabilidad además exige imparcialidad, ya que no debe beneficiarse a unos más que a otros y por otro lado también supone que se generen iguales consecuencias en situaciones análogas, es decir que a igual razón debe aplicarse igual derecho[23].

19 Postura reafirmada y precisada en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC del 5 de Julio de 2004 que establece en su considerando 38: "(...) el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad (...) no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad en sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia". La arbitrariedad o el abuso en el ejercicio de la autoridad, se considera contraria a la razón y a los valores.
20 RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación...loc.cit.
21 Sentencia del Expediente N° 2497-2002-AA/TC del 27 de Enero de 2003.
22 Sentencia del Expediente N° 0261-2003-AA/TC del 26 de Marzo de 2003.
23 Sentencia del Expediente N° 0141-2002-AA/TC del 23 de Octubre de 2002 y Sentencia del Expediente N° 006-2003-AI/TC del 1 de Diciembre de 2003.

Si bien la definición que nos da Rubio es bastante clara, la doctrina tradicional ha establecido que el principio de razonabilidad supone tres subprincipios que desarrollaremos a continuación[24]:

a) La idoneidad, adecuación o aptitud de la medida sancionadora: un examen sobre el fin:

La idoneidad supone el análisis de las medidas en relación con sus fines. Este análisis equivale a hacerse las preguntas: ¿la medida tiene un fin?, ¿el fin justifica los medios?, así, la idoneidad nos permitirá verificar si existe armonía entre la sanción propuesta o impuesta y el fin perseguido por el ordenamiento, pudiendo resumir el enunciado de la siguiente manera: si debe darse un menoscabo de un derecho, que éste se produzca respetando la necesaria conciliación entre la medida restrictiva y el objeto amparado por el ordenamiento. Es decir, que el fin cumpla su objetivo sin lesionar derechos de otros.

En este sentido, el criterio que hemos esbozado acerca de los actos "socialmente aceptables" es importante para definir el concepto y verificar si una medida es idónea o no. Por tanto, toda intervención en los derechos fundamentales deberá tener un fin constitucionalmente legítimo.

b) La necesidad o valoración de los medios alternativos existentes:

La necesidad implica que el orden punitivo debe reservarse para la defensa de los bienes jurídicos más valiosos y actuar frente a los ataques más graves e intolerables, verificando antes de actuar que no existe una medida menos dramática para el logro del fin implicado. También ha sido llamado juicio de indispensabilidad pues verifica si la medida adoptada es la menos gravosa y si realmente es indispensable implementarla. Para su configuración debe analizarse la necesidad, la eficacia y la correcta elección de la medida debido a que se trata principalmente de optar por el medio más benigno con el derecho fundamental intervenido, entre todos aquellos medios que revisten la misma idoneidad.

c) La proporcionalidad en sentido estricto o la reclamación de un juicio ponderado de medio a fin:

24 Clasificación tomada de TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. Principio de Proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004 pg. 25 y ss y de BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003 pg. 657 y ss.

Terradillos[25] establece que una medida es proporcional si es ponderada o equilibrada por derivase de ellas más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto, sometiéndose a una proporción de medio a fin. Supone establecer si la medida guarda relación razonable con el fin que se procura alcanzar.

Habiendo definido de manera general el principio de razonabilidad, vamos a proyectar su aplicación al procedimiento de despido laboral.

III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD: SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO LABORAL

Según sostiene Neves Mujica[26] la subordinación, como elemento esencial del contrato de trabajo, es el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual, el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción de un lado y dirección del otro, son los aspectos esenciales del concepto.

Entonces, apreciamos que en toda relación de trabajo existe poder, sujeción y subordinación, por tanto sería aplicable el principio de razonabilidad en las medidas que se adopten respecto a ésta, basados en la atribución al empresario de facultades sancionadoras que implican ejercicio de poder.

El despido, en cuanto supone la ruptura definitiva del contrato de trabajo es la más grave sanción que el empleador puede imponer a los trabajadores a su servicio, debiendo reservarse su utilización para la represión de los incumplimientos contractuales más graves que por su intensidad resulten menos tolerables con la subsistencia del vínculo laboral.

En tanto el empleador tiene la facultad de imponer la sanción que estime más apropiada dentro del margen que establezca la norma reguladora, el principio de razonabilidad viene a imponerle una exigencia de correlación entre los hechos que se imputan al trabajador y la sanción que finalmente se impone, ésta es la denominada teoría gradualista de la sanción[27] reconocida por la jurisprudencia

25 TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. Principio de Proporcionalidad...loc.cit

26 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pg. 31

27 Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de Abril de 1992 que establece que "para que las infracciones tipificadas en el Estatuto de los Trabajadores lleguen a erigirse en causa que justifique sanción de despido, han de alcanzar cuotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose por el contrario un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues solo desde tal perspectiva cabe aplicar la proporcionalidad de la sanción ya que tales infracciones, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan abstractamente consideradas la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente".

constitucional española. Por tanto, todo empleador al imponer una sanción, deberá aplicar este criterio gradualista.

Un despido arbitrario por definición sería carente de razonabilidad. En consecuencia, vulneraría el derecho fundamental al debido proceso sustantivo. De acuerdo a nuestro razonamiento, para se imponga en la relación de trabajo una sanción tan grave como la extinción del contrato de trabajo, deberá verificarse previamente un acto del trabajador que la genere; la arbitrariedad de un despido supone que no existe causa o no pudo probarse ésta por lo que la medida del empleador vulnera el derecho fundamental al debido proceso sustantivo del trabajador y consideramos que debería ser amparable la reposición mediante un proceso constitucional.

Para todos los casos de cese, el empleador deberá indispensablemente realizar una valoración de idoneidad, necesidad y proporcionalidad utilizando el test de razonabilidad reseñado en los capítulos precedentes. Asimismo debe analizarse el hecho desde una perspectiva social, si la medida adoptada es socialmente aceptable en una sociedad promedio y razonable y si esta decisión se funda en valores y principio. Si no aprueba éste test, entonces el despido realizado es lesivo de derechos fundamentales, que insistimos podría ser recurrible mediante proceso de amparo constitucional[28].

Entonces, la proyección del principio de razonabilidad en una empresa o entidad se identifica básicamente con lograr el respeto, la garantía y el equilibrio de los bienes jurídicos que conviven en el interior de ésta. Así, el poder de dirección y el poder sancionador del empleador no podrían ir en contra de esta reconocida identidad, para ello, un importante criterio de calificación lo representa la buena fe laboral.

En consecuencia, todas las decisiones que adopte el empleador serán razonables en tanto beneficien a la empresa o entidad en su conjunto, es decir sean "socialmente aceptadas", utilizando para ello como criterio cuantificador de la gradualidad, la buena fe laboral.

IV. CONCLUSIONES Y PARÁMETROS DE APLICACIÓN

1. El Proceso representa el mecanismo adecuado para resolver los conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas entre los particulares y con el Estado.

28 Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha precisado las materias recurribles en procesos de amparo derivadas de la relación de trabajo, consideramos que el presente caso se trataría de una flagrante vulneración de derechos fundamentales que podría ser perfectamente amparable en este proceso constitucional.

2. Para que el Proceso cumpla con su finalidad debe ser adecuado e idóneo, es decir, debe ser un Debido Proceso.
3. El Debido Proceso es un Derecho Fundamental que ha ido evolucionando con el tiempo, anteriormente se consideraba que sólo era aplicable a los procesos judiciales, luego se amplió su ámbito de aplicación a los procedimientos administrativos y posteriormente a las relaciones entre particulares.
4. El Derecho Fundamental al Debido Proceso tiene dos variantes de aplicación: adjetiva y sustantiva
5. El Debido Proceso Sustantivo se funda en el Principio de Razonabilidad.
6. El Principio de Razonabilidad exige que los actos de poder de los sujetos deben ser colectivamente aceptados como una adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante.
7. Dichos actos deben estar sostenidos en argumentos de razonamiento objetivo, en valores y en principios socialmente aceptados.
8. De acuerdo al Principio de Razonabilidad, una decisión es objetivamente justa y razonable si se verifican los subprincipios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto.
9. Este principio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional Peruano en sentencias que esbozan el denominado "test de razonabilidad", que contiene los tres subprincipios reseñados.
10. El Subprincipio de Idoneidad o Adecuación consiste en evaluar si la medida adoptada es acorde con el fin que se persigue con la misma.
11. El Subprincipio de Necesidad evalúa si la medida adoptada es realmente necesaria y si es la afectación menos gravosa.
12. El Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto, implica realizar el análisis costo-beneficio de la medida adoptada y determinar si es mayor el perjuicio que la protección.
13. En las relaciones privadas entre particulares no solamente es aplicable el debido proceso formal, sino también el sustantivo.
14. Para que pueda aplicarse el debido proceso sustantivo en éstas relaciones es necesario que exista sujeción o subordinación, elemento esencial del Contrato de Trabajo.
15. Así, es plenamente aplicable el Principio de Razonabilidad al Despido Laboral.
16. Consideramos que el momento de mayor conflicto en la relación laboral,

es cuando se produce un despido, cuando el empleador hace uso de su facultad sancionadora de la manera más grave.

17. Dicha facultad debe aplicarse utilizando el criterio gradualista de la sanción.
18. Un despido arbitrario por definición sería carente de razonabilidad. En consecuencia, vulneraría el derecho fundamental al debido proceso sustantivo.
19. Al realizar un cese, el empleador debe realizar una valoración de idoneidad, necesidad y proporcionalidad utilizando el test de razonabilidad. Si no aprueba éste, el despido es lesivo de derechos fundamentales y podría ser recurrible mediante proceso de amparo constitucional.
20. Todas las decisiones que adopte el empleador serán razonables en tanto beneficien a la empresa o entidad en su conjunto, es decir sean "socialmente aceptadas", utilizando para ello como criterio cuantificador de la gradualidad, la buena fe laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer. Consideraciones en torno al Derecho al Trabajo y al Debido Proceso. En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 54. Lima, Gaceta Jurídica, Marzo 2003. p. 115-125.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BILBAO UBILLUS, José María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima, ARA Editores, 2001.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Ius et Veritas N° 21. Lima, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú p. 301-310.
- CAYRA-QUISPE; Adolfo. El despido arbitrario por vulneración de derechos constitucionales del trabajador en el Perú, desde la visión de los derechos humanos. En: Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y los

Regímenes de Pensiones en el Perú. Material del Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Trujillo, 27, 28 y 29 de Octubre de 2004. Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004.

- COLOMBO CAMPBELL, Juan. El debido proceso constitucional. En: Anuario Derecho Constitucional Latinoamericano. Décimo Año, Edición 2004 Tomo I, Honrad-Adenaur Stiftung A.C.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Derechos fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos-jurisprudencia) Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 13. Lima, CAJ, 1997.
- CIANCIARDO, Juan. El Principio de Razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- CIANCIARDO, Juan. El conflicitivismo en los Derechos Fundamentales. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2000.
- GÁRATE CASTRO, Javier. Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.
- LIVELLARA, Carlos Alberto. El principio de razonabilidad como módulo para evaluar la constitucionalidad de riesgos del sistema de trabajo (ley 24.557) y de sus reglamentaciones. En: Derecho del Trabajo N° 8. Revista crítica mensual de jurisprudencia, doctrina y legislación. Ediciones La Ley Año LVIII, Agosto de 1998.
- NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- PRIORI POSADA, Giovanni (compilador) Temas de Derecho Procesal. Selección de Textos. Materiales de Enseñanza. Lima Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción Constitucional, Debido Proceso y los márgenes de acción del Juez Constitucional. Reflexiones a la luz de las experiencias internacional y peruana al respecto. En: Estudios

Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1 N° 1 Universidad de Talca, Santiago de Chile 2003.

- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. El debido proceso sustantivo: su desarrollo en el derecho comparado y su evolución en el Perú. En: Revista Jurídica del Perú. Año LIV, N° 55, Marzo- Abril 2004.
- UGARTE, José Luis. Análisis Económico del Derecho Laboral. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. Principio de Proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

LA JURISPRUDENCIA LABORAL Y CONSTITUCIONAL ¿URGE UNA CONCILIACIÓN ENTRE ELLAS?

Un examen de las últimas sentencias y apuntes para mejorar nuestro sistema de administración de justicia*

*Oxal Víctor Ávalos Jara***

No cabe duda que cuando se habla de reformas judiciales a corto plazo, el tema no solo apunta a destinar mayor presupuesto a dicho sector ni a ofrecer mejores condiciones de trabajo, sino que va más allá. Nos referimos a la implementación de mecanismos jurídicos que permitan a los justiciables enfrentar sus conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas con la seguridad y certeza de que el estado velará por la protección de sus derechos. Es por ello que en el presente trabajo se pretende efectuar un análisis respecto de los problemas que han generado tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial al expedir sentencias contradictorias, y en algunos casos excederse en sus funciones. Asimismo, después de examinar los aspectos negativos del accionar de ambos órganos jurisdiccionales, sobre todo en materia jurisprudencial, se procurará efectuar algunas anotaciones acerca de lo favorable que sería implementar algunas instituciones que si bien se encuentran recogidas en nuestra legislación nunca han sido utilizadas, tales como el stare decisis et non movere.

---

* *A Ebeling por su incondicional ayuda y cariño.*

** *Abogado por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho Laboral, Procesal Laboral y Seguridad Social. Miembro de la División de Estudios legales de Gaceta Jurídica S.A. Jefe del Departamento Laboral y Previsional de Actualidad Jurídica y Diálogo con la Jurisprudencia. Socio de Legal Services & Consulting S.A.C.*

Sumario

I. Introducción. II. Implicancias de las sentencias del Tribunal Constitucional en el Derecho laboral. III. Implicancias de las sentencias del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia de la República) en el Derecho laboral. IV. La jurisprudencia vinculante y los precedentes de observancia obligatoria. V. Recomendaciones para mejorar nuestro Sistema de Administración de Justicia: el stare decisis et non quieta movere y sus efectos. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día se comenta con mucho énfasis sobre la reforma integral de nuestro Poder Judicial. Si bien existen diferentes aspectos a corregir e implementar, no hay duda de que el tema central radica en la seguridad jurídica que dicho órgano debe brindar a los justiciables. Esta finalidad se logra a través de diversas formas participativas y mediante muchos aportes y contribuciones de los distintos actores sociales, tales como el Estado, las organizaciones, el sector empresarial, entre otros.

No obstante que la señalada reforma abarca muchos aspectos, consideramos que algunos de los temas trascendentes, en aras de lograr la mencionada seguridad jurídica, son: la unificación de los criterios jurisprudenciales o uniformización de interpretaciones normativas, y el cabal cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico y respeto irrestricto de nuestra Constitución, así como de las facultades que ella y las leyes han entregado a los órganos jurisdiccionales.

Por ello, en el presente trabajo queremos examinar, básicamente, los lineamientos de algunos criterios jurisprudenciales presentados, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Poder Judicial, representado para fines de este trabajo por la Corte Suprema de Justicia de la República, y a partir de ello verificar algunas imperfecciones de la actual normativa laboral y la errónea aplicación de esta, para tener como resultado, en algunos casos, el establecimiento de determinados criterios dispares entre estos órganos jurisdiccionales.

Sobre la base de lo señalado, pretendemos examinar si los jueces laborales, al resolver, tienen la obligación de seguir los criterios vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional o deben adoptar los criterios que constituyen precedente de observancia obligatoria contenidos en las resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República y, desde un punto de vista crítico, analizar la facultad del Tribunal Constitucional para establecer distintos

grados de protección de los derechos laborales consagrados en nuestra Constitución. Asimismo, nos interesa resaltar los puntos congruentes, coherentes y complementarios a los que han arribado ambos órganos jurisdiccionales.

Finalmente, efectuaremos apuntes, críticas y recomendaciones a fin de buscar una uniformización de los criterios jurisprudenciales, lo cual consideramos esencial en nuestro Sistema de Administración de Justicia, teniendo en cuenta que este tiene como uno de sus pilares otorgar seguridad jurídica a los particulares, y en ese sentido, aprovecharemos para concluir analizando el tema de la predictibilidad de las sentencias.

II. IMPLICANCIAS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO LABORAL

No es desconocido para nadie que gran parte de las sentencias que expide el Tribunal Constitucional, sobre todo tratándose de procesos de amparo (o acciones de amparo antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional), son en materia laboral. En estas el Tribunal Constitucional no sólo se pronuncia sobre la reposición de trabajadores a sus puestos de trabajo, también establece criterios de procedencia de los procesos que va a conocer, interpreta y establece los alcances de las normas laborales, declarando la inconstitucionalidad de algunas de ellas, y en algunos casos establece criterios desafortunados que colisionan con otros órganos jurisdiccionales de nuestro país. Prueba de ello es lo contenido en las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 1124-2001-AA/TC[1], 976-2001-AA/TC[2], 0206-2005-PA/TC[3]. Si bien existen una infinidad de sentencias mediante las cuales se puede ejemplificar o ilustrar lo que hemos señalado, en el presente trabajo, sólo analizaremos las indicadas, puesto que, aparte de ser las más conocidas, tienen un contenido valioso para lo que nos atañe.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC

Con la sentencia recaída en este expediente se generó un gran revuelo en nuestro país, pues el Tribunal Constitucional por primera vez se pronunció acerca

1 En el caso de la Acción de Amparo presentada por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefonica –Fetratel– contra Telefónica del Perú S.A.
2 En el caso de la Acción de Amparo presentada por Don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.
3 En el caso del Proceso de Amparo presentado por Don César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. Emapa Huacho S.A.

de la inconstitucionalidad del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728[4], Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, y en consecuencia ordenó la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por su entidad empleadora.

Sobre el particular debemos mencionar un detalle de suma importancia. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional reconoce, al amparo de nuestra vigente Constitución, que las relaciones laborales en nuestro país se encuentran bajo la figura de la estabilidad relativa, esto es, que el trabajador no solo puede ser cesado por las causas justas contempladas en nuestra legislación, sino también por causas unilaterales e inclusos arbitrarias. No obstante, para proteger al trabajador de dichos actos de facto del empleador, se ha previsto una indemnización por despido arbitrario equivalente a una remuneración y media por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones ordinarias; entonces, ¿por qué ordenó la reposición de estos trabajadores?, peor aún, si el Tribunal Constitucional ha dejado en claro, mediante diversas sentencias, que la mencionada indemnización no es la adecuada protección contra el despido arbitrario, nos preguntamos ¿qué ha hecho para proteger a los trabajadores de las actos de facto de los empleadores?[5], ¿pretende, al brindar una supuesta idónea protección contra el despido arbitrario, que todos los despidos de esa forma se ventilen en su sede?, ¿por qué en una vía el despido arbitrario conlleva a la reposición y en otra a la indemnización?

Particularmente, consideramos que el Tribunal Constitucional cometió un grave error que afecta la jurisdicción del Poder Judicial, pues no debió declarar fundada la demanda, ya que de ese modo, si bien quiso "efectuar un debido control de la constitucionalidad", deslegitimó al Poder Judicial. En efecto, el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es una norma extraída del aún vigente Decreto Legislativo N° 728, publicado el 12 de noviembre de 1991, esto es, durante la vigencia de la Constitución Política de 1979. Por lo tanto, podemos afirmar que dicha norma se basa en los lineamientos y principios de la señalada Carta Magna –estabilidad absoluta– y no de la actual

4 Artículo 34.- Despido arbitrario o injustificado
El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.
Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.
En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

5 Entendemos que hasta el momento nada, sólo se ha limitado a señalar eso.

–estabilidad relativa–. Resaltamos este punto pues estimamos que al amparo de la Constitución de 1979 el mencionado artículo 34 nunca hubiese sido declarado inconstitucional, ya que, al existir una estabilidad absoluta, como se desprende del artículo 48 de la Constitución de 1979 y los artículos 58 y 72 de la versión original del Decreto Legislativo N° 728, solo podía despedírsele al trabajador por una causa justa regulada en la ley, no siendo posible que el despido arbitrario extinga una relación de trabajo[6], salvo que el trabajador opte por una indemnización, y mucho menos si se incurría en las causales de despido nulo[7].

La indemnización regulada en dicha normativa (artículo 76 de la versión original del Decreto Legislativo N° 728) sólo era posible, y extinguía el vinculo laboral, si el trabajador aceptaba voluntariamente la indemnización a cambio de la reposición.

Actualmente, creemos que dicho artículo[8], visto desde la óptica de la Constitución de 1979, no resulta compatible con nuestra actual Constitución. No obstante, si es apreciado o entendido como una clara muestra de la estabilidad relativa en materia laboral, tal como lo señala nuestra actual Constitución, sí resulta plenamente constitucional.

Siendo así, la desavenencia que generó el Tribunal Constitucional, de la cual hasta la fecha vemos sus efectos, ha generado una disyuntiva entre dicho órgano y el Poder Judicial, pues no hay duda de que un juez laboral al amparar una demanda por despido arbitrario va a otorgar la correspondiente indemnización, la que consta en la ley, y la que, a criterio del Tribunal Constitucional, no protege al trabajador de los actos unilaterales, arbitrarios e ilegales del empleador.

En suma, consideramos que lo expuesto precedentemente ha sido el punto de partida, en materia laboral, de las fricciones existentes entre ambos órganos jurisdiccionales.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC

Respecto a este caso, el Tribunal Constitucional, haciendo correcto uso de sus

6 El despido arbitrario, entendido como aquel despido que no cuenta con una justificación legal, otorgaba la posibilidad al trabajador de optar, en principio, por la reposición o, luego de desestimar esta, por la indemnización.

7 Tal como hemos afirmado, al existir estabilidad absoluta, esta demás señalar que todo despido contrario a las causas justas contempladas en la leyes conllevaba a la reposición. No obstante, uno se podría preguntar ¿por qué se hace una diferencia ente el despido arbitrario y el despido nulo? Si bien ambas modalidades de despido tenían un mismo resultado, es decir, la reposición, creemos que el propósito del legislador al regular expresamente las causales de despido nulo fue solo para resaltar los casos especiales en cuales se presentaba una evidente vulneración de algunos derechos fundamentales, más no para generar algún efecto legal distinto a los casos de despido arbitrario.

8 Tal como consta recogido en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, esto es, con las modificaciones que ha sufrido.

facultades, estableció los alcances del derecho constitucional reconocido en el artículo 27 de nuestra Constitución vigente[9].

De este modo, atribuyéndose funciones de legislador[10/11], dispuso que la adecuada protección contra el despido arbitrario tiene dos aristas. La primera es la protección "preventiva" del despido arbitrario, la cual debe ser entendida como el prevenir, evitar o impedir que un trabajador pueda ser cesado arbitrariamente. Dicha protección se encuentra contenida en el artículo 31 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la que se materializa mediante el procedimiento de despido. La segunda es la protección reparadora contra el despido arbitrario, en la cual se busca proteger al trabajador de los despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a los derechos humanos. Dicha protección debe ser entendida como la readmisión en el empleo.

Acá debemos resaltar un punto importante, y en el que nuevamente se verifica la desarticulación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. En esta sentencia el máximo intérprete de la Constitución señala que solo en tres supuestos será procedente la demanda de proceso de amparo. Estos casos son: el despido nulo[12], el despido incausado[13] y el despido

9 Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

10 Para mayores detalles véase a: SOSA SACIO, Juan Manuel. "Efectos y alcances (¿normativos?) de las sentencias del Tribunal Constitucional". En: Dialogo con la Jurisprudencia N° 84. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, setiembre de 2005. Págs. 35 y Ss.

11 Para mayores detalles véase a: ARIANO DEHO, Eugenia. "'Precedentes vinculantes' y 'Pirámide normativa'": Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional. En: Dialogo con la Jurisprudencia N° 96. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, setiembre de 2005. Págs. 43 Y Ss.

12 a) Despido nulo
Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2; inciso 1) del artículo 26 e inciso 1) del artículo 28 de la Constitución.
Se produce el denominado despido nulo, cuando:
- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
- Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N° 26626).
- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

13 b) Despido incausado
Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.° 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución y demás conexos.
Se produce el denominado despido incausado, cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

fraudulento[14].

Como bien sabemos, de acuerdo con las normas contenidas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, concretamente en su artículo 29[15], en la vía ordinaria laboral solo cabe la reposición si se acredita que el empleador incurrió en algunos de los supuestos del mencionado artículo.

Entonces, surge una nueva pregunta, ¿cómo es que en la vía constitucional existen distintas causales de reposición a diferencia de la vía ordinaria laboral?,

¿Estamos hablando acaso de una independencia tal que ambos órganos jurisdiccionales que ni siquiera guardan coherencia y concordancia entre ellos?

14 c) Despido fraudulento
Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que "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 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...". (Fun. Jur. N° 6).
Esos efectos restitutorios obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22, 103 e inciso 3) del artículo 139 de la Constitución.
Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:
Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.° 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas".
En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforma a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.
En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.
Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral.

15 Artículo 29.- Despido nulo
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 (noventa) 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 una 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.

Por un lado, el Tribunal Constitucional establece causales adicionales a las contenidas en el artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, e implanta los parámetros para la procedencia de la reposición, y por el otro, el Poder Judicial cree cumplir el mandato de las normas laborales; por su parte a juicio del Tribunal Constitucional dichas normas no protegen adecuadamente a los particulares.

Entonces, si el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y ha venido precisando, entre otros, los alcances de la protección contra el despido arbitrario y señalando que mediante la indemnización contenida en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no se protege adecuadamente al trabajador, ¿por qué tanto en la vía constitucional como en la ordinaria no se busca proteger adecuadamente al trabajador?, ¿es acá donde se verifica la gran disyuntiva que existe entre ambos órganos?

Ante esta última pregunta, la respuesta es que sí, puesto que existe una gran desarticulación entre ambos órganos, generada como consecuencia del modelo de justicia constitucional instaurado por la Constitución Política de 1993[16].

3. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC

Respecto a este caso, podemos señalar que después del errático fallo del Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, haciendo eco a una de las preguntas señaladas líneas arriba[17], el Tribunal Constitucional trató de enmendar su error estableciendo determinados requisitos de procedibilidad para que no todos los casos por despido arbitrario puedan ser ventilados en la vía constitucional. Este caso resulta importante pues, entre otras cosas, y ya con la vigencia del Código Procesal Constitucional[18], se evidencia una reducción en cuanto a la carga procesal de los procesos de amparo.

Consideramos saludable que se limite el acceso al proceso de amparo, y consecuentemente a la reposición; sin embargo, esto es acertado solo por que

16 Para mayores detalles véase: CARPIO MARCOS, Edgar. "Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial". En: Actualidad Jurídica. Tomo N° 148. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, marzo de 2006. Págs. 153 y Ss.

17 ¿Pretende, al brindar una supuesta idónea protección contra el despido arbitrario, que todos los despidos de esa forma se ventilen en su sede?

18 Respecto a este punto debemos señalar que antes del la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, esto es, el 01 de diciembre de 2004, los procesos de acción de amparo se reconocía a esta institución un régimen procesal alternativo, es decir, que ante la violación de un derecho constitucional el demandante podía escoger la vía que consideraba pertinente para defender sus derechos constitucionales, optando entre la ordinaria y la constitucional. No obstante, todo ello cambio con la vigencia del señalado código

antes de ello el Tribunal Constitucional abrió la puerta para que los trabajadores despedidos arbitrariamente pudieran hacer valer su derecho en la vía constitucional, independientemente de si el despido pudiese ser nulo o arbitrario, cuando en realidad debió seguir la línea que había mantenido hasta antes de su sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, esto es, que solo procedía la reposición por las causales de despido nulo y por clara violación de los derechos fundamentales.

Lo señalado precedentemente afectó a los órganos del Poder Judicial, pues estos, al ver que el Tribunal Constitucional se declaraba competente[19] para conocer despidos arbitrarios, lo que conllevó romper con el modelo de justicia dual en nuestro país, dudaban entre seguir los criterios empleados por el señalado tribunal, para de esa forma proteger adecuadamente a los trabajadores despedidos, o aplicar la norma contenida en el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y de esa forma no proteger adecuadamente a los trabajadores despedidos arbitrariamente.

III. IMPLICANCIAS DE LAS SENTENCIAS DEL PODER JUDICIAL (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA) EN EL DERECHO LABORAL

Si bien hemos señalado el errático desempeño del Tribunal Constitucional, no podemos dejar de indicar que en el Poder Judicial también se presentan estos fallidos intentos de hacer justicia.

El actual modelo dual de jurisdicción constitucional tiene el inconveniente de agudizar los problemas entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, pues plantea un escenario en el que un mismo problema puede ser resuelto, de forma distinta, por ambos órganos jurisdiccionales[20].

En este contexto se presentan las mencionadas disyuntivas; no obstante, a efectos del presente trabajo no resaltaremos ni especificaremos algunas sentencias, sino, simplemente señalaremos los problemas que hemos apreciado, puesto que, como es obvio, en la vía judicial se ventilan muchos más casos que en la constitucional debido a que su acceso no es nada restringido.

El Tribunal Constitucional, sobre la base del artículo 1 de su Ley Orgánica, Ley N° 28301, es el órgano supremo de interpretación y control de la

19 En épocas en que la acción de amparo era una vía alternativa para la protección de un derecho constitucional violado o amenazado.

20 CARPIO MARCOS, Edgar. Op. cit. Pág. 154.

constitucionalidad. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, la potestad de administrar justicia la ejerce el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, el cual debe practicar tal facultad con sujeción a la Constitución y a las leyes. Entonces, si tenemos que los órganos del Poder Judicial, al igual que el Tribunal Constitucional, se encuentran también facultados para conocer materia constitucional, ¿puede un órgano jurisdiccional controlar a otro?

En efecto, el control de la constitucionalidad recae sobre uno de ellos, en este caso el Tribunal Constitucional, pues como se ha señalado es el órgano supremo de control de la constitucionalidad.

Por consiguiente, puede entenderse que los órganos judiciales actúan como instancias inferiores al Tribunal Constitucional, el cual, de ser el caso, revisará la constitucionalidad de los actos del Poder Judicial.

Lo señalado evidencia que el Tribunal Constitucional puede declarar la nulidad, incluso, de una resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, lo que, tal como señala Carpio Marcos, puede generar susceptibilidad en este último órgano, pues en el mejor de los casos, tal anulación supone un reproche técnico y la condena de que en el ejercicio de la función jurisdiccional existe insensibilidad para con los derechos esenciales[21] [22].

En este escenario es incuestionable que no existe una verdadera separación de poderes y funciones, ya que si bien, en el papel, cada uno de ellos cuenta con funciones jurídico-estatales distintas, en la práctica no es así, llegando al punto de ser incompatibles en algunos casos.

Otra de las imperfecciones que hemos notado radica en el criterio utilizado para resolver. Para ejemplificar esto mejor nos formularemos una pregunta. En el caso en de que un trabajador sea repuesto mediante proceso de amparo ¿le corresponde el pago o no de las remuneraciones dejadas de percibir durante el periodo que duró el cese?

Al respecto, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial, mediante la Corte Suprema de Justicia de la República, han sido contradictorios en sus fallos. Por un lado, el Tribunal Constitucional, después de haber fallado anteriormente en una sentencia dejando a salvo el derecho del demandante para que haga valer su derecho de cobro en la vía ordinaria

21 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La guerra de los tribunales en España". En: Contribuciones. N° 3. Buenos Aires, 2002. Pág. 103.

22 CARPIO MARCOS, Edgar. Op. Cit. Pág. 155.

laboral[23] [24], expide otra en la cual niega al demandante el derecho de solicitar, incluso en la vía ordinaria, el pago de las remuneraciones devengadas[25]. Entonces, ¿tiene o no derecho el trabajador al pago de las remuneraciones devengadas?

Por otro lado, y en lo que nos atañe en esta parte del trabajo, la Corte Suprema de Justicia ha tenido una temática similar al resolver. En algunos casos ha señalado la improcedencia de las remuneraciones devengadas[26] y en otros su procedencia[27].

Por ello, podemos preguntarnos: si no hay coherencia tanto entre los propios órganos del Poder Judicial como en los del Tribunal Constitucional ¿puede haber coherencia entre ambos?

La respuesta es más que evidente, no la hay. Sin embargo, consideramos que para evitar casos como este último deben implantarse una serie de medidas, incluso de reforma constitucional; pero a la par estimamos que en un tiempo corto pueden presentarse soluciones para revertir lo hasta ahora sucedido. Creemos que de modo urgente el Estado debe delimitar jurídicamente los poderes y funciones de estos órganos jurisdiccionales.

IV. LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y LOS PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

De acuerdo con el artículo VII del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

23 Para tales efectos véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 137-97-AA/TC.

24 El fundamento de esta sentencia, con el cual estamos de acuerdo, es que la finalidad de los procesos constitucionales es reponer las cosas al estado anterior antes de la violación o amenaza de violación de un derecho. En consecuencia, el Tribunal consideró que no debía ir más allá de sus funciones, y dejar a salvo el derecho del trabajador para que lo haga valer en la vía correspondiente.

25 A diferencia de lo contenido en la sentencia anterior, en esta el Tribunal Constitucional señaló infundada la demanda en el extremo del pago de remuneraciones devengadas debido a que, a su criterio, la remuneración es una contraprestación por la labor que efectúa el trabajador, en tal sentido, si no hay labor no debe haber contraprestación. Para un mayor detalle vease la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1400-2002-AA/TC.

26 Por ejemplo en las resoluciones casatorias N°s. 093-2002-Lima y 2105-2000-Lima.

27 Para un mayor detalle ver nuestro trabajo denominado "El pago de la remuneración devengada en caso de reposición a través de proceso de amparo". En: Actualidad Jurídica, Tomo 150, mayo 2006. Lima, .Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Sobre el particular, y en observancia de la norma que lo faculta, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional sí puede establecer precedentes vinculantes, los mismos que tienen alcance general y deben ser cumplidos de manera obligatoria por todos los órganos jurisdiccionales de la República.

Ahora bien, en concordancia con los artículos 4 y 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS, concordado con el artículo 400 del Código Procesal Civil, solo constituirán "precedente de observancia obligatoria", o tendrán carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales al ser doctrina jurisprudencial, aquellas resoluciones emitidas por las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República que fijen principios jurisprudenciales en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan28. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden, excepcionalmente, apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial El Peruano, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que se invocan.

De lo señalado surge una pregunta ¿qué debe entenderse por doctrina jurisprudencial?

Conforme al artículo 400 del Código Procesal Civil, cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones

28 Sobre el particular consideramos que para que pueda modificarse un criterio jurisprudencial concertado en un pleno jurisdiccional deben cumplirse cuatro requisitos:
- Indicar cual es el precedente de observancia obligatorio del que se apartan,
- Indicar cual es la diferencia del criterio jurisprudencial que se implanta con el que se desestima,
- Indicar cual es el error en que se ha incurrido plasmado en el precedente de observancia obligatoria que se desestima, y
- Indicar la "favorabilidad" del precedente de observancia obligatoria que se implanta

que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial.

Así podemos afirmar que solo cuando exista pleno casatorio, las decisiones tomadas allí serán consideradas doctrina jurisprudencial, y en consecuencia, solo después de ese proceso, lo contenido en dichas resoluciones tendrán la calidad de precedente de observancia obligatoria.

Entonces, ¿qué sucede con las sentencias casatorias de la Corte Suprema de Justicia de la República que se publican en el diario oficial El Peruano y que en su gran mayoría son catalogadas como precedentes de observancia obligatoria?

Nos animamos a señalar que en realidad no lo son, ya que, entre otras cosas, no provienen de un pleno casatorio, pues no se señala eso en cada resolución. Además, en estas resoluciones nunca se hace referencia a las resoluciones que fijan los principios jurisprudenciales y se califica como precedente de observancia obligatoria un hecho irrelevante. Es más, cuando las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República se apartan de algún criterio jurisprudencial prefijado ni siquiera motivan adecuadamente su resolución, ya que no señalan el precedente obligatorio que desestiman y que es modificado.

Por estas razones afirmamos que las sentencias casatorias expedidas y publicadas en el diario oficial "El Peruano" por las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República no constituyen precedente de observancia obligatoria.

Por todo lo expuesto hasta ahora, es pertinente hacernos una pregunta, ¿qué criterios debe tomar un juez laboral al momento de resolver una causa?

Consideramos que todo juez laboral, sobre la base de sus facultades, debe aplicar la ley que corresponda al caso concreto, no obstante, para aplicar la norma de la forma correcta debe recurrir a los criterios que el Tribunal Constitucional ha fijado para tal caso. Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que el juez laboral puede adoptar criterios recogidos en otras resoluciones del mismo órgano jurisdiccional pero nunca debe apartarse de los establecidos por el Tribunal Constitucional, puesto que ello conllevará otorgar seguridad jurídica a los particulares.

V. RECOMENDACIONES PARA MEJORAR NUESTRO SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE Y SUS EFECTOS

Como hemos señalado, anteriormente, el objetivo principal en aras de la mejora de nuestro Sistema de Administración de Justicia es otorgar seguridad

jurídica a los particulares.

En tal sentido, si tenemos como meta la mencionada seguridad jurídica debemos apelar a instituciones que nos permitan brindarla. Una de ellas es la del stare decisis et non quieta movere. Esta institución es una de las más importantes del Derecho anglosajón –common law– y traducida al español puede entenderse como "estése a lo decidido y mantenga la quietud"[29].

De acuerdo con Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel el stare decisis et non quieta movere o la fuerza vinculante del precedente judicial supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia se establece un antecedente que, en principio, no puede variar posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y de derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador[30].

Las finalidades de esta figura son, entre otras, la estabilidad, el respeto a la autoridad y la predictibilidad.

Existirá estabilidad por que, al haber criterios uniformes para resolver sobre determinada materia, el marco jurídico y judicial de nuestro país no variará constantemente; y en caso de hacerlo, lo hará hasta llegar a brindar una solución totalmente justa y adecuada con nuestra realidad.

Por otro lado, habrá respeto a la autoridad puesto que, sobre la base de una ya lograda seguridad jurídica, los particulares tendrán confianza en que el Poder Judicial podrá resolver sus conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas de manera correcta, transparente y adecuada.

En cuanto a la predictibilidad, creemos que esta resulta sumamente importante para los operadores del Derecho y los justiciables, ya que al saber por anticipado cómo se resolverá determinada litis, se evitará que los fallos judiciales dejen de ser inconsistentes, además de que se expidan sentencias contradictorias y erráticas como las que hemos señalado en la primera parte de este trabajo. Asimismo, ello haría que se presenten menos casos de corrupción, pues de verificarse la existencia de un fallo distinto se advertirá, de no encontrarse debidamente sustentado, cierta anomalía respecto del órgano jurisdiccional encargado de resolver alguna causa.

29 DIEZ CANSECO, Luis; y PASQUEL, Enrique. "Stare Decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial". En: Revista de Economía y Derecho. Sociedad de Economía y Derecho, UPC. Lima, 2004. Pág. 16.

30 Op. Cit. Pág. 17.

Ahora bien, uno puede preguntarse ¿cómo podemos pretender implementar una institución del Derecho anglosajón a nuestro sistema jurídico, influenciado casi en su totalidad por el Derecho romano germánico?

La respuesta es simple, puesto que como señalan Diez Canseco y Pasquel, una característica única de nuestro Derecho que ha pasado absolutamente desapercibida, pese a la genialidad de su incorporación, se refiere a que el Perú probablemente es uno de los pocos países del mundo adscritos a la tradición romanista que ha incorporado explícitamente el principio del stare decisis et non quieta movere en su ordenamiento jurídico. En efecto, el Código Procesal Civil de 1991 contiene una norma –artículo 400– que corresponde a dicho instituto.

Sobre el particular consideramos, en el marco de la reforma judicial en nuestro país, que podrían adoptarse, entre otras medidas, mecanismos que otorguen seguridad jurídica, y no dudamos de que uno de ellos es el stare decisis non quieta movere.

Finalmente, a modo de reflexión final diremos que, si bien existen muchos aspectos a reformular, no dudamos en que el central y más importante es el de la seguridad jurídica, ya que ello traerá consecuencias muy favorables a nuestro país, tales como una mayor inversión y crecimiento económico, fortalecimiento de las instituciones estatales y de los grupos sociales, coherencia entre el Estado y los particulares, pero sobre todo confianza de los justiciables en sus instituciones públicas.

BIBLIOGRAFIA

- ARIANO DEHO, Eugenia. "'Precedentes vinculantes' y 'Pirámide normativa': Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 96. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2005.
- CARPIO MARCOS, Edgar. "Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial". En: Actualidad Jurídica. Tomo N° 148. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, marzo de 2006.
- DIEZ CANSECO, Luis; y PASQUEL, Enrique. "Stare Decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial". En: Revista de Economía y Derecho. Otoño 2004. Sociedad de Economía y Derecho, UPC. Lima, 2004.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La guerra de los tribunales en España". En: Contribuciones. N° 3. Buenos Aires, 2002. Pág.

• SOSA SACIO, Juan Manuel. "Efectos y alcances (¿normativos?) de las sentencias del Tribunal Constitucional". En: Diálogo con la Jurisprudencia Nº 84. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, setiembre de 2005.

ALGUNAS PARTICULARIDADES EN RELACION A LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

*MILKO BRIONES QUISPE**

Sumario

I. A manera de Antecedentes. II. Definiciones de Trabajador de Confianza. III. Tratamiento Normativo. IV. Procedimiento de Calificación. V. Estabilidad en el Empleo. VI. Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. Bibliografía.

I. A MANERA DE ANTECEDENTES

Para los fines del presente documento, nos interesa centralizar nuestra exposición en lo que concierne a la protección constitucional de ciertos derechos laborales de una clase de servidores que –por la naturaleza o condición de sus funciones- han merecido un tratamiento especial en el sistema jurídico peruano, particularmente en el ámbito del sector privado que es donde ahondaremos de manera preferente.

Como antecedente legislativo, podemos señalar que una de las primeras normas infraconstitucionales que introdujeron la calificación y protección de los llamados "Trabajadores de Confianza" en nuestro ordenamiento legal, fue la Ley Nº 24514 promulgada el día 04 de junio de 1986[1] y diseñada a la luz de la doctrina y normas positivas comparadas de la época, claro está. Dicha norma era aplicable a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada o de las

* *Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio "Ferrero, Lema, Solari y Santiváñez. Abogados".*

1 Previo a dicha ley, se dictaron el Decreto Legislativo Nº 039 referido el régimen laboral de las empresas periodísticas y en la que se hace un primer intento de definición del concepto "cargos de confianza" dentro del ámbito de tales empresas; así como la Constitución Política de 1979 en cuyo artículo 59 segundo párrafo menciona a los "funcionarios de confianza" como excluidos de la carrera administrativa.

empresas públicas sometidas al régimen de la actividad privada, que laboren cuatro o más horas diarias para un solo empleador, siempre que hayan superado el período de prueba de tres meses; éstos trabajadores sólo podían ser despedidos por causa justa tipificada en dicha ley y debidamente comprobada, de lo contrario tenían derecho a la reposición en el puesto de trabajo (salvo excepciones previstas expresamente en tal norma o en leyes especiales).

Lo que nos interesa es la regulación contenida en el artículo 15 de la Ley N° 24514 (referida a los Trabajadores de Confianza), el que textualmente señalaba lo siguiente: "Los trabajadores empleados que desempeñen cargos de confianza, están amparados por esta Ley; pero sólo podrán ejercitar la acción indemnizatoria a que se refiere el artículo anterior. Se considera cargos de confianza los que se ejercen a nivel dirección, los que conllevan poder decisorio, o importan representación general del empleador (...)". Nótese que no solamente se propuso una genérica definición del "personal de confianza", sino también se estableció límites en caso éstos sean objeto de despido por parte del empleador, como la posibilidad de ejercitar únicamente la acción de Indemnización por Despido y según las escalas previstas en el artículo 14 de la Ley N° 24514. Es decir, tales trabajadores de confianza no tenían derecho a la estabilidad laboral absoluta (la reposición en su puesto de trabajo) sino solamente a la estabilidad laboral relativa (el pago de la indemnización por cese)[2].

Múltiples críticas surgieron sobre dicho texto, como la gestada por el Dr. Teodosio Palomino, quien, desmenuzando el contenido de la citada Ley N° 24514, encontró serias incongruencias; una de ellas –quizás la más importante- es la referida al ámbito y/o campo de aplicación regulado en los artículos 1 y 2 de dicha ley (en relación directa al artículo 15 trascrito líneas arriba), en el sentido de que si tales artículos 1 y 2 consagraban sin distinción alguna entre clases de trabajadores, que *"La presente ley regula el derecho de estabilidad en el trabajo, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución"* y *"Están amparados por la presente ley los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (...) que laboren cuatro o más horas diarias para un solo empleador (...)"*, resultaba absurdo que en el artículo 15 de la misma norma se excluya expresamente a los trabajadores de confianza de la posibilidad de ser repuestos en el empleo ante

2 Cabe precisar que la Ley N° 24514 no otorgó facultades al empleador para remover del cargo a los trabajadores de confianza por invocación de la causal "pérdida de la confianza" (como veremos más adelante sí es admitida actualmente para el cese), pues en dicha norma se reconoció la necesidad de invocar una causa justa para proceder con el despido.

la eventualidad de un despido arbitrario, permitiéndoseles únicamente la acción indemnizatoria[3].

Sin embargo, la Ley N° 24514 fue derogada por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final de la Ley N° 26513 publicada el día 28 de julio de 1995 (posteriormente ordenada por el Decreto Supremo N° 05-95-TR), cuya finalidad principal fue modificar diversos artículos de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 728 publicada el día 12 de noviembre de 1991 (actualmente ordenado por los Decretos Supremos N°s 002-97-TR y 003-97-TR), del cual nos ocuparemos más adelante).

II. DEFINICIONES DE TRABAJADOR DE CONFIANZA

A nivel de doctrina, la particularidad de las labores de los Trabajadores de Confianza ha suscitado diversas opiniones (la mayoría coincidentes) en cuanto a su naturaleza y categoría al interior de un centro de trabajo, como veremos seguidamente.

Así tenemos al autor Celso Mendo Rubio, para quien el concepto de "empleado de confianza" está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores (característico de todo vínculo laboral, pues de lo contrario no se contrataría), ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación al empleador, goza de su máxima confianza y apenas está sujeto a una limitadísima subordinación. De esta manera, para el citado autor el empleado de confianza tiene la representación de su empleador, actúa en su nombre haciendo sus veces, tiene poder de dirección y responde por cada uno de dichos actos; la remuneración que percibe –generalmente atractiva- está dada en función directa al cargo que desempeña, lo cual lo coloca en situación de privilegio frente a los demás trabajadores "comunes", pero en contraposición a éstos no goza de amparo legal de estabilidad en el empleo[4].

El maestro Mario de la Cueva[5] comenta que el único criterio que puede proponerse, aunque un poco impreciso, radica en las necesidades y en el interés de la empresa, teniéndose en cuenta que éste es un criterio genérico, pues no es posible una enumeración limitativa seria en relación con cada

3 PALOMINO, Teodosio. "Trabajadores de Confianza....?. Su Situación Laboral". Lima: Juris Laboral, 1989, pag. 88.
4 MENDO RUBIO, Celso V. "Los Empleados de Confianza: artículo 15 de la Ley 24514". Lima: TRICELM S.A., 1° Ed., 1990, pag.14.
5 Citado por PALOMINO, Teodosio. Ob. cit., pag. 162.

empresa que pueda utilizarse. Ahí donde están en juego la existencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos, el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores, debe hablarse de Empleados de Confianza. Por lo tanto, ejercen cargos de confianza los trabajadores que tienen en sus manos la marcha general de la organización, a cuya capacidad, idoneidad, talento, creatividad, habilidad y honradez queda confiada, como el caso de los directores y administradores, encargados de supervisar las labores, puestos superiores de vigilancia, vigilancia general de los establecimientos, trabajadores encargados de mantener el orden, etc., y además, un grupo de empleados en trabajos personales del patrono, determinado por las necesidades múltiples de la empresa, que en ocasiones obligan a mantener en absoluto secreto determinadas cuestiones.

El tratadista Néstor de Buen define al trabajador de confianza como la persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, mismas que lo ligan al destino mismo de la empresa. De este modo, estamos ante un "contrato especial de confianza", entendiéndose por tal el celebrado por una persona con atributos precisos de capacidad y credibilidad para el desempeño de una función específica, con otra persona física o moral, que deposita en el trabajador su representación y responsabilidad en la realización de actos que pueden serle o no propios, pero que para el interés de esta última persona implican garantía y seguridad en su desempeño[6].

Por su parte, el destacado autor Carlos Blancas Bustamante señala que el Trabajador de Confianza integra una categoría especial dentro de los servidores de la institución empresarial, en razón de las funciones que cumple colaborando directamente con el empleador en la dirección, organización y administración de su actividad económica. Se refiere a este trabajador como "alto empleado" y lo define como aquel que sin ser patrono, empresario, dueño o accionista principal, desempeña muy importantes y decisivas funciones de gestión, con atribuciones sobre los restantes empleados y obreros, subalternos para él, con los que pueda contar el establecimiento, empresa u organización[7].

6 DE BUEN, Néstor. "Los Derechos del Trabajador de Confianza". México: UNAM, Instituto de Investigación Jurídica, 2000, pag. 62.

7 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El Derecho de Estabilidad en el Trabajo". Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, 1° Ed., 1991, pag. 245.

Como se aprecia, existe un común denominador para la descripción y/o calificación de los llamados Trabajadores de Confianza, cual es el grado de responsabilidad delegada en ellos por el empleador para la atención de los intereses fundamentales de su organización empresarial (lo que se sustenta en una especial relación de "confianza"), por lo que bastaría –en principio- que el empleador "pierda" la confianza depositada en el trabajador para que el vínculo laboral entre ellos se vuelva –por así decirlo- "insubsistente"; sin embargo, creemos que resulta complicado diseñar a priori una fórmula que delinee de manera inequívoca algún concepto sobre Trabajador de Confianza, siendo por tanto indispensable que en cada caso concreto se realice un análisis exhaustivo de la situación planteada, pues de lo contrario se correría el riesgo de incurrir en delimitaciones que no se ajusten a la realidad.

III. TRATAMIENTO NORMATIVO

El primer referente normativo que podemos citar en cuanto al tratamiento de los Trabajadores de Confianza, a nivel supranacional, es el Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, Convenio sobre Horas de Trabajo (Industria, 1919)[8], en el cual se reconoció las jornadas de trabajo máximas de 08 horas diarias y de 48 horas semanales, exceptuando de las mismas *"a las personas que ocupen un puesto de confianza"*.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, la suprema norma de 1993 no hace mención a los Servidores de Confianza (al menos bajo los términos en que nos interesan), solamente dispone en su artículo 40 que no están comprendidos en la carrera administrativa *"los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza"*. Sin embargo, a nivel infraconstitucional, tenemos que fue la primigenia Ley de Fomento del Empleo, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 728, la que propuso por primera vez una definición medianamente clara de los Trabajadores de Dirección y de Confianza (dentro del ámbito del sector privado), en sus artículos 82 a 84; actualmente es el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL en adelante), la que recoge dichos conceptos en sus artículos 43 a 45.

Respecto de los Trabajadores de Confianza, tenemos que el texto del segundo párrafo del artículo 43 de la LPCL es como sigue: *"Trabajadores de confianza son*

8 Convenio aprobado por la República del Perú mediante Resolución Legislativa N° 10195 de fecha 23 de marzo de 1945.

aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales". Esta definición legislativa nos permite proponer algunas características para reconocerlos en los hechos concretos: i) laboran en contacto directo con el personal de dirección; ii) manejan información reservada; iii) preparan informes estratégicos; iv) gozan de prerrogativas o beneficios particulares; v) reemplazan al personal de dirección y lo representan frente a los demás trabajadores. Ejemplos de trabajadores de confianza son los contadores, los abogados del área legal, los auditores que no ocupan cargos de dirección, los supervisores, los asistentes de directores, la secretaria del gerente general, entro otros.

IV. PROCEDIMIENTO DE CALIFICACION

Siendo harto conocido y tratado los alcances de los derechos laborales económicos de los trabajadores de confianza en nuestra legislación, queremos comentar acerca de un aspecto que particularmente nos ha llamado siempre la atención, cual es el referido al procedimiento de calificación de los puestos de dirección y de confianza al interior de la empresa, regulado en los artículos 59 al 61 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.

En efecto, de acuerdo a los mencionados dispositivos legales, para la calificación de un puesto como "de confianza" el empleador debe seguir un procedimiento consistente en los siguientes tres actos, uno después del otro: i) identificar en los hechos los puestos que podrían considerarse como de confianza, según la naturaleza de las labores, ii) informar por escrito de dicha situación a los trabajadores involucrados, y iii) consignar tal calificación "de confianza" en los libros de planillas y boletas de pago.

Sobre el particular, el artículo 60 del reglamento objeto de análisis refiere que "La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita". Nos parece acertada dicha acotación legal, pues el alto nivel de responsabilidad y grado de compromiso por parte de los trabajadores de confianza con la gestión del éxito económico de la organización empresarial (reflejado en sus labores diarias), no se desnaturaliza ni pierde su

sustancia elemental de ser "de confianza" ante la falta de calificación y comunicación formal del puesto como tal por parte del empleador, dado que la condición de "trabajador de confianza" perdurará en el tiempo y no variará siempre que pueda acreditarse con pruebas objetivas dicha situación. A la misma conclusión debería arribarse –y de hecho personalmente lo hacemos- en el escenario opuesto, es decir cuando el empleador habiendo cumplido con el procedimiento legal de calificación de un puesto y/o cargo como de confianza, éste no tiene asidero en la realidad y constituye un grave error de percepción por parte del empleador (si es que no es un acto de simulación con fines abusivos), cuya desacertada calificación puede corregirse y así no se perenniza en el tiempo si es que de las pruebas actuadas se demuestra en forma clara que dicho trabajador nunca desempeñó labores inherente a uno"de confianza".

No obstante –y aquí sucede lo que nos parece contradictorio-, el artículo 61 de la misma norma comentada señala lo siguiente: *"Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta días naturales siguientes a la comunicación respectiva".* La primera interrogante que nos asalta es ¿qué pasaría si el trabajador de confianza indebidamente calificado no acude a la autoridad judicial para cuestionar su designación dentro del plazo perentorio concedido?, ¿ello implicaría una convalidación de la indebida calificación, a pesar de que la propia naturaleza de sus labores evidencia de que nunca se trató ni se desempeñó como un trabajador de confianza?. Definitivamente creemos que la regulación legal no es apropiada en dicho aspecto, pues se está anteponiendo un plazo corto de caducidad (que procesalmente hablando resulta atendible para algunos jueces) a la real sustancia e identidad del ejercicio de un cargo que per se es inmutable en el tiempo (siempre que se mantenga como tal), aunado al hecho de que durante la existencia del vínculo laboral no es usual que los servidores cuestionen en la vía administrativa o judicial las decisiones adoptadas por su patronal, por temor a ser objeto de severas medidas de represalias.

En todo caso, consideramos que el plazo que debería aplicarse[9] para el cuestionamiento a nivel judicial de la indebida calificación de un puesto como de confianza, sería el de cuatro años contados a partir del día siguiente a la de extinción de la relación de trabajo, regulado por la Ley N° 27321. Este plazo resultaría razonable por cuanto el trabajador ya no se sentiría presionado y/o

9 Por lo menos, el mayor vigente a la fecha de elaboración del presente documento.

influenciado en su proceder contra su ex empleador, y podría en forma "libre" reclamar lo que considera le fue denegado injustamente por la indebida calificación de su puesto durante la existencia del vínculo laboral, lo que condice con el carácter irrenunciable de los derechos laborales consagrado constitucionalmente.

Esta hipótesis nos conduce a concluir –además- que el procedimiento legal de calificación de los puestos de trabajo no tiene (ni nunca lo ha tenido) naturaleza constitutiva de derechos sino meramente declarativa, y aún así en este escenario, tal procedimiento tiene ciertos "bemoles" como lo hemos observado.

V. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Respecto a la estabilidad en el empleo, desde hace algunos pocos años –y sobretodo por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional- se ha generado cierta polémica por las sentencias de reposición al centro de trabajo dictadas a favor de los trabajadores víctimas de un despido ad nutum o arbitrario, vía Acción de Amparo, por vulneración del derecho al trabajo consagrado en el artículo 22 de la Carta Magna de 1993.

En este contexto, podemos señalar que la actual Constitución Política de 1993 consagra en su artículo 27 una estabilidad –digamos- flexibilizada en comparación con su antecesora, bajo los siguientes términos: *"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*, es decir, se reconoce como posible el hecho del despido sin justificación, pero no se define cuál es la "adecuada protección" que debe ejecutarse frente a la ocurrencia del mismo, dejando así al legislador la tarea de desarrollar dicho concepto[10]. Viene a ser la LPCL –entonces- la que consagraría para los trabajadores de confianza, a pesar de no señalarlo expresamente, el derecho a la estabilidad laboral relativa (salvo en los casos de despido nulo), es decir el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario regulado en el artículo 34 de la misma norma[11],

10 A manera de antecedente histórico, podemos señalar que la Constitución Política de 1979 contemplaba en su artículo 48 lo siguiente: "El estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada"; consagrando así el derecho a la estabilidad laboral absoluta y el principio de causalidad del despido de todos los trabajadores, sin hacer distinción alguna por el cargo que ocupaban en el centro de labores.

11 Cabe precisar que dicho artículo fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante sentencia emitida en Acción de Amparo bajo el expediente N° 1124-2001-AA/TC (caso Telefónica), a través del cual el Tribunal señaló que el pago indemnizatorio vaciaba de contenido el derecho constitucional al trabajo pues la protección ante un despido arbitrario no puede ser otra sino que retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución (en el puesto de trabajo) es una consecuencia consustancial al acto nulo del despido. En tal sentido, el Tribunal Constitucional concluyó que la indemnización es una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinase libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.

requiriéndose de esta manera a los empleadores para que puedan proceder con un despido justificado (de cualquier trabajador incluidos los de confianza), la invocación de una falta grave relacionada con su capacidad o conducta tipificada en la LPCL y debidamente comprobada; de lo contrario, el despido devendrá en arbitrario y deberá pagarse la citada indemnización (no procediendo la reposición en el empleo).

Inclusive a nivel jurisprudencial se ha reconocido ello, así mencionamos, entre otras, la Casación N° 2037-2000-PIURA que estableció que todo trabajador de confianza cuenta con estabilidad laboral relativa, y ante un despido arbitrario, puede accionar para el pago de la indemnización y no para su reposición. A mayor abundamiento, conocido es que se suele invocar como causal de despido justificado "la pérdida de la confianza" hacia el trabajador que ostenta dicho cargo (a pesar de que no se trata de una causal justa de despido tipificada en la LPCL); sin embargo, el solo retiro de la confianza respecto de un "trabajador de confianza" sí constituye un despido arbitrario (pese a que dicha circunstancia podría tratarse de un derecho del empleador), así lo dispone la Casación N° 820-2002-LAMBAYEQUE publicada en el Diario El Peruano el día 01 de marzo del 2004, sobre nulidad de despido.

De igual manera, podemos citar el expediente de Amparo N° 4492-2004-AA/TC, a través del cual el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el ex Gerente de Operaciones de Aeropuertos contra la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial – CORPAC S.A., bajo el argumento de que *"a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente"*. Lo mismo en el expediente de Amparo N° 746-2003-AA/TC, a través del cual el Tribunal Constitucional recalcó la importancia de la calificación del cargo de la demandante (Jefa de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho), concluyendo así que de tratarse de un cargo de confianza, ésta trabajadora sólo tendría derecho a la indemnización por despido prevista para los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (como efectivamente era el caso concreto) y no a la reposición en el centro de trabajo[12].

Sin embargo, cabe precisar que dicho criterio interpretativo provocó en su momento ciertas posiciones para la discusión jurídica, como el que surgió a raíz de la sentencia recaída en el expediente 4492-2004-AA/TC (que referimos líneas

12 No olvidemos que en estos casos, el retiro de la confianza es el resultado de una valoración de desempeño eminentemente subjetiva, que no requiere para su validez del otorgamiento del derecho de defensa en la medida en que no se imputa al trabajador la comisión de acto o conducta antijurídica alguna.

arriba), según el cual supuestamente el Tribunal Constitucional no había reparado en el hecho de que el trabajador demandante ingresó a laborar a CORPAC S.A. bajo la clasificación de empleado común y que con posterioridad fue ascendido a un cargo clasificado como de confianza; en otras palabras, el vínculo laboral, y el consecuente contrato, se originó no por la confianza en el trabajador sino por otras consideraciones. En tal sentido, para los discrepantes con lo opinado y resuelto por el Tribunal Constitucional en el presente caso, resulta plenamente evidente que no es lo mismo que al trabajador se le contrate en virtud a la confianza para desempeñar un cargo clasificado como tal –en cuyo caso al retiro de ella se le puede despedir-, que el caso de un trabajador que ingresó a laborar a una empresa como asistente o cualquier otro cargo de menor jerarquía y con el paso de los años, en virtud a sus logros y méritos personales, llega a ocupar un cargo gerencial clasificado de confianza, en cuyo caso la justificación de la "pérdida de la confianza" para su despido resulta bastante discutible[13].

Compartimos esta preocupación por cuanto podría darse el caso de que, cuando un empleador desease despedir a un trabajador arbitrariamente, cumpla con "ascender jerárquicamente" a ese trabajador, darle un cargo de confianza en la empresa y luego despedirlo con la invocación de la "pérdida de la confianza", y sin que tenga derecho a ser repuesto en el centro de trabajo (o al menos, en el cargo que antes desempeñaba y no revestía la clasificación de confianza). Creemos al respecto de que el Tribunal Constitucional debió o debería pronunciarse sobre este punto, pues –ciertamente- los supuestos de hecho expuestos tienen un origen diferente (en uno el trabajador es contratado directamente para asumir un cargo de confianza, y en otro el trabajador es contratado pero no bajo esta calidad sino que accede a ella con posterioridad), teniendo como sustento legal –además- lo dispuesto en el artículo 44 de la LPCL, el cual establece que en la designación o promoción del trabajador a un cargo de dirección o confianza, *"la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación"*.

VI. ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DE TRABAJO

Finalmente, queremos comentar muy brevemente el contenido del actual Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (en adelante ALGT) en lo que al tema

13 El abogado Jorge Petrozzi Morzán –en una nota publicada por el Diario El Comercio el día 17 de octubre de 2005- cuestionó el hecho de que el Tribunal Constitucional no haya tenido en cuenta que una cosa es el empleo (prestación de un servicio personal a favor del empleador) y otra el cargo ejercido (individualización y denominación del empleo dentro de la organización empresarial, como jefe de personal, asistente de mantenimiento, secretaria de gerencia, etc). Según la apreciación del Dr. Petrozzi, la clasificación de "confianza" o "dirección" es al cargo y no al empleo.

que hemos abordado concierne, teniendo en cuenta que han transcurrido más de cuatro años aproximadamente desde que la Comisión de Trabajo del Congreso de la República le encargara al Consejo Nacional de Trabajo la revisión del documento elaborado por la Comisión de Expertos creada con esa finalidad e integrada por ilustres abogados.

Lo primero a destacar es que en el ALGT ya no se mantiene la distinción entre trabajadores de confianza y trabajadores de dirección, es decir se ha eliminado la definición de los primeros para contemplar únicamente el tratamiento de derechos de los segundos ante el acto de un despido arbitrario. En tal sentido, tenemos que el artículo 345 del ALGT[14] mantiene el mismo concepto de "Personal de Dirección" que el actual regulado en el artículo 43 de la LPCL, haciendo un añadido especial: en caso el trabajador no esté de acuerdo con su calificación, puede impugnarla dentro de un procedimiento administrativo trilateral, en un plazo de treinta días naturales siguientes de haber sido informado con dicha calificación.

Conforme se aprecia, el texto del anteproyecto no solamente mantiene la misma definición de trabajador de dirección que la vigente actualmente, sino también la misma dificultad respecto a la vía procedimental y plazo para la impugnación de la calificación indebida, sólo que ahora no se propone la instancia judicial como la competente para la resolución del conflicto sino la instancia administrativa. Creemos –modestamente- que el problema aún subsiste y que la alternativa planteada no sería la más favorable para los intereses del trabajador, pues ante dicho escenario nos volveríamos a preguntar ¿qué pasaría si un trabajador de dirección calificado de manera indebida por su empleador no acude durante la vigencia del vínculo laboral a la autoridad administrativa para cuestionar su designación dentro del plazo de treinta días que se le otorgan?

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos advertir que existe una propuesta del sector empresarial (sin consenso aún en el ALGT) consistente en la definición y procedimiento de calificación de los puestos de confianza, propuesta que

14 "Artículo 345: Personal de Dirección.
Personal de Dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.
Su calificación corresponde al empleador, el cual la pone en conocimiento de la autoridad de trabajo y del interesado; la falta de calificación formal no es impedimento para aplicarle las reglas especiales que le corresponden, si de la naturaleza del cargo se desprende objetivamente su condición. Si el trabajador discrepara de su calificación, pueda recurrir contra ella a través del procedimiento administrativo trilateral, dentro de los treinta (30) días naturales siguientes de haber sido informado".

contiene la misma fórmula del artículo 345 del ALGT objeto de comentario, es decir se trata de la misma definición regulada en el segundo párrafo del artículo 43 de la LPCL, y propone la vía administrativa (procedimiento trilateral) para el trámite de impugnación de la indebida calificación como "de confianza", por un plazo de treinta días naturales. Lo que nos lleva –una vez más- a ratificar lo expresado en la parte final del punto IV del presente documento, a manera de reflexión académica.

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El Derecho de Estabilidad en el Trabajo". Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, 1° Ed., 1991.
- DE BUEN, Néstor. "Los Derechos del Trabajador de Confianza". México: UNAM, Instituto de Investigación Jurídica, 2000.
- MENDO RUBIO, Celso V. "Los Empleados de Confianza: artículo 15 de la Ley 24514". Lima: TRICELM S.A., 1° Ed., 1990.
- PALOMINO, Teodosio. "Trabajadores de Confianza....?. Su Situación Laboral". Lima: Juris Laboral, 1989.
- Texto del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, actualizado al día 02 de junio de 2005, según información pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

CRISIS DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO DEL TRABAJO

CARLOS CORNEJO VARGAS

Sumario

I. Introducción. II. Fuentes del Derecho. III. La Jurisprudencia como fuente de Derecho. IV. Sentencias normativas. V. La jurisprudencia constitucional: carácter vinculante. VI. El cobro de los beneficios sociales impide accionar para la reposición en el puesto de trabajo. VII. Comentario Final.

I. INTRODUCCION

La jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo tiene en nuestro ordenamiento jurídico un rol absolutamente residual, el mismo que se traduce en falta de previsibilidad y certeza y, por ende, de afectación a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley.

En este sentido, para convertir a la jurisprudencia en una verdadera fuente de derecho consideramos indispensable corregir los desencuentros entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, pues los efectos que se generan por el desconocimiento, inaplicación y vulneración de los precedentes de observancia obligatoria -establecidos por el órgano de control de la constitucionalidad de las normas- son absolutamente perniciosos, máxime, si se tiene en cuenta el retorno inminente de nuestra legislación laboral a un esquema de mayor protección, en el que resulta indispensable conocer con absoluta previsibilidad los criterios jurisdiccionales de observancia obligatoria.

II. FUENTES DEL DERECHO

1. El estudio de las fuentes del derecho originalmente distinguió entre fuentes reales y formales, sin embargo, la especialización de nuestra disciplina jurídica, llevó a la doctrina española a distinguir dos (2) sentidos en el concepto de fuentes: uno propio y otro traslativo[1].

1.1 Así, se consideró fuente en sentido propio a los órganos a los cuales se atribuye potestad normativa, por ejemplo, el Congreso de la Republica, la Autoridad Administrativa de Trabajo, el Poder Judicial, la representación colectiva de los trabajadores y del empleador, etc.

Por su parte, se consideró fuente en sentido traslativo a las formas de exteriorización de la voluntad normativa de los órganos de producción normativa antes mencionados *(fuentes en sentido propio)*, por ejemplo, una Ley, un Decreto Supremo, la jurisprudencia, un convenio colectivo, etc.

2. En el presente trabajo, intentaremos referirnos al rol que la jurisprudencia desempeña como fuente del Derecho del Trabajo y, en particular, al disminuido papel que se le reconoce en nuestro ordenamiento jurídico, el cual nos permite afirmar con total y absoluta convicción, que aquella -la jurisprudencia- atraviesa una situación de crisis, que creemos es necesario corregir para preservar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, ambos pilares de un Estado de Derecho.

3. Cuando nos referimos a la jurisprudencia no nos estamos refiriendo a la sentencia que se emite en un proceso judicial y que resolviendo una controversia, adquiere la calidad de cosa juzgada, pues dicho producto jurisdiccional sólo tiene efectos entre las partes. En tal caso, estamos ante una "fuente de derechos" *-aunque también de obligaciones-* que sólo obliga a las partes litigantes, y no ante una fuente de derecho, la cual siempre contiene preceptos de cumplimiento general y obligatorio en un ámbito de aplicación determinado.

Dicho pronunciamiento *(el cual sólo obliga a las partes litigantes)* sólo tendrá un valor referencial o indicativo para otro caso similar, y en ningún caso, un valor absoluto que imponga su observancia obligatoria para resolver casos similares.

1) Neves Mujica, Javier. Fuentes de Derecho del Trabajo. En, Trabajo y Constitución. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1989. Pág. 33.

III. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

4. En este sentido, cuando nos referimos a la jurisprudencia como "fuente de derecho" nos estamos refiriendo a una situación totalmente distinta.

4.1 Nos referimos a pronunciamientos reiterados *(no menos de dos)* y uniformes sobre una misma materia controvertida emitidos por la máxima instancia judicial. En este caso, a diferencia del anterior, sí estaremos ante un pronunciamiento que, por las circunstancias descritas precedentemente, adquiere valor absoluto, siendo de observancia obligatoria para resolver otros casos similares. En este caso, *"(...) la doctrina considera que esta cadena de actos, compuesta por las sentencias, que es obligatoria por su reiteración, configura un hecho normativo"* (sic)[2].

No obstante lo anterior, el valor absoluto al que hacíamos referencia previa, en esencia es relativo, pues nada impide a los magistrados de menor jerarquía apartarse del precedente, para lo cual solamente es necesario que fundamenten las razones de su disconformidad. En este sentido, podemos afirmar que este tipo de jurisprudencia sólo tiene un valor referencial.

4.2 Luego, podemos concluir que la jurisprudencia que en materia laboral cumpla con las características antes mencionadas, podrá ser desplazada por cualquier magistrado que tenga un enfoque distinto, lo que de hecho genera la existencia de diversos criterios jurisdiccionales sobre un mismo tema.

Justamente, para resolver los problemas que se generan por la diversidad de los criterios jurisdiccionales antes referidos, el literal b) del articulo 54° de la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo, ha establecido que una de las finalidades de la casación en materia laboral es la unificación jurisprudencial, por lo que ante el desplazamiento de una jurisprudencia laboral, será posible interponer un recurso de casación.

IV. SENTENCIAS NORMATIVAS

4.3 Cuando nos referimos a la jurisprudencia, lo estamos haciendo también a las sentencias normativas, las cuales a diferencia de lo que sucede en el caso anterior, no requieren de pronunciamientos reiterados, pues sólo es suficiente uno sólo en el que se interprete una norma jurídica de manera y

2) Neves Mujica, Javier. Introducción del Derecho del Trabajo. Colección Textos Universitarios. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 2004. Pág. 82.

con alcance general. En este supuesto, "(...) la interpretación dada a la norma en el primer caso, será obligatoria para los siguientes casos en los que esa misma norma esté involucrada" (sic)[3].

Empero, en este supuesto también es posible apartarse del criterio antes mencionado, para lo cual -también en este caso- sólo es necesario fundamentar las razones que llevan al magistrado a apartarse del precedente.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, no podemos sino reiterar lo apuntado a propósito de la jurisprudencia, en el sentido de su valor referencial y para nada absoluto, aunque existen algunas excepciones que es importante reseñar a continuación en las líneas ulteriores.

4.3.1 Como casos de sentencias normativas en nuestro ordenamiento jurídico, podemos mencionar los siguientes:

(i) El regulado en el articulo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS (TUO LOPJ), el cual reconoce dicha calidad a las resoluciones (ejecutorias) emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que fijan criterios jurisprudenciales.

Para este caso de sentencias normativas, reiteramos lo señalado en el sentido de que es posible apartarse del precedente, máxime si el propio articulo lo reconoce expresa y explícitamente en su segundo párrafo.

(ii) El regulado en el articulo 80° del TUO LOPJ, el cual otorga dicha calidad a las resoluciones emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que fijen criterios jurisprudenciales. Dichas sentencias, por expreso mandato legal, son de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

Complementando lo expuesto, cabe precisar que la norma en cuestión, a diferencia de lo que sucede en el caso anterior, no permite resolver en contra del precedente mientras el mismo no sea modificado, siendo, entonces, de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

Tal situación determina que estemos ante un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria.

(iii) El regulado en el articulo 116° del TUO LOPJ, el cual se refiere y reconoce la condición de sentencias normativas a los acuerdos adoptados por los

3) Ibid. Pág. 82.

magistrados de las Salas Especializadas de las Cortes Superiores, en plenos jurisdiccionales de diverso ámbito territorial, con la finalidad de concordar y unificar jurisprudencia de su especialidad.

En materia laboral, la expresión de lo anterior son los Plenos Jurisdiccionales Laborales, los cuales no se realizan desde el año 2000, oportunidad en la que se llevó a cabo en la ciudad de Tarapoto, con fecha 7 de julio del año 2000.

Los plenos jurisdiccionales no son vinculantes porque los magistrados laborales pueden apartarse del mismo en atención a la independencia jurisdiccional que les reconoce la legislación vigente sobre la materia.

(iv) El regulado en el articulo 400° de Código Procesal Civil, el cual refiriéndose al recurso de casación, precisa que las resoluciones emitidas en casos relevantes y previa discusión en Sala Plena de la Corte Suprema, constituyen doctrina jurisprudencial y tienen carácter vinculante hasta que sean modificadas mediante el mismo procedimiento.

La norma bajo comentario no contempla la posibilidad de apartarse del precedente, por lo que debemos entender que dicha posibilidad no existe. Tal situación determina que -también en este caso- estemos ante un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria.

(v) El regulado en el Articulo VII del Titulo Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual establece que tienen carácter vinculante las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional (TC) que adquieren la calidad de cosa juzgada y que expresamente precisan su condición de precedente de observancia obligatoria.

La misma norma precisa, aunque de manera indirecta e implícita, que sólo el TC puede modificar el carácter vinculante del precedente. Tal situación determina que -también en este caso- estemos ante un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria.

5. De lo anterior, resulta que tanto el Poder Judicial como el TC regulan y reconocen resoluciones con carácter de observancia obligatoria para todas las instancias jurisdiccionales, aún cuando estas no hayan sido emitidas por la máxima instancia judicial o la instancia especializada, sino por un órgano ajeno al poder estatal *(entiéndase, Poder Judicial)*, pero que tiene el encargo de velar por el respeto de la Constitución y de los derechos constitucionales.
6. De todos los casos antes mencionados, consideramos que merece especial comentario el regulado por el Articulo VII del Titulo Preliminar del Código

Procesal Constitucional, el cual impone su observancia con verdadero carácter de obligatoriedad a todas las autoridades judiciales y en todas las instancias jurisdiccionales, creando tensiones y desencuentros con el Poder Judicial, situación que ha llevado y sigue llevando a un estado de crisis y de afectación de los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, como veremos a continuación.

6.1 Lo anterior tiene origen en la prohibición de los magistrados de apartarse del precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria, aún en los casos en los que pudiesen explicar y fundamentar las razones de su desacuerdo.

6.2 La única forma de no aplicar un precedente del TC es que el propio TC lo deje sin efecto, o lo modifique[4]; cualquier otro supuesto es totalmente irregular. Esto último, va a permitir entender porqué consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo, está en crisis.

7. Ahora bien, como ya ha quedado dicho, el articulo 54° de la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo, establece que el recurso de casación tiene por finalidad unificar la jurisprudencia laboral a partir de los fallos emitidos por la Corte Suprema, empero, como también ya ha quedado dicho, no se establece expresamente que dichos fallos sean precedentes de observancia obligatoria o sentencias normativas de observancia "verdaderamente" obligatoria. Tal situación genera incertidumbre y atenta contra los principios de seguridad jurídica[5] y de igualdad ante la Ley, los cuales deben ser pilares de un Estado de Derecho.
   En efecto, en nuestra legislación procesal del trabajo no existe el precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria, lo que autoriza a que una misma materia controvertida sea resuelta de manera distinta y contradictoria,

4) En tal caso (de eliminación o modificación), el precedente no seria aplicable porque al dejar de ser precedente, pierde carácter de "obligatoriedad".

5) *"(...) El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.*
Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5).
El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del status quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal (...)" (sic).
Ver Resolución de fecha 30 de abril del año 2003, emitida por el Tribunal Constitucional y recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC, en los seguidos por el Colegio de Notarios de Junín contra el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley 27755.

afectándose la previsibilidad que debe ofrecer todo Estado de Derecho *(entiéndase, seguridad jurídica)* y el derecho de los particulares a que el Estado, frente a una misma situación, les responda de la misma manera *(entiéndase, igualdad ante la ley)*.

V. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: CARÁCTER VINCULANTE

8. La imperfección de la legislación procesal del trabajo, intenta ser resuelta por la legislación procesal constitucional, lo cual resulta ciertamente insuficiente, pues el camino para que un proceso llegue al TC no es sencillo, y muchos temas notoriamente controversiales no pueden ser uniformizados por un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria.
   Empero, lo grave no es que un proceso laboral con una materia controvertida compleja no llegue al TC, sino que habiendo éste -el TC- establecido un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria, nuestros magistrados lo desconozcan, lo desplacen y lo inapliquen, resolviendo una materia de manera diferente al precedente.

9. En el contexto descrito, resulta de singular importancia destacar que la jurisprudencia laboral y el propio TC, han establecido, aunque sólo este último con carácter de precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria, que el cobro de los beneficios sociales (y entre ellos, de la indemnización por despido arbitrario), determina que el trabajador afectado reconoce la extinción de su relación laboral y que renuncia -válidamente- a reclamar la reposición en el puesto de trabajo.
   En efecto, se trata de un criterio que desde hace varios años, es recogido por la Corte Suprema y las Salas Laborales como un criterio que marca la pauta de la jurisprudencia laboral. Reiteramos que el TC lo establece y reconoce con carácter de observancia "verdaderamente" obligatoria.

10. La Sala Laboral de Lima, mediante Resolución recaída en el Expediente N° 634-97[6], ha resuelto que el cobro de los beneficios sociales importa el reconocimiento del cese de la relación de trabajo y el bloqueo de la posibilidad de reclamar la reposición en el puesto de trabajo.

6) La resolución recaída en el Expediente N° 634-97, emitida por la Sala Laboral de Lima, señaló que *"(...) el cobro de los beneficios sociales antes o después de interponer la acción revela la decisión del trabajador de dar por concluido el contrato de trabajo, ya que éstos sólo pueden cobrarse en el momento del cese (...)"* (sic).

11. A su turno, la Sala de Derecho Constitucional y Social Corte Suprema, mediante Resolución recaída en el Expediente N° 1524-98-CALLAO[7], resolvió en el mismo sentido, lo que permite identificar desde hace ya varios años, un criterio jurisdiccional de acuerdo con el cual el pago de los beneficios sociales y específicamente, el de la indemnización por despido arbitrario, implica el reconocimiento del cese de la relación laboral y la imposibilidad de lograr la reposición en el puesto de trabajo.
12. Con la misma lógica, y como ya lo habíamos adelantado, el TC ha establecido que los ex – trabajadores que cobren sus beneficios sociales y específicamente la indemnización por despido arbitrario, reconocen la extinción de su relación laboral y bloquean la posibilidad de reclamar la reincorporación en el trabajo.

12.1 Ciertamente, el TC en uniforme y reiterada jurisprudencia ha sostenido que el cobro de los beneficios sociales por parte de un trabajador acredita la extinción del vínculo laboral y la imposibilidad de reclamar y lograr la reposición en el trabajo, lo que consta en las resoluciones que se detallan a continuación:

(i) Resolución de fecha 4 de marzo de 1998, recaída en el Expediente N° 1079-97-AA/TC, en los seguidos por el señor Víctor Ruperto Anacleto Guerrero contra la Gerencia Departamental de Lambayeque – ESSALUD;
(ii) Resolución de fecha 8 de julio de 1998, recaída en el Expediente N° 1246-97-AA/TC, en los seguidos por el señor Ari Cuno Ramón contra la Empresa de Servicios Municipales de Limpieza y la Municipalidad Metropolitana de Lima;
(iii) Resolución de fecha 17 de noviembre de 1999, recaída en el Expediente N° 924-98-AA/TC, en los seguidos por el señor Sergio Edilberto Ruiz Sánchez contra la Superintendencia Nacional de Aduanas;
(iv) Resolución de fecha 26 de mayo del año 2000, recaída en el Expediente N° 898-99-AA/TC, en los seguidos por el señor Ernesto Raúl Piñas Nieto contra el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano;
(v) Resolución de fecha 7 de noviembre del año 2002, recaída en el Expediente N° 532-2001-AA/TC, en los seguidos por el señor Rafael Augusto Ramírez contra el Banco Central de Reserva del Perú;

7) La resolución recaída en el Expediente N° 1524-98-CALLAO, señala que *"(...) esta sala coincide con el criterio formado y consolidado en las sentencias en que se basa el recurso, en el sentido de que el cobro de los beneficios sociales impedía al trabajador despedido actuar en vía de calificación de despido, en tanto el mismo suponía una aceptación tácita a la ruptura del vínculo laboral"* (sic) (el subrayado es nuestro).

(vi) Resolución de fecha 9 de julio del año 2003, recaída en el Expediente N° 1169-2003-AA/TC, en los seguidos por la señora Lelia Luzmila Salas de Carrillo contra la Universidad Católica Santa María; y
(vii) Resolución de fecha 27 de agosto del año 2004, recaída en el Expediente N° 1350-2004-AA/TC, en los seguidos por la señora Lucila Sayra Sayra contra la Gerencia Departamental de Tacna – ESSALUD.

13. Con la finalidad de acreditar que se trata no sólo de un criterio de larga data en el TC, sino de un criterio aún vigente consideramos necesario hacer mención de las siguientes resoluciones:

(i) Resolución de fecha 12 de octubre del año 2004, emitida por la Primera Sala del TC que declara infundada la demanda recaída en el Expediente N° 2392-2004–AA/TC, en los seguidos por la señora Gisela Soraida Gómez Paz contra Lan Perú S.A.;
(ii) Resolución de fecha 18 de febrero del año 2005, que declara infundada la demanda recaída en el Expediente N° 103-2005-PA/TC, en los seguidos por el señor Alfonso Orestes Barranca Denegri contra la Empresa Municipal de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado Virgen de Guadalupe del Sur S.A. de Nasca[8];
(iii) Resolución de fecha 18 de marzo del año 2005, que declara infundada la demanda recaída en el Expediente N° 915-2005-PA/TC, en los seguidos por el señor Federico Esaud Cortez Gutiérrez contra Telefónica del Perú S.A.[9]; y
(iv) Resolución de fecha 18 de marzo del año 2005, que declara improcedente la demanda recaída en el Expediente N° 1131-2005-PA/TC, en los seguidos por el señor Wilfredo Chávez López contra Shougang Hierro Perú S.A.[10].

8) La Resolución de fecha 18 de febrero del año 2005, recaída en el Expediente N° 103-2005-PA/TC, señala que "En autos (...), corre la liquidación de beneficios sociales cobrada por el demandante. Asimismo, obra (...) el recurso extraordinario en cuyo fundamento 4.2 reconoce expresamente haberla cobrado. En consecuencia, la demanda no puede ser acogida, puesto que al haber optado el actor por el cobro de sus beneficios sociales es claro que consistió la ruptura del vínculo laboral" (sic) (el subrayado es nuestro).
9) La Resolución de fecha 18 de marzo del año 2005, recaída en el Expediente N° 915-2005-PA/TC, señala que "De acuerdo a lo sostenido por el propio demandante (...), éste aceptó y cobró sus beneficios sociales, así como una cantidad de dinero que la empresa denomina ayuda económica, lo que significa que mostró su conformidad con la disolución del vínculo laboral. En consecuencia, la presente demanda no puede ser acogida, toda vez que el demandante ha efectuado el cobro de los respectivos beneficios económicos, quedando extinguido el vínculo laboral que tenía con la demandada" (sic) (el subrayado es nuestro).
10) La Resolución de fecha 18 de marzo del año 2005, recaída en el Expediente N° 1131-2005-PA/TC, señala que "(...) la demanda no puede ser acogida, toda vez que el actor ha efectuado el cobro de sus beneficios sociales, con lo cual ha quedado extinguida la relación laboral que mantenía con la demandada" (sic).

VI. EL COBRO DE LOS BENEFICIOS SOCIALES IMPIDE ACCIONAR PARA LA REPOSICIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO

14. Luego, consideramos que es un hecho incontrovertible que en nuestro ordenamiento jurídico existe un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria establecido por el TC, según el cual el cobro de los beneficios sociales, incluida la indemnización por despido arbitrario, bloquea toda posibilidad de intentar la reposición en el puesto de trabajo.
15. No obstante lo anterior, hace algunas semanas la Primera Sala Civil de La Libertad, de manera absolutamente insólita e irregular, ha revocado una sentencia de primera instancia que declaró infundada una demanda de acción de amparo interpuesta por una trabajadora que fue despedida y que cobró el íntegro de sus beneficios sociales, incluida la indemnización por despido arbitrario, y ha ordenado su reposición en el trabajo.
16. Sin entrar en detalles, consideramos importante apuntar que a lo largo del referido proceso, la empresa demandada sostuvo que la actora, en efecto, había sido despedida arbitrariamente y acreditó plenamente que había cumplido con el pago del total de los beneficios sociales que correspondía pagar en caso de un despido arbitrario. Y, en consecuencia, que la demandante había reconocido la extinción del vinculo laboral que mantenía con la empresa demandada, y más específicamente, su despido, por lo que no era posible la reposición en el puesto de trabajo.
    Lo anterior fue entendido por el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, que declaró infundada la demanda. Lamentablemente, el superior jerárquico desconociendo un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria revocó la sentencia apelada, declarándola fundada y ordenando la reposición de la actora en el puesto de trabajo.

16.1 Ciertamente, la Primera Sala Civil de La Libertad considera que el "despido arbitrario" no se condice con la concepción general del Derecho del Trabajo que emana de la Constitución, lo que justamente se desprende del famoso "Fallo Telefónica", en el que el TC sostiene que ***"(...) habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional"*** (sic)[11].

16.2 Asimismo, la referida Sala Civil considera que para el TC la reparación económica del despido sólo procede y es válida cuando lo determine

11) Ver el Quinto Considerando in fine de la Resolución N° 31, de fecha 11 de mayo del año 2006, recaída en el Expediente N° 985-05, en los seguidos por Maria del Rosario Vereau Espejo contra Eckerd Perú S.A.

libremente el trabajador, y no cuando se trate de un "despido arbitrario", lo que considera un acto inconstitucional.

De acuerdo con lo anterior, la Sala Civil en el caso de autos considera que ***"(...) la consignación del motivo del cese (despido arbitrario) y la remisión de una comunicación por conducto notarial en la cual se consigna expresamente que la empleadora 'ha decidido dar por concluido el vinculo laboral', no debiendo, por tanto, asimilar el cobro de los beneficios e indemnización realizado como una aceptación libre del trabajador, siendo que con ello, se equipararía al contexto normativo del literal d) del articulo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, relativo al mutuo disenso, el cual requiere se formalice por escrito o en la liquidación de beneficios sociales, y no da lugar a una indemnización; que, en el supuesto negado que existiera conveniencia del trabajador en la conclusión del vinculo que se origina en una decisión inmotivada y unilateral del empleador, conviene indicar que el articulo 26° de nuestra Constitución Política, señala que 'en la relación laboral se respetan los siguientes principios: 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley', todo lo cual nos lleva a la conclusión que, en realidad, existió un condicionamiento para aceptar la conclusión del vinculo laboral, circunstancia que se traduciría en una renuncia de sus derechos, que colisiona con el texto constitucional citado (...)"*** (sic) (el subrayado es nuestro)[12].

16.3 De la lectura de lo anterior, resulta que para la Primera Sala Civil de La Libertad, el pago de la indemnización por despido arbitrario sólo es válido cuando sea aceptado por el trabajador; que el cobro de los beneficios sociales no puede ser considerado como una aceptación del cese de la relación laboral, pues ello importa extinguir la referida relación jurídica por mutuo disenso, lo que exige un acuerdo escrito de las partes el cual no existe; y que aún en el supuesto que el acuerdo existiera, como el mismo se sustenta en una decisión unilateral del empleador, sería inválido por vulnerar el principio de irrenunciabilidad de derechos, el cual niega validez a los actos de disposición del trabajador ejecutados, supuestamente, en su condición de parte débil de la relación laboral.

16.4 Al respecto, es preciso apuntar que: (i) formalmente la figura del despido arbitrario no ha sido eliminada de nuestra legislación laboral, por lo que no

12) Ver el Octavo Considerando de la Resolución N° 31, de fecha 11 de mayo del año 2006, recaída en el Expediente N° 985-05, en los seguidos por Maria del Rosario Vereau Espejo contra Eckerd Perú S.A.

es exacto que sólo sea válida cuando el trabajador la acepta, pues por definición, el despido tiene origen en una decisión unilateral del empleador, cuyo perfeccionamiento no requiere de la aceptación del trabajador; (ii) en el caso de autos, el cese de la actora no ha sido por acuerdo de las partes, sino por decisión de la empresa, el cual ha sido reconocido como válido por la trabajadora al realizar el cobro de los beneficios sociales[13], lo que implica que la actora manifestó su voluntad de "no" seguir siendo parte de una relación laboral y de "no" reclamar la reposición en el trabajo[14]; y (iii) la decisión de cobrar los beneficios sociales ha sido una decisión libre y voluntaria de la trabajadora, por lo que tal hecho no puede ser considerado inválido por vulnerar derechos irrenunciables, antes bien, importa el reconocimiento por parte del empleador de los derechos laborales que corresponden a un trabajador.

16.5 Reforzando lo anterior, debemos indicar que el "Fallo Telefónica", el cual inspiró a los magistrados de la Primera Sala Civil de La Libertad, no es aplicable al caso bajo comentario, pues en el primero, se estaba ante el despido de un grupo de trabajadores que superaba el 10% del total del personal de la empresa, todos ellos afiliados a una organización sindical, lo que permitió al TC concluir que los ceses fueron consecuencia de una práctica antisindical y ejecutados sin recurrir al mecanismo previsto por la propia legislación laboral para extinguir los vínculos de trabajo de un grupo de servidores: el cese colectivo por causas objetivas.

En el caso bajo comentario se estaba ante el cese de una única persona, que además, no estaba afiliada a ninguna organización sindical, pues en la empresa demandada no había ninguna forma de organización sindical.

En este sentido, consideramos que el razonamiento de la Sala Civil es total y absolutamente inconsistente, máxime si vulnera un precedente de observancia obligatoria establecido por el TC. Incluso, consideramos que siendo estrictos, podemos afirmar que la referida sentencia es "prevaricadora", pues al vulnerar un precedente vinculante, está violentado el ordenamiento jurídico, tipificándose de ese modo, el delito de prevaricato.

13) Lo anterior es independiente del pago de los beneficios sociales, pues la validez del cese no libera al empleador de la obligación de efectuar un reintegro de beneficios sociales, cuando aquellos hayan sido o sean pagados de manera diminuta.

14) La decisión de la actora de "no" reclamar la reposición "no" convalida la arbitrariedad de la decisión de la empresa de extinguir la relación laboral, pues de lo contrario no procedería el pago de la indemnización por despido arbitrario. Dicha decisión, simplemente, es el ejercicio "negativo" de la libertad de contratar que corresponde a todos los particulares, el mismo que se traduce en la decisión de no ser parte de una relación jurídica, en este caso laboral.

17. Por si lo anterior no fuera suficiente y con la intención de que la acción de garantía cumpla con su finalidad[15], cual es la de retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, la Sala Civil ordenó a la demandante la devolución -a la empresa- de los beneficios sociales cobrados, con los intereses legales que correspondan, lo que constituye un hecho sin precedentes en nuestro sistema judicial.

17.1 Sin embargo, para entender el tema en su real dimensión, es preciso realizar un análisis macro y no micro, esto es, un análisis del impacto del fallo en el ordenamiento jurídico y no sólo entre las partes, pues las consecuencias de lo resuelto por la autoridad jurisdiccional se verán no en el caso de autos, sino en el ordenamiento jurídico peruano. ¿Cuáles son esas consecuencias? Probablemente sean varias, empero, nos interesa concentrarnos sólo en una de ellas, la que tiene relación inmediata y directa con el régimen de la estabilidad en el empleo.

17.2 Y, es que, haber ordenado la reposición en el trabajo, después de haberse cobrado los beneficios sociales no sólo importa la vulneración de un precedente de observancia "verdaderamente" obligatoria, sino el reconocimiento de un derecho a la estabilidad laboral absoluta de manera absoluta, por lo que nos atrevemos a afirmar -casi sin temor de equivocarnos- que lo anterior implica el reconocimiento de un derecho superior a la estabilidad laboral absoluta.

Ciertamente, si hoy se ordena la reposición de una trabajadora despedida que cobró sus beneficios sociales (incluida la indemnización por despido arbitrario), no nos debería sorprender que mañana más tarde, la autoridad judicial ordene la reposición de un trabajador que cesó por mutuo acuerdo y a cambio del pago de una compensación económica.

VII. COMENTARIO FINAL

18. En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, qué duda cabe de ello, es necesario volver sobre nuestra hipótesis de trabajo y afirmar con absoluta convicción de que en nuestro ordenamiento jurídico somos testigos de una crisis de la jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo, lo que trae consigo una total ausencia de seguridad jurídica y una

15) Ver el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 28237.

afectación del principio de igualdad ante la ley, como se señala en el numeral 7) precedente.

19. Luego, y a modo de reflexión, creemos que es necesario esforzarnos y trabajar muy duro para convertir a la jurisprudencia como un referente y como una verdadera fuente del Derecho del Trabajo, y para lograr que deje de ser una figura decorativa de nuestro sistema judicial.

20. Máxime, si todo pareciese indicar que nuestra legislación laboral avanza hacia un esquema proteccionista y de retorno "formal" a la estabilidad laboral absoluta[16], en cuyo caso, es necesario saber si se retornará a un régimen de estabilidad laboral absoluta o se adoptará un esquema -que podemos denominar- de estabilidad laboral "radicalmente" absoluta.

BIBLIOGRAFIA

- NEVES Mujica, Javier. Fuentes de Derecho del Trabajo. En, Trabajo y Constitución. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1989. Pág. 33.
- NEVES Mujica, Javier. Introducción del Derecho del Trabajo. Colección Textos Universitarios. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 2004. Pág. 82.

16) Consideramos que a partir de los fallos del TC, hoy por hoy tenemos "de facto" un régimen de estabilidad laboral absoluta, el que sólo estaría pendiente de formalizar mediante la modificación legislativa.

"JORNADAS ATÍPICAS EN EL SECTOR MINERO: LA HISTORIA DE UN NUEVO RETROCESO, A PROPÓSITO DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL"

*CARLOS CALDERÓN FERNÁNDEZ-PRADA**

Sumario

I. Introducción. II. Antecedentes de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional sobre Jornadas Atípicas o Acumulativas. 2.1. Anterior Criterio del Tribunal Constitucional. 2.2. Nuevo Criterio del Tribunal Constitucional. 2.3. La Resolución Aclaratoria. III. Aspectos Generales de la Jornada Laboral en el Perú. 3.1. Jornadas Acumulativas en nuestra Legislación. IV. La Incompatibilidad Constitucional de las Jornadas Atípicas según el Tribunal Constitucional. 4.1. Informe de la Organización Internacional de Trabajo sobre las Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú. 4.2. Condiciones de Trabajo analizadas por el Tribunal Constitucional. V. La creación del "Test de Protección de la Jornada Máxima de Trabajo para los Trabajadores Mineros". VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de mayo del presente año, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) declaró –en última instancia- *incompatibles con la Constitución las jornadas*

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado del Departamento de Relaciones Laborales de Southern Peru Copper Corporation.

atípicas o acumulativas que se venían aplicando en el sector minero, como consecuencia del proceso constitucional de amparo que interpuso el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra la empresa minera Southern Peru Copper Corporation (en adelante, SPCC).

Posteriormente, en el mes de junio, a solicitud de SPCC y debido a que los distintos argumentos esgrimidos por el TC no precisaban de forma clara cómo sería el tratamiento futuro de las jornadas atípicas o acumulativas, este Tribunal emite una *Resolución Aclaratoria*. Mediante ésta, en primer lugar, se precisa el ámbito de aplicación subjetivo de la sentencia, en otras palabras, se aclara a qué personas (trabajadores mineros) alcanza esta sentencia; y, en segundo lugar, se establece que las jornadas acumulativas o atípicas podrían ser válidas o legales, siempre y cuando las empresas que las apliquen cumplan con el denominado *"Test de Protección de la Jornada Máxima de Trabajo para los Trabajadores Mineros"*, el mismo que contiene seis parámetros que deberán cumplirse de forma conjunta.

En ese sentido, a través del presente artículo, pretendemos analizar los principales aspectos de estos pronunciamientos del TC, determinando si la decisión de este Colegiado, respecto de las jornadas atípicas o acumulativas en el sector minero, ha supuesto o no una forma de proteger el derecho a la jornada de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, consagrado en el artículo 25° de la Constitución de 1993.

Asimismo, pretendemos establecer cómo estos pronunciamientos han generado efectos contrarios a lo esperado por el TC, no sólo para los empleadores del sector, sino también para los propios trabajadores mineros, a los que supuestamente el TC ha querido proteger, con la supresión de las jornadas acumulativas que estos últimos venían cumpliendo.

II. ANTECEDENTES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE JORNADAS ATÍPICAS O ACUMULATIVAS

En este segundo punto, reproducimos los diferentes pronunciamientos emitidos por el TC sobre las jornadas atípicas o acumulativas en el sector minero, tanto con el anterior como con el actual criterio, siendo este último el que será materia de análisis en el presente documento.

2.1. Anterior Criterio del Tribunal Constitucional

Con fecha 27 de setiembre del año 2002, el TC declaró que las jornadas atípicas o acumulativas previstas en los artículos 209° y 212° inciso a) del Decreto Supremo N° 003-94-EM[1] no eran contrarias al ordenamiento constitucional, y que en consecuencia, las jornadas que se venían aplicando en la empresa minera SPCC eran legales, sobre la base de lo dispuesto en la legislación infraconstitucional en concordancia con la Constitución. Este primer criterio fue recogido en la sentencia expedida en el proceso constitucional de amparo signado bajo el expediente N° 1396-2001-AA[2]. A continuación, citamos de manera textual los considerandos más relevantes de la mencionada sentencia:

"3. {Si en el convenio colectivo} se establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas efectivas, añadiendo que las jornadas atípicas establecidas conforme a ley mantendrán la debida proporción entre días de trabajo y descanso. En otras palabras, queda claramente establecido que, en la referida Convención, las partes acordaron no sólo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, sino también las jornadas atípicas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino sólo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no sólo no contradice el principio contenido en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por encontrarse previsto en la misma, como se ha observado, sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es relativo a una jornada de trabajo que no exceda de las cuarenta y ocho horas semanales.

Cabe destacar que *la legislación infraconstitucional reconoce la posibilidad de trabajar jornadas atípicas* u horarios de menos o más de ocho horas diarias, pero, en ningún caso, más de cuarenta y ocho horas semanales. Ello se aprecia de los artículos 1° a 3° del Decreto Legislativo N° 713, y de los artículos 209° y 212°, inciso a), del Decreto Supremo N° 003-94-EM, que aprueba el Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General de Minería. Además, en el artículo 9°

1) *Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*, publicado con fecha 15 de enero de 1994 en el Diario Oficial "El Peruano".
2) Proceso iniciado por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos en contra de la empresa Southern Peru Copper Corporation. Ver sentencia del Tribunal Constitucional publicada en la página web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1396-2001-AA.html.

del Decreto Supremo N° 003-97-TR se establece la facultad del empleador para introducir o modificar turnos, mientras que en el caso del Decreto Legislativo N° 854, que aprueba la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, debe tenerse en cuenta el artículo 1°, respecto a la jornada diaria (conforme a la regulación vigente al momento de los hechos), los artículos 2°, 4° y 6° sobre las facultades del empleador, el promedio de horas trabajadas, la modificación del horario de trabajo y el trámite a seguir.

En consecuencia, *se advierte que la legislación infraconstitucional no sólo es acorde con la Constitución, sino que, además, la emplazada se encuentra respaldada por la misma*.

6. (...) Más aún, debe resaltarse que, en el documento remitido a la Dirección General de Energía y Minas (de fojas 153 a 154), la demandada expone que "El sistema de trabajo semanal es de cuatro días de trabajo por tres de descanso. Los trabajadores tendrán opción de laborar uno de los días de descanso, con el pago de la remuneración correspondiente, más la sobretasa del 100% de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas 18 de las Convenciones Colectivas de Trabajo de Empleados y Obreros de Cuajone y Toquepala.

Cabe destacar que no se ha acreditado que la jornada adicional a la ordinaria tenga carácter obligatorio, ni mucho menos que no sea remunerada con arreglo a las normas constitucionales, legales y pactos suscritos entre las partes." **(la cursiva y el subrayado son nuestros)**.

2.2. Nuevo Criterio del Tribunal Constitucional

Con fecha 17 de abril del presente año, mediante sentencia expedida en el proceso constitucional de amparo signado bajo el Expediente N° 4635-2004-AA/TC[3], el TC declaró incompatible con la Constitución las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 003-94-EM, las cuales permitían la modalidad de trabajo atípico o acumulativo en el sector minero, así como jornadas diarias de hasta doce horas con los respectivos días de descanso. En esta nueva oportunidad, citamos de manera textual los considerandos más relevantes de la mencionada sentencia:

3 Proceso iniciado por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos en contra de la empresa Southern Peru Copper Corporation. Ver sentencia del Tribunal Constitucional publicada en la página web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA.html.

"15. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:

a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.
b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.
c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.
d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.
e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.° del Convenio N.° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (...)

17. Las disposiciones que permiten trabajar más de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, siempre que la media de horas trabajadas en un período de tres semanas no exceda de cuarenta y ocho horas, *constituyen una excepción que deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo de que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos*. En estos casos será indispensable el pago de horas extras, conforme a ley. Ello porque, si bien los tratados de derechos humanos constituyen el estándar mínimo de derechos humanos, cuando *existan normas internas más protectoras, éstas deben prevalecer puesto que otorgan una mayor protección*. Como ya se anotó, ese es el caso del artículo 4° del Convenio N.° 1 de la OIT, frente al cual el artículo 25° de la Constitución otorga una mayor protección al fijar la jornada semanal en cuarenta y ocho horas como máximo. (...)

26. (...) Conforme al parámetro constitucional (...), la jornada laboral de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales es tenida como máxima. Asimismo, que *debe limitarse razonablemente la jornada laboral diaria a fin de que*

sea compatible con el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, situación que se ve seriamente restringida durante los cuatro días en que el trabajador minero debe laborar durante 12 horas seguidas. En ese sentido, dado que los trabajadores mineros desarrollan trabajos peligrosos, insalubres y nocturnos, *deberán tener una jornada laboral de duración menor a las doce horas*. (...)

28. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, en el caso particular de los trabajadores mineros, *la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros*, que han sido descritas a lo largo de la presente sentencia; y que, en este caso concreto, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante 4 días seguidos y en algunos casos hasta 5 días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación deficiente y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida.

29. Tratándose de *jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana*, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N.° 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25° de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora." **(la cursiva y el subrayado son nuestros)**.

2.3. La Resolución Aclaratoria

Posteriormente, con fecha 11 de mayo del presente año, en virtud del pedido formulado por la empresa minera SPCC, el TC procedió a emitir una Resolución Aclaratoria[4] sobre los alcances de la aplicación del precedente vinculante antes referido, señalando que las jornadas acumulativas o atípicas no serán

4) Resolución expedida en el proceso constitucional de amparo signado bajo el Expediente N° 4635-2004/AA. Ver Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional publicada en la página web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA%20Aclaración2.html.

consideradas inconstitucionales cuando cumplan con las condiciones establecidas en el "Test de Protección de la Jornada Máxima de Trabajo para los Trabajadores Mineros", el cual fue creado precisamente con ocasión de la aclaración señalada. De igual modo, citamos de manera textual los considerandos más relevantes de la mencionada Resolución:

"15. Que si bien la primera parte del *fundamento 28 de la sentencia de autos constituye un límite para instaurar jornadas acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros, compatible con la Constitución* y considerando el tipo de actividades que se realiza, en uso del precedente normativo vinculante establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que *tal límite también está sujeto, a su vez, a límites*. En ese sentido, *la limitación para restringir las jornadas atípicas o acumulativas deberá cumplir*, copulativamente, las siguientes condiciones, que constituyen el *test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros*:

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

Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición:

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

16. Que, *si no se cumplen las condiciones descritas en el fundamento anterior, procederá la limitación de las jornadas acumulativas o atípicas, conforme al fundamento 28 de la sentencia de autos*. Evidentemente, estos supuestos

contribuirán a que no se afecte el artículo 4.° de la Constitución, que establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia. De este modo, satisfechas las condiciones que tienen como razón de ser la inexcusable protección del trabajador, se permitirá que los trabajadores que tienen a sus familias alejadas de los centros mineros retornen en mejores condiciones a sus hogares, con lo cual también se disminuirán los problemas del trabajo en soledad. En el presente caso, conforme a los fundamentos de la sentencia, el test de protección no se cumplió. (...)" (la cursiva y el subrayado son nuestros).

III. ASPECTOS GENERALES DE LA JORNADA LABORAL EN EL PERÚ

En el desarrollo constitucional de nuestro país no ha existido un reconocimiento expreso de la jornada y del horario de trabajo. Es recién a partir de la promulgación de la Constitución de 1979 que se establece la jornada ordinaria de trabajo en el artículo 44° de dicho texto.

Para alcanzar el reconocimiento a nivel constitucional, la institución de la jornada laboral de 8 horas ha recorrido un largo camino a través de la historia, el mismo que se inició en el año de 1886 en la ciudad de Chicago, Estados Unidos, donde 350 mil trabajadores iniciaron una huelga reclamando el derecho a una jornada laboral de ocho horas, siendo brutalmente reprimidos por las autoridades y perdiéndose muchas vidas[5], sacrificio que obtuvo resultados recién en 1919 con el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde la jornada máxima de trabajo fue reconocida en el trascendental Convenio N° 01 sobre las horas de trabajo (industria), 1919[6].

En nuestro país, el primer dispositivo laboral de la historia republicana data de 1919 y consiste precisamente en la regulación de la jornada de trabajo y el establecimiento como límite máximo el de 8 horas diarias, aprobado mediante Decreto Supremo del 15 de enero de 1919 y emitido durante el gobierno de José Pardo. La promulgación de este dispositivo se originó por las huelgas masivas en Lima y Vitarte, desarrolladas por trabajadores organizados en sindicatos y mutuales obreras con influencia anarquista. Esta norma inició la regulación estatal tanto de la jornada máxima como de las relaciones laborales en nuestro país.

Este derecho laboral fue reconocido como un derecho humano con jerarquía constitucional recién en la Constitución de 1979, y con la actual Constitución de

5 Denominados "Los mártires de Chicago". Sobre este importante suceso histórico y la evolución del derecho a la jornada de ocho horas, recomendamos a DEVEALI, Mario. Tratado del Derecho del Trabajo. Tomo II, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial La Ley 1972, p. 18-27.

1993 se realizaron algunas modificaciones dentro del contexto de flexibilización laboral de la década del 90.[7]

Al igual que la Constitución de 1979, el artículo 25° de la nueva Constitución de 1993 trata sobre la jornada ordinaria de trabajo y establece que la jornada ordinaria es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales. Además, precisa que las jornadas atípicas o acumulativas deben, en promedio, sujetarse a la jornada ordinaria.

Resulta saludable que la Constitución emplee la conjunción disyuntiva "o" para referirse a la jornada diaria o semanal, a diferencia de la Constitución precedente que utilizaba la conjunción copulativa "y". Con este cambio, se prevé un mandato flexible sobre todo para las jornadas que no son regulares, sino que son diarias o semanales variables; y por ello el artículo 25° de la Constitución menciona la forma de calcular la jornada en este tipo de labores.[8]

3.1. Jornadas Acumulativas en nuestra Legislación

La Constitución de 1993, en su artículo 25°, señala expresamente que: "La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo."

De esta norma constitucional se desprenden los conceptos básicos que regulan las jornadas acumulativas.

- ***Jornada Ordinaria de Trabajo:*** Es denominada así la jornada máxima que corresponde a la prestación de servicios que debe desarrollar el trabajador dependiente sujeto a un contrato de trabajo; por lo que se deduce que nadie puede estar obligado a trabajar una Jornada Ordinaria de Trabajo que supere dichos límites. Debe reconocerse –como ya lo hemos señalado- que la Constitución de 1993 señala dos límites a la Jornada Ordinaria de Trabajo, ocho horas diarias o 48 semanales.

6 El Convenio N° 1 de la OIT dispone un término máximo de la jornada laboral en el primer párrafo de su artículo 2: "En todas las empresas industriales públicas o privadas o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y cuarenta y ocho por semana (...)". Cabe recordar que este Convenio fue ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 10195 del 8 de noviembre de 1945.

7 Véase: DOLORIER TORRES, Javier. *"La Constitución Comentada"*. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 543.

8 Véase: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"Instituciones del Derecho Laboral"*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 387.

- *Horas trabajadas:* En la norma constitucional señalada se reconoce como tales a la cantidad de horas de trabajo que comprende la Jornada Acumulativa o Atípica, la que, según ese texto, está sujeta a un "máximo", el cual no se señala expresamente, y se desarrolla en un "período correspondiente".
- *Período correspondiente:* Es correcto reconocer que en la norma constitucional no se indica expresamente el alcance de lo que se señala como "período correspondiente". En consecuencia, partiendo de la premisa de que este régimen comprende un período de labor y otro período de descanso, podrían caber entonces dos interpretaciones: a) se refiere sólo al período de labor; o, b) se refiere al período de labor, incluido el periodo de descanso.
- *Máximo aplicable a las jornadas acumulativas:* En la norma constitucional no se señala expresamente cuál es el máximo de horas aplicable para estas jornadas, pero cabe recordar que ese máximo está referido a la duración de las horas trabajadas en la jornada acumulativa.

Respecto a estos puntos, como quiera que el aludido "periodo correspondiente" no está definido en la regla constitucional, es claro, que debe acudirse al convenio, en tanto éste opera como marco imperativo de interpretación conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. De esta forma el período correspondiente es el previsto en el inciso c) del artículo 2° del convenio, que establece en tres semanas el período de cálculo para determinar que en dicho lapso el promedio trabajado no debe exceder de 8 horas diarias ni de 48 por semana.[9]

Ahora bien, precisamente respecto a este tipo de jornadas acumulativas, veamos lo que señala Pasco Cosmópolis:

"(...) pero lo que hoy sacude las viejas estructuras tradicionales son las jornadas acumulativas, en las que la jornada ordinaria máxima es sobrepasada en el día y en la semana, sin que el exceso sea reputado como trabajo extraordinario y sin que sea compensado con el pago de una remuneración con sobretasa, sino con descanso.

Desde algún tiempo atrás, sin embargo, comenzó a advertirse que tales previsiones legales no podían ser rígidamente aplicadas en cierto tipo especialísimo de trabajo, como el que debe desarrollarse en campamentos

9 FERRO DELGADO, Víctor. *Las jornadas atípicas y el fallo del Tribunal Constitucional*. En: "Perú Económico" (Lima), mayo de 2006 (Serie "El Problema del Empleo en el Perú"), p. 17-19.

petroleros o mineros, en faenas de pesca y en un sinnúmero de situaciones que, por producirse en sitios alejados de los centros poblados y en situación de aislamiento, invierten la lógica de la alternancia rítmica de trabajo y tiempo libre. Lo mismo puede decirse de ciertos tipos de producción altamente sofisticados.

Ubicándonos, por ejemplo, en una explotación petrolera situada en el corazón de la selva amazónica, a cientos de kilómetros de la ciudad más cercana, comunicada sólo por vía aérea y fluvial, con temperaturas ambientales superiores a cuarenta grados centígrados, con precipitaciones pluviales frecuentes y muy intensas, ¿resultaría razonable para el propio trabajador contar con 16 horas de ocio al día? En esa ubicación, ¿le reporta algún tipo de utilidad disponer de un domingo libre cada semana? Porque, para que el ocio resulte útil, debe permitir un descanso que apareje la total recuperación de las energías. La sola privación total de actividad, la pasividad absoluta, el ocio inerte no son provechosos y, en vez de generar disfrute, provocan aburrimiento y retroalimentan la fatiga.

Todo ello sin tomar en consideración los elevados costos que supondría la movilización de inmensos contingentes humanos en períodos extremadamente cortos.

Surgió así, casi por generación espontánea, una serie de fórmulas que se basaban más en la razón, la conveniencia mutua y la imaginación, que en un estricto apego a una normativa prevista para otro tipo de situaciones. Tales formulas consistían en la acumulación de horas y días de trabajo y, correlativamente, en la acumulación también de días de descanso, de modo que el exceso sobre la jornada diaria y semanal fuera compensado, no con un pago como si se tratara de horas extraordinarias, sino con descanso".[10]

IV. LA INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS JORNADAS ATÍPICAS SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como ya lo hemos mencionado en el numeral 2.2. del presente documento, el TC declaró incompatibles con la Constitución las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 003-94-EM, las cuales permitían la modalidad del trabajo atípico o acumulativo en el sector minero. A continuación, veamos que es lo que concluye el TC respecto a la norma antes señalada:

10 Véase: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Contratos de Trabajo de Jornada Atípica*. En: "Estudios Jurídicos en Homenaje al doctor Néstor Del Buen Lozano". México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 619-644.

"41. Estas variaciones no pueden convertirse en la regla del trabajo minero, como ocurre en el presente caso, en que un sistema excepcional se ha convertido en la regla durante más de cinco años, imponiendo a los trabajadores mineros jornadas de 12 horas diarias que reducen ostensiblemente su expectativa de vida y afectan su derecho al descanso diario, vulnerando de esta manera el carácter irrenunciable de los derechos, precepto basilar reconocido por la Constitución. En tal sentido, *los artículos 209°, 210°, 211° y 212° del Decreto Supremo N° 003-94-EM (Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General del Minería), que permiten instaurar la modalidad de trabajo acumulativo y fijan obligatoriamente como mínimo 4 días para este tipo de jornada laboral, también resultan incompatibles con el parámetro constitucional* descrito en la presente sentencia. (...)

44. Por tanto, la jornada de 12 horas diarias para los trabajadores mineros, *los artículos 209°, 210°, 211° y 212° del Decreto Supremo N° 003-94-EM y toda aquella disposición que imponga una jornada diaria mayor a la ordinaria de ocho horas para los trabajadores mineros, es incompatible con los artículos 1°, 2°, (inciso 22), 7°, 25°, 26° (incisos 1 y 2) de la Constitución* (...)" **(la cursiva y el subrayado son nuestros).**

Lo que nos causa sorpresa es que el TC, máximo órgano de interpretación constitucional, haya declarado la incompatibilidad constitucional de los artículos antes citados, cuando éstos habían sido dejados sin efecto -así como muchos otros títulos del Decreto Supremo N° 003-94-EM-, de manera expresa por el Decreto Supremo N° 046-2001-EM[11].

En efecto, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 046-2001-EM, deroga el Decreto Supremo N° 023-92-EM[12] y **deja sin efecto** los Títulos XI, XII, XIII, XIV y XV del Decreto Supremo N° 03-94-EM, motivo por el cual, tanto a la fecha de la interposición de la demanda, como en la que se expidió la sentencia en el proceso analizado, estos artículos no tenían efecto legal alguno; es decir, el TC declaró la incompatibilidad constitucional de disposiciones legales que no estaban vigentes. A nuestro parecer, estamos ante el primer gran error cometido por el TC al momento de resolver la controversia.

11 *Reglamento de Seguridad e Higiene Minera*, publicado con fecha 26 de julio de 2001 en el Diario Oficial "El Peruano".

12 *Reglamento de Seguridad e Higiene Minera*, publicado con fecha 13 de octubre de 1992 en el Diario Oficial "El Peruano", actualmente derogado por el Decreto Supremo N° 046-2001-EM.

4.1. Informe de la Organización Internacional de Trabajo sobre Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú

Dada la importancia de la controversia de la materia, el TC manifestó que previamente al análisis de fondo para determinar si las jornadas atípicas o acumulativas aplicables a los trabajadores mineros afiliados al Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos son compatibles con los derechos constitucionales invocados por esta organización sindical y con aquellos que el propio TC estima aplicables, era necesario tener en cuenta el contexto concreto en el que se desarrollan las actividades mineras en el Perú. Para ello, recurre al informe sobre *"Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú"*, elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) del año 2002.[13]

Antes que todo, debemos tomar en cuenta que este informe denominado propiamente "Documento de Trabajo N° 145", si bien es cierto, fue publicado por la Oficina Internacional de Trabajo, no implica que este organismo internacional suscriba o avale la información que se ha plasmado en tal documento[14]; motivo por el cual la afirmación referida a que este fallo del TC ha sido debidamente sustentado en un documento oficial de la OIT no es exacta.

En esa misma línea, Víctor Ferro señala lo siguiente:

"El fallo del tribunal se basa sustancialmente en un documento denominado "Informe sobre las Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la minería del Perú" elaborado por un equipo técnico multidisciplinario para los países andinos de la Oficina Internacional de Trabajo (OIT) del 2002.

El fallo da por ciertas y válidas para el conjunto de la actividad minera peruana una serie de afirmaciones contenidas en dicho informe, cuya aplicabilidad a la gran y mediana minería resulta francamente cuestionable. En efecto, a diferencia de la pequeña minería o la informal, la gran y mediana minería opera en nuestro país conforme a estándares internacionales, sustentada

13 HIBA, Juan Carlos (Dir.) *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería en el Perú.* Lima, OIT / Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos; ISAT; Cooperación / Acción Solidaria para el Desarrollo, 2002, 248 p. (Serie Documentos de Trabajo, N° 145).

14 Véase la contracara de la primera hoja del propio Informe, en el cual se señala lo siguiente: (...) La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

en tecnología de punta y preferentemente a tajo abierto, lo que difiere notoriamente de la minería subterránea de socavón".[15]

Asimismo, confirmando lo mencionado, Luis Arbulú afirma que:

"(...) la sentencia se basa en un informe no oficial, formulado por un organismo internacional que, aun partiendo de la premisa de su seriedad, para el caso concreto que resolvió el TC es inaplicable, pues en dicho informe no figura el nombre de la empresa que ha infringido las normas de seguridad y salud ocupacional. Es más, la ONG ISAT, que participó en su elaboración, expresamente excluyó a la entidad demandada, señalando que cumplía con todas las regulaciones. Esta contradicción se agrava más, pues recién en su instancia el TC hace uso de este informe sin estar en conocimiento de las partes como elemento procesal, o sea, como instrumento de prueba, el cual se hubiera podido objetar. Se han violado las normas del debido proceso que son garantías constitucionales que el TC debería proteger. Las exigencias del sector minero son muy estrictas, razón por la cual, el informe de la OIT puede entenderse como desfasado porque no tiene valor ni carácter normativo; es un elemento de hecho y por lo tanto sujeto a cuestionamientos procesales".[16]

Debemos tener en cuenta –tal como lo menciona Luis Arbulú- que el discutido Informe o Documento de Trabajo N° 145, nunca fue puesto en conocimiento de las partes, ni siquiera formó parte del expediente en las dos instancias inferiores, simplemente fue tomado como referencia por el TC para sustentar su decisión. No debemos dejar de mencionar que, tratándose de un proceso constitucional de amparo, no podemos hablar de la existencia de una fase probatoria, debido a que, para este tipo de procesos constitucionales, no se ha previsto la actuación de medios probatorios.

En este sentido, es interesante lo que concluye Jorge Luis Mayor Sánchez con respecto a este tema:

"Es necesario poner en cuestión y de público conocimiento que en particular dicho informe de la Organización Internacional de Trabajo nunca fue debatido o puesto a debate durante todo el proceso judicial entre la Empresa Southern Peru Copper Corporation y el Sindicato de Trabajadores de Toquepala". Por lo que, desde un inicio se partió de una apreciación sobre elementos de juicio que nunca fueron evaluados y merituados en el "iter procesal" no pudiendo sostener

15 FERRO DELGADO, Víctor. *Art. cit.*, p. 17-19.

16 ARBULÚ ALVA, Luis. *Una interpretación equivocada del TC no puede alterar convenios colectivos*. En: "Revista Jurídica". Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano". (Lima), mayo de 2006, p. 6.

de manera aseverativa la solidez del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano".[17]

Nuevamente, a nuestro parecer, resulta evidente que, estamos ante el segundo gran error cometido por el TC al momento de resolver la controversia.

4.2. Condiciones de Trabajo analizadas por el Tribunal Constitucional

Como ya hemos mencionado anteriormente, el TC emitió la sentencia analizada, sobre la base de las conclusiones recogidas en el Informe N° 145 antes comentado, entre las cuales tenemos las que se refieren a los siguientes tópicos: (i) la minería como actividad de alto riesgo; (ii) las condiciones de salud de los trabajadores mineros; (iii) el trabajo en altura y en soledad; (iv) la deficiente alimentación en este sector.

(i) Dicho Informe señalaba que, debido a que la actividad minera es considerada *una actividad de alto riesgo* para la seguridad y la salud e incluso la vida de los trabajadores[18], ameritaba la necesidad de medidas especiales destinadas a protegerlos.
No entendemos hasta qué punto la modificación de la jornada de trabajo podría ocasionar un gran impacto en la reducción de los efectos y alcances negativos de la actividad minera para considerarla como **"actividad de alto riesgo"**. Si se cuenta con un adecuado plan de prevención y seguimiento médico a la salud de todos los trabajadores del asentamiento minero, no habría una incidencia negativa relevante en la disminución de los factores contaminantes en la vida personal de cada uno de los trabajadores por su exposición a las condiciones geográficas y del medio ambiente, como tampoco un impacto biológico o psicológico negativo en la anatomía física y en la capacidad mental de los trabajadores mineros.

(ii) En efecto, con relación a los *riesgos de salud de los trabajadores mineros*, el citado Informe establece que muchas de las enfermedades profesionales han sido causadas por la emanación de gases y minerales tóxicos. Asimismo, al considerar los riesgos a los que se encuentran expuestos estos trabajadores,

17 MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *La jornada atípica en el sector minero y el trabajo en soledad*. En: "Revista Peruana de Jurisprudencia" (Lima), julio de 2006, p. 25-45.

18 La actividad minera es considerada como riesgosa también por el Decreto Supremo N° 003-98-SA, por lo que el empleador tiene la obligación de contratar un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que cubra las consecuencias de un eventual accidente de trabajo en el desarrollo de la actividad minera.

señala entre ellos el ruido, las vibraciones, la humedad extrema y los trastornos fisiológicos propios del trabajo realizado en altura por los trabajadores mineros.[19]

(iii) En lo relativo a los riesgos para la salud que importa *el trabajo en altura*, el Informe citado señala que no existen estudios concluyentes sobre la materia, en particular porque diversas investigaciones advierten que *"la capacidad vital y el volumen pulmonar residual son mayores en los nativos de la tierra altas que en los sujetos de altitudes menores"*, y que la concentración de hemoglobina de los residentes nativos de grandes alturas es el principal factor de aumento de la potencia aeróbica máxima. Un análisis demográfico del trabajador minero típico demostraría que en su mayoría es originario de zonas de altura, conforme el informe constata respecto de los trabajadores que prestan servicios en la Fundición Metalúrgica de La Oroya, en el asiento minero de Cerro de Pasco y en Toquepala, de ahí que no esté demostrado que respecto de dicho personal el trabajo en zonas de altura sea un factor determinante de afectación a la salud.[20]

Nos sorprende la aplicación de lo recogido en el Informe N° 145 respecto de este punto, ya que, si bien es cierta y conocida la existencia de enfermedades profesionales derivadas del trabajo en el sector minero, existen mecanismos que permiten controlar su desarrollo y evolución o contrarrestar sus efectos, a fin de mejorar la calidad laboral y la salud del trabajador minero.[21]

Por otro lado, respecto al *trabajo en soledad*, pensamos que no existen argumentos válidos para hablar de un "aislamiento" en razón de la distancia y la ubicación geográfica. Ciertamente, creemos que el propio TC no ha tenido en cuenta las características particulares de la actividad minera, nos estamos refiriendo a la ubicación de los centros donde se extraen, explotan, procesan y producen los minerales, zonas que se encuentran dentro de los asientos mineros de las empresas, y en los cuales se ubican además los campamentos mineros, la mayoría de veces, alejados de los pueblos.

A la misma conclusión llega Jorge Luis Mayor Sánchez, al referirse a este punto: "Con el establecimiento de una jornada laboral típica, de un máximo total de ocho horas diarias durante cinco o seis días a la semana, el trabajador minero

19 CAMPOS TORRES, Sara. *¿Mejorando Condiciones de Trabajo?* Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara ilegales las jornadas acumulativas en el sector minero. En: "Diálogo con la Jurisprudencia" (Lima), junio de 2006, p. 243-249.

20 FERRO DELGADO, Víctor. *Art. cit.*, p. 17-19.

21 MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *Art. cit.*, p. 25-45.

no tendría el tiempo suficiente para desplazarse geográficamente de su centro de trabajo y retornar a su hogar para ver y estar con su familia. El "trabajo en soledad", que el Tribunal Constitucional quiere evitar, va a terminar intensificándose y recrudeciendo de manera incisiva y crítica en la vida misma de los propios trabajadores mineros. Probablemente los miembros del Tribunal Constitucional nunca han tenido una experiencia cercana con el trabajo, la calidad y las actividades realizadas en la actividad minera".[22]

(iv) Finalmente, con respecto a la *supuesta deficiente alimentación* de los trabajadores del sector minero, pensamos que aseveraciones relativas a que en este sector la alimentación otorgada a los trabajadores es deficitaria o que está expuesta a elevados niveles de toxicidad revelan desconocimiento de la forma cómo operan la mediana y la gran minería en el país. En términos generales, ellas proporcionan a su personal una alimentación controlada por nutricionistas y en condiciones tales que no existe ninguna exposición a elementos contaminantes o tóxicos. Debe señalarse además que las enfermedades profesionales, tales como la silicosis o neumoconiosis no se presentan cuando la explotación minera es a tajo abierto.

En este punto, además, habría que resaltar que no en todas las operaciones mineras es el propio empleador quien otorga alimentación a su personal. Debe tenerse en cuenta que en la actualidad muchas empresas mineras tienen campamentos mineros en los cuales se encuentran las viviendas asignadas a sus trabajadores, por lo cual no se presenta la obligación de otorgar alimentación como condición de trabajo, motivo por el cual ésta corre por cuenta propia de los trabajadores, como es el caso concreto de la empresa minera demandada SPCC.

En ese sentido, resulta absurdo el cuestionar la "deficiente alimentación", -en palabras del TC-, de los trabajadores mineros, cuando son precisamente ellos mismos quienes en sus hogares preparan sus alimentos, los mismos que son llevados para ser ingeridos en el tiempo que se les otorga para el refrigerio diario, precisamente en los comedores debidamente ambientados por sus respectivas empresas.

Del mismo modo, resulta evidente que estamos ante el tercer gran error cometido por el TC al momento de resolver la controversia.

22 MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *Allí mismo.*

V. LA CREACIÓN DEL *"TEST DE PROTECCIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO PARA LOS TRABAJADORES MINEROS"*

Tal como hemos señalado en el numeral 2.3 del presente trabajo, el TC expidió -a pedido de SPCC-, una Resolución Aclaratoria sobre los alcances del precedente vinculante establecido en la sentencia bajo análisis. Así, básicamente, en este nuevo pronunciamiento, dispone lo siguiente: (i) Las jornadas atípicas o acumulativas no serán incompatibles con la Constitución siempre que cumplan con el "límite de límites", es decir, con el "Test de Protección de la Jornada Máxima de Trabajo para los Trabajadores Mineros"; (ii) El precedente vinculante será aplicable sólo en los casos en los que se presenten las mismas condiciones que en el caso objeto de análisis.

Con respecto al primer punto, como ya se ha mencionado, el TC elabora especialmente para este segundo pronunciamiento el referido *"Test de Protección de la Jornada Máxima para los Trabajadores Mineros"*, en el cual establece que para ser compatibles con la Constitución las jornadas atípicas o acumulativas deberán cumplir con las condiciones[23] señaladas en éste. De no cumplirse con las condiciones descritas en el Test, procederá la limitación de este tipo de jornadas, según los fundamentos de la sentencia analizada.

En consecuencia, si el empleador minero desea acogerse al esquema flexible de jornadas y descansos acumulativos o atípicos, debe acreditar el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones señaladas en el referido Test. Basta que se incumpla una de esa condiciones para que no se pueda aplicar dicho esquema flexible, en cuyo caso las jornadas de trabajo no podrán superar las 8 horas diarias, bien se trate de un trabajo diario con descanso semanal o de un régimen de jornadas y descansos acumulativos.[24]

De otro lado, con relación al segundo punto, notamos que la intención del TC ha sido delimitar los supuestos de aplicación del precedente vinculante, señalando que tal aplicación será posible únicamente en los casos exactamente iguales al de la sentencia; en otras palabras, será aplicable exclusivamente a las empresas del sector minero que no cumplan con lo dispuesto en el *"Test de Protección de la Jornada Máxima de Trabajo para los Trabajadores Mineros"*.

23 Véanse las condiciones propuestas por el TC en el numeral 15 de la Resolución Aclaratoria, transcrita en el numeral 2.3. del presente trabajo.

24 MORALES CORRALES, Pedro. *Aclaraciones de Tribunal Constitucional*. En: "Suplemento de Análisis Legal Jurídico" (Lima), julio de 2006, p. 6-7.

El TC, a nuestro modo de ver, al establecer en su "Test" las limitaciones o características antes descritas, lo que ha hecho es relativizar la fuerza de sus criterios vinculantes, quitándole fuerza a lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[25], pues en adelante los jueces podrán dejar de aplicar un determinado "precedente vinculante" cuando exista algún elemento diferenciador entre el caso que tienen por resolver y el antecedente (con el que se generó el precedente).[26]

Aparentemente, esta Resolución Aclaratoria del propio TC trata de enmendar los excesos cometidos en la sentencia inicial donde se establecía la inconstitucionalidad de la jornada laboral atípica en el sector minero, pero en realidad está modificando dicha sentencia, no simplemente aclarándola. La particularidad especial es que está modificando, sobre todo, el precedente para los casos futuros.[27]

De otro lado, un tema que resulta relevante mencionar con respecto a la Resolución Aclaratoria del TC es que, en el caso de la empresa SPCC, los miembros del TC afirman categóricamente que el "Test" en mención no ha sido superado por ésta, debido a que la demandada *"no ha probado"* haber cumplido con las condiciones previstas, lo cual quiere decir que supuestamente, desde que se interpuso la acción de amparo hasta la sentencia del TC, se habría desarrollado una "etapa probatoria", posibilidad que es inviable –como ya lo hemos mencionado- en toda acción de este tipo, tal como lo ha establecido el propio TC en su uniforme jurisprudencia respecto de este tema.

Asimismo, debemos tener en cuenta que lo resuelto no obliga a la Autoridad Administrativa de Trabajo, la misma que debe observar la legislación vigente, porque su actividad es reglada y no está autorizada a aplicar control difuso, y porque el criterio del TC sólo es válido para procesos similares, toda vez que no tiene el poder de modificar la legislación vigente, ya que sólo puede hacerse a través de otra ley, o de sentencias recaídas en procesos de acción popular que declare la inconstitucionalidad, que no es el caso. Sin embargo podría existir el riesgo de que la Autoridad Administrativa de Trabajo, ante una infracción,

25 Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".

26 MORÁN BENAVIDES, Juan José. *El TC y la validez de las jornadas de trabajo atípicas*. En: "Desde Adentro" (Lima, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.), julio de 2006, p. 21-22.

27 MAYOR SÁNCHEZ, Jorge. *Art. cit.*, p. 25-45.

entienda la ley sobre la base del criterio utilizado por el TC, que es, al fin y al cabo, el intérprete supremo de la Carta Magna.[28]

VI. CONCLUSIONES

1. Consideramos que el anterior criterio del Tribunal Constitucional referido a la compatibilidad de los artículos 209, 210, 211 y 212 del Decreto Supremo N° 003-94-EM, -aún vigentes a la fecha de la sentencia emitida-, con la Constitución Política del Perú, era acertado, ya que desde nuestro punto de vista, tanto la norma constitucional como la legislación infraconstitucional reconocen la posibilidad de trabajar jornadas atípicas o acumulativas, con la sola limitación de no exceder de cuarentaiocho horas semanales.
2. Pensamos que, el Tribunal Constitucional ha generalizando de manera poco adecuada, sin realizar un estudio detallado del desarrollo de las actividades en el sector minero, ni de sus modos de producción, la forma en como se realizan las labores diarias en los campamentos mineros. Se debió tomar en cuenta, por ejemplo que, otras organizaciones sindicales pertenecientes al sector minero, podrían estar conformes con el régimen laboral implementado con las jornadas atípicas o acumulativas que desarrollan en la actualidad, invocando otros derechos como el de la protección a la familia, relacionado esto directamente con los beneficios que perciben al realizar jornadas atípicas o acumulativas.
3. Resulta increíble, como es que el Tribunal Constitucional, máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país, haya declarado la incompatibilidad constitucional de los artículos 209°, 210°, 211° y 212° del Decreto Supremo N° 003-94-EM, cuando éstos, habían sido dejados sin efecto por una norma posterior, es decir, declara la citada incompatibilidad con disposiciones legales que ya no estaban vigentes, y peor aún, que fundamente su sentencia sin advertir este error.
4. Asimismo, tal como hemos mencionado en el presente artículo, consideramos que el Tribunal Constitucional comete varios errores al basar su sentencia en el discutido Informe o Documento de Trabajo N° 145, dado que: (i) no se trata de un documento oficial de la Organización Internacional de Trabajo; (ii) en este documento se realizan afirmaciones que no guardan relación con el panorama actual en el sector minero; (iii) en

28 MORALES CORRALES, Pedro. *Art. cit.*, p. 6-7.

dicho Informe, las veces en las que fue citada la empresa demandada, nunca fue para advertir algún incumplimiento -por parte de ésta-, en los aspectos que se habían analizado; y, (iv) este documento nunca fue puesto en conocimiento de las partes, ni formó parte del expediente en las dos instancias inferiores.

5. De otro lado, uno de los aspectos que generó mayor preocupación para el Tribunal Constitucional, es el referido a la realización de este tipo de jornadas, y sus posibles efectos perjudiciales para la salud y la seguridad de los trabajadores. Respecto a esto, resulta claro el impacto que se puede ocasionar a la salud de los trabajadores mineros, pero no podemos negar tampoco que, existen soluciones más efectivas, para contrarrestar ello; de hecho las empresas mineras las vienen aplicando, como por ejemplo, la implementación de turnos rotativos y variables, los cuales traen como consecuencia, la rotación y el intercambio de trabajadores en las labores, con el fin de minimizar los impactos de la extensión de la jornada laboral.
6. En efecto, no podemos negar que, en el sector minero existen distintos factores que hacen que esta actividad sea diferente a muchas otras, como por ejemplo, el hecho de vivir en los campamentos mineros, la exposición a riesgos por las labores realizadas, la propensión a adquirir las denominadas enfermedades profesionales, entre otras. Pero, no por ello, se puede afirmar que con la supresión de las jornadas atípicas o acumulativas, estos aspectos van a desaparecer. Ciertamente, creemos que sin necesidad de haber declarado la incompatibilidad constitucional de las jornadas atípicas o acumulativas, este tipo de riesgos pueden ser minimizados con la implementación normal de la nueva tecnología en la explotación minera, así como, con un adecuado sistema y empleo de "prevención de riesgos laborales, todo ello, acompañado de una adecuada normatividad referida a salubridad, seguridad e higiene laboral minera, a efectos de enfrentar los impactos cotidianos de dichas actividades.
7. Precisamente, lo que no ha tomado en cuenta el Tribunal Constitucional, es que de acuerdo a la normatividad vigente, las empresas del sector minero, están obligadas a mantener una supervisión de salubridad, seguridad e higiene minera, a efectos de controlar y contrarrestar los aspectos más relevantes para este tipo de actividad. En la actualidad, se realizan fiscalizaciones semestrales por parte de los entes encargados del Ministerio de Energía y Minas para el fiel cumplimiento de estos aspectos.
8. Adicionalmente, si bien es cierto, el Tribunal Constitucional, en un intento de

enmendar lo resuelto mediante la sentencia, crea el denominado "Test de Protección de la Jornada Máxima de los Trabajadores Mineros", creemos que, a la fecha, aún no ha establecido claramente el procedimiento mediante el cual, las empresas mineras podrán someterse a dicho examen, no solo eso, sino también, quienes serán los encargados de realizarlos, dado que, en la actualidad, las únicas autoridades competentes para realizar este tipo de fiscalizaciones son las del sector, pero, dudamos que éstas puedan también fiscalizar y supervisar aspectos como la alimentación o el tratamiento diferenciado en trabajos nocturnos.

9. Finalmente, con todo lo señalado, podemos afirmar que las jornadas atípicas o acumulativas en el sector minero, inmersas dentro de la tendencia flexibilizadora de las jornadas laborales, traen como consecuencia muchos beneficios, tanto a los empleadores, respecto a un mayor rendimiento, mejora de productividad, eficiencia del tiempo y rebaja de costos para la empresa, como también para los propios trabajadores, respecto a mayores ingresos económicos, mayores periodos de descanso y un manejo más eficiente de estos, entre otros; lamentablemente, nuestro Tribunal Constitucional pareciera no haber evaluado ni advertido estos aspectos, esperamos que a futuro, el máximo Tribunal, tenga mayor cuidado al emitir este tipo sentencias que, como hemos analizado, perjudican tanto a los empleadores, como a los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBULÚ ALVA, Luis. *Una interpretación equivocada del TC no puede alterar convenios colectivos*. En: "Revista Jurídica". Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano" (Lima), mayo de 2006, p. 6.
- CAMPOS TORRES, Sara. *¿Mejorando Condiciones de Trabajo? Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara ilegales las jornadas acumulativas en el sector minero*. En: "Diálogo con la Jurisprudencia" (Lima), junio de 2006, p. 243-249.
- DEVEALI, Mario. *Tratado del Derecho del Trabajo*. Tomo II, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1972, p. 18-27.
- DOLORIER TORRES, Javier. *La Constitución comentada*. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 542-547.
- FERRO DELGADO, Víctor. *Las jornadas atípicas y el fallo del Tribunal Constitucional*. En: "Perú Económico" (Lima), mayo de 2006 (Serie "El Problema del Empleo en el Perú"), p. 17-19.
- HIBA, Juan Carlos (Dir.) *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería en el Perú*. Lima, OIT / Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos; ISAT; Cooperación / Acción Solidaria para el Desarrollo, 2002, 248 p. (Serie Documentos de Trabajo, N° 145).
- MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *La jornada atípica en el sector minero y el trabajo en soledad*. En: "Revista Peruana de Jurisprudencia" (Lima), julio de 2006, p. 25-45.
- MORALES CORRALES, Pedro. *Aclaraciones de Tribunal Constitucional*. En: Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial "El Peruano" (Lima), julio de 2006, p. 6-7.
- MORÁN BENAVIDES, Juan José. El TC y la validez de las jornadas de trabajo atípicas. En: "Desde Adentro" (Lima, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía), julio de 2006 (Serie "Panorama Minero"), p. 21-22.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Contratos de trabajo de jornada atípica*. En: "Estudios Jurídicos en Homenaje al doctor Néstor Del Buen Lozano". México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 619-644.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 387.

"EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO AL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. DEL CASO FETRATEL AL CASO BAYLÓN FLORES."

*JAVIER RICARDO DOLORIER TORRES**

Sumario

I. Antecedentes y planteamiento del tema a analizar. II. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 1) Principales antecedentes jurisprudenciales sobre la protección constitucional de los derechos laborales. 1.1 Sentencia emitida en la demanda interpuesta por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL 1.2 Sentencia del caso Llanos Huasco. 1.3 Construcción de un criterio del TC sobre la protección del derecho al trabajo. 2) Vías de protección jurisdiccional de los derechos laborales en el CPConst. 2.1) El carácter residual y no alternativo del amparo. 2.2) Vía ordinaria laboral como proceso idóneo. 2.2.1) Despido arbitrario. 2.2.1.1) Debido procedimiento de despido. 2.2.1.2) Adecuada imputación de la falta. 2.2.1.3) Inmediatez. 2.2.2) Despido nulo. 2.2.3) Actos de hostilidad. 2.3) Definición de la vía excepcional del amparo laboral. 2.3.1) En caso de despido nulo por la afectación de derechos constitucionales. 2.3.2) Despido incausado. 2.3.3) Despido fraudulento. 3) La prueba como elemento central para la procedencia del amparo. Bibliografía.

---

* *Abogado por la PUCP. Coordinador académico del Postítulo en Derecho del Trabajo de la PUCP y profesor contratado de ESAN. Socio principal del Estudio Gálvez & Dolorier Abogados S.C.R.L. Escrito en colaboración con Guillermo González Zevallos, alumno de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP.*

I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA A ANALIZAR

La protección del derecho al empleo constituye uno de los puntos en los que el Derecho del Trabajo plasma su esencia dialéctica, presentándose opiniones divergentes en relación a los alcances y protección de este derecho y las consecuencias jurídicas de su afectación. Pero es la protección de este derecho mediante los procesos de amparo, qué duda cabe, uno de los principales temas más importantes de discusión del laboralismo peruano de los últimos años. En este escenario, el TC (TC) ha desarrollando una fértil doctrina jurisprudencial sobre la protección en sede constitucional de los derechos laborales vulnerados, y más concretamente, de los alcances de la protección del derecho al empleo consagrado en el artículo 22° de la Constitución.

La abundante jurisprudencia emitida al respecto, ha permitido delinear supuestos básicos en los cuales procederá la revisión constitucional del acto que afecte el derecho al trabajo, así como también la posibilidad que el recurrente vea amparado su derecho en la justicia constitucional. Sin embargo, consideramos que dos puntos de quiebre sustanciales en la jurisprudencia del TC ha sido la promulgación y entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (CPConst.), así como la publicación como precedente vinculante de la sentencia emitida por el TC en el proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores en contra de E.P.S. EMAPA HUACHO S.A.[1] (caso Baylón Flores), los que constituyen los pilares fundamentales sobre los que se asienta la protección del derecho al trabajo frente a un despido lesivo de derechos constitucionales.

Desde nuestra perspectiva, la posición del TC ha presentado una evolución en el criterio de determinar cuáles son los derechos laborales que pueden ser objeto de protección constitucional y particularmente la configuración del esquema protector del derecho al trabajo. En efecto, del criterio inicialmente sostenido a través de las conocidas sentencias emitidas en las demandas de amparo interpuestas por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL en contra de Telefónica del Perú[2] (caso FETRATEL)[3] y de Eusebio Llanos Huayco en contra de la misma empresa[4] (caso Llanos Huayco),

1 Sentencia del 28 días de noviembre de 2005, recaída en el Exp. N° 0206-2005-PA/TC.
2 Sentencia del 11 de julio de 2002, recaída en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC.
3 Sobre esta sentencia, recomendamos las siguientes publicaciones: Diálogo con la Jurisprudencia N° 49, año 8, octubre de 2002 y AAVV "Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia laboral y provisional", Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, octubre de 2004. Ambas publicaciones compendian posiciones doctrinales con orientaciones contrarias que ilustran de forma estupenda a los lectores.

el TC modifica su jurisprudencia y es a partir de la entrada en vigencia del CPConst., y fundamentalmente en lo relativo al reconocimiento del carácter residual de los procesos constitucionales, que modifica su esquema protector del despido inconstitucional, el mismo que se establece como precedente vinculante en la sentencia del caso Baylón Flores.

En efecto, al establecerse en este nuevo texto legal el carácter subsidiario y residual del amparo, y al consagrarse la preferencia por la vía procesal igualmente satisfactoria para la protección del derecho vulnerado antes que la acción constitucional del amparo, se reconstruye el margen de protección del derecho al trabajo mediante mecanismos de protección constitucional subsidiarios, reafirmando su carácter de vía sumaria y excepcional. Por ello, aquel proceso destinado a la protección constitucional de los derechos laborales pasa previa y necesariamente por un tamiz: la evaluación sobre la satisfacción que se obtenga respecto al derecho vulnerado en otra vía distinta a la constitucional, para luego recibir una segunda evaluación: la especial urgencia o evidente vulneración a derechos laborales con contenido o reconocimiento constitucional, como presupuestos necesarios que, actuando de forma conjunta, son necesarios para la procedencia de la protección en sede constitucional de los derechos laborales vulnerados.

Este carácter subsidiario al cual hacemos referencia, encuentra vinculación además a la imposibilidad de la realización de actuaciones probatorias en el proceso de impugnación de despido. Como es conocido, el proceso de amparo no posee etapa probatoria como tal, por lo cual aquellos procesos que requieran la actuación de medios probatorios complejos no sean analizados en sede constitucional por ser improcedentes, debiendo ser ventilados en la vía ordinaria laboral. Sin embargo, dicha etapa probatoria es, muchas veces, de vital necesidad al momento de definir la validez de un despido y será imprescindible la revisión y compulsión del juez de las pruebas presentadas por ambas partes implicadas en la controversia, hecho que no sucederá cuando la vulneración del derecho laboral sea evidente o flagrante.

Nuestra ponencia se orientará, entonces, a describir la evolución de la protección del derecho al trabajo en sede constitucional y la determinación del esquema de análisis que sigue actualmente el TC al momento de determinar la procedencia de las acciones de amparo interpuestas por supuestas violaciones al derecho al trabajo.

4 Sentencia del 13 de marzo del 2003, recaída en el Exp. N.° 976-2001-AA/TC

II. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

1. Principales antecedentes jurisprudenciales sobre la protección constitucional de los derechos laborales.

Las tres sentencias citadas constituyen los pilares principales en la posición del TC respecto a la protección de los derechos laborales en sede constitucional, en específico en lo relativo al derecho al trabajo. Al tratarse de jurisprudencia vinculante, y en consecuencia, de observancia obligatoria, deberán ser tomadas en cuenta para la resolución de los futuros casos de impugnación de despido que se presenten en sede constitucional, en específico en lo relativo a la procedencia de la demanda y su revisión en sede constitucional o en vía ordinaria laboral, y en el tipo de protección que se dispense al trabajador afectado.

A efectos de realizar un análisis detallado de la protección que puede obtener un trabajador víctima de un despido ilegal de acuerdo a la normativa vigente, consideramos necesario hacer una revisión previa de los principales argumentos esgrimidos por el TC en los dos primeros procesos citados líneas arriba.

1.1 Sentencia emitida en la demanda interpuesta por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL.

Por un criterio temporal, corresponde referirnos primero al caso FETRATEL. En la citada sentencia, el TC desarrolló su perspectiva respecto a la libertad sindical y la protección al derecho al trabajo, y de qué manera resultan ambos derechos pasibles de protección en sede constitucional. En efecto, como un aspecto que modificó las relaciones laborales a partir del año 2002, el TC delimitó la protección al trabajador frente a un despido lesivo de derechos constitucionales, así también respecto a la insuficiencia de la protección prevista en la normativa infraconstitucional para el despido arbitrario y su inconcordancia con el mandato de "adecuada protección" contenido en el artículo 27° de la Constitución[5].

De esta manera, el TC estableció como un precedente vinculante[6] la posibilidad de protección de derechos laborales en sede constitucional que tuvo

5 Un análisis detallado de esta sentencia realizado por el autor, puede ser consultado en DOLORIER TORRES, Javier Ricardo y Frank Espinoza Laureano. "La inconstitucionalidad del despido AD NUTUM y la validez de la regulación del cese colectivo en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el caso Telefónica." En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 49, año 8, octubre de 2002.

6 Punto 2.8. de la Resolución Aclaratoria de la sentencia del Caso FETRATEL del 16 de setiembre de 2002.

un impacto trascendental en el marco de las relaciones individuales de trabajo. En efecto, el TC interpretó el artículo 34° de la LPCL en relación lo prescrito los artículos 22° y 27° de la Constitución y determina que dicha norma no resultaba compatible con la Constitución, pues reconocer a la indemnización como única opción reparadora frente a un despido arbitrario negaba la posibilidad de la eficacia restitutoria que obtendría un trabajador mediante la reposición en su puesto de trabajo, consecuencia evidente de la protección que obtendría en sede constitucional un trabajador víctima de un despido lesivo de derechos constitucionales.

Así pues, el TC señala que el artículo 27° de la Constitución contiene un mandato al legislador, a fin que sea él quien determine el tipo de protección adecuado para el trabajador en caso que sea víctima de un despido arbitrario. Dicho mandato, según el TC, implica que se determine una protección "adecuada", la misma que no debe afectar el contenido esencial del derecho al trabajo. Por ello, consideró, no debe interpretarse el artículo 27° de la Constitución como una consagración de la facultad de despedir arbitrariamente a un trabajador con el único costo del pago de la indemnización correspondiente. Así, el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL, al no contemplar la posibilidad de reposición del trabajador en caso de despido arbitrario, no es compatible con la Constitución y al no contemplar la posibilidad de la reposición en el puesto de trabajo, afecta el contenido esencial del derecho al trabajo, en específico en el aspecto referido al derecho a conservar el empleo y no ser despedido sino por causa justa.

El criterio expuesto por el TC, que determinó a decir de muchos, la restitución de un esquema de estabilidad laboral absoluta, fue posteriormente modificado mediante la resolución de aclaración del presente proceso, expedida el 16 de setiembre del mismo año. En dicha resolución se dejó de lado la estabilidad laboral absoluta, que establecía la reposición en caso de despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento, y se estableció un régimen de "estabilidad laboral mixta", donde la reposición se mantiene respecto a los tipos de despido citados, salvo para el caso del despido injustificado, vale decir, aquel cuya causa no se puede demostrar en un proceso.

1.2 Sentencia del caso Llanos Huasco.

Con fecha 13 de marzo de 2003, el TC emitió la sentencia recaída en el proceso N° 976-2001-AA/TC, seguido por Eusebio Llanos Huasco contra

Telefónica del Perú S.A.A. A través de esta sentencia, el TC reiteró el criterio de la sentencia del caso FETRATEL respecto a la protección adecuada frente a un despido arbitrario, así como los alcances del artículo 27° de la Constitución, pero estableciendo además una tipología y una definición de cada uno de los tres supuestos de despido que merecen tutela constitucional a través del efecto restitutorio o reposición en el empleo: el despido nulo, el despido incausado, y el despido fraudulento.

Esta sentencia contiene una amplia referencia del TC sobre "la protección adecuada" a la que se refiere el artículo 27° de la Constitución, precisando que dicho artículo no consagra la estabilidad laboral absoluta, sino el derecho del trabajador a obtener una protección adecuada frente a un despido arbitrario.

Ahora bien, ¿en qué consiste dicha protección adecuada?, según el TC ello dependerá del régimen de protección por el que opte el ordenamiento jurídico, en virtud del principio de reserva legal señalado en el artículo 27° de la Constitución. Así pues, señala que la protección adecuada se puede dar mediante un régimen de carácter "sustantivo", y otro de carácter "procesal".

De acuerdo con la dimensión sustantiva de la protección, el legislador puede optar por una protección "preventiva" del despido arbitrario, disponiendo que no se pueda despedir a un trabajador sin mediar causal y sin que esta se pruebe mediante un previo procedimiento disciplinario interno, tal como lo establece el artículo 31° de la LPCL. Asimismo, dentro de la dimensión sustantiva, el legislador puede optar por la protección "reparadora" del despido arbitrario, a fin que el trabajador, en caso de despido arbitrario, obtenga una compensación económica o indemnización por el accionar arbitrario del empleador. Señaló además el TC que dicho régimen es compatible con la Constitución en aquellos casos en los que el trabajador despedido arbitrariamente cobre la indemnización correspondiente o en caso inicie un proceso judicial a través del cual pretende la calificación de injustificado al despido realizado.

Por otro lado, el TC indica que la protección "sustantiva" debe estar acompañada de una protección "procesal", la misma que puede ser de carácter resarcitorio, como el caso de la indemnización por despido arbitrario, o restitutorio, mediante la reposición en el puesto de trabajo, protección derivada de un proceso de amparo, el cual tiene por objeto "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional".

Así pues, en el proceso de amparo no se cuestiona la arbitrariedad o sustento del despido, sino al hecho mismo del despido como lesivo de derechos

constitucionales. En consecuencia, en caso se trate de un despido inconstitucional impugnado mediante un proceso de Amparo, se producirá la eficacia restitutoria con la consecuente reposición en el puesto de trabajo. De acuerdo con el TC, dicha eficacia restitutoria se producirá en tres supuestos, los mismos que serán analizados posteriormente:

a) Despido nulo.
b) Despido incausado.
c) Despido fraudulento.

De esta manera, el TC concluye que la "protección adecuada contra el despido arbitrario" reconocida en el artículo 27° de la Constitución permite tanto una eficacia restitutoria como una resarcitoria.

En consecuencia, el esquema de protección aplicado desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 728 en caso de despidos, que era como sigue:

a) Despido arbitrario (que incluía al despido incausado y al injustificado), protegido mediante una indemnización.
b) Despido nulo, protegido mediante reposición.

se modificó en virtud del criterio establecido por el TC mediante la sentencia bajo comentario, y quedó determinado de la siguiente manera:

a) Despido nulo, protegido mediante reposición.
b) Despido incausado, protegido mediante reposición.
c) Despido fraudulento, protegido mediante reposición.
d) Despido injustificado, protegido mediante indemnización por decisión de ex trabajador afectado[7].

Así pues, el TC se reafirmó en el reconocimiento de un sistema de estabilidad laboral mixta a los trabajadores, procurando en unos casos la eficacia resarcitoria, y en otros la eficacia restitutoria.

7 Un interesante análisis de cada una de estos supuestos en ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. "Los supuestos de reposición en el despido individual (La tipología del Tribunal Constitucional). En: AAVV "Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia laboral y provisional", Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, octubre de 2004, p. 149-163.

1.3 Construcción de un criterio del TC sobre la protección del derecho al trabajo.

Un primer acercamiento a nuestro campo de análisis nos lleva a afirmar el carácter de complementario y no excluyentes de las antes citadas sentencias y la emitida por el TC el 28 de noviembre de 2005, esto es, la recaída en el proceso seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. Emapa Huacho S.A. En efecto, a través de este pronunciamiento se complementa e integra de forma armónica el criterio vertido en las sentencias anteriores, y determina los supuestos en los cuales procederá el proceso de amparo frente a un despido lesivo de derechos constitucionales, en específico respecto a cada uno de los supuestos definidos por el mismo TC en la sentencia del caso Llanos Huasco, vale decir, los supuestos en los cuales procederá la protección mediante un proceso de amparo en caso nos encontremos frente a un despido nulo, incausado o fraudulento.

Así pues, y como premisa central en el presente estudio, podemos afirmar que no en todos los supuestos el trabajador podrá solicitar en vía constitucional la protección de su derecho al trabajo, pues a partir de la entrada en vigencia del CPConst. el proceso de amparo no constituye una vía alternativa, sino residual, y en consecuencia, el trabajador demandante no podrá optar libremente por accionar en vía constitucional o en la vía laboral ordinaria, sino que dicha actuación se encontrará supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho código para optar por la impugnación del despido en la referida vía[8].

En los puntos siguientes desarrollaremos los principales aspectos del proceso constitucional de amparo para la defensa de derechos laborales, y cuáles son los requisitos de procedibilidad de estas demandas.

2. Vías de protección jurisdiccional de los derechos laborales en el CPConst.

2.1 El carácter residual y no alternativo del amparo.

8 Como una precisión de carácter práctico, reviste particular importancia para los litigantes saber determinar cual las vías resulta más conveniente para el trabajador frente a un despido. Así, si un trabajador despedido decide cuestionar el acto del despido en sede constitucional y su demanda es declarada improcedente, lo mas probable es que ya se haya cumplido el plazo de caducidad establecido en la LPCL para que pueda demandar en la vía laboral ordinaria, y de esa manera no pueda ver satisfecha su pretensión de protección frente a un despido ilegal; por otro lado, también debemos considerar que la vía laboral ordinaria no otorga la misma protección que la vía constitucional, pues mientras en la primera el trabajador despedido recibiría una indemnización, en la segunda obtendría su reposición en el puesto de trabajo, resultando esta segunda en algunas oportunidades mucho mas beneficiosa. En consecuencia, habría que determinar cuál de las dos vías constituye la más adecuada para un trabajador despedido y que requiere una tutela de urgencia.

El inciso 3 del artículo 6° de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, actualmente derogada, otorgaba al afectado en sus derechos constitucionales la posibilidad de optar por la vía procesal a la cual acudir en defensa de sus derechos vulnerados, de esta manera, facultaba la interposición de la demanda en sede constitucional o en la vía judicial ordinaria, sin mayor requisito que la preferencia del accionante. Esto, como bien señala Sáenz Dávalos, implicó que "la intención del legislador fue la de dotar al ciudadano de la mayor cantidad de alternativas posibles con el objeto de que sus derechos pudieran ser protegidos mediante los mecanismos de orden procesal constitucional, muy pocos especularon sobre los excesos que a futuro podrían desencadenarse en el escenario de un régimen verdaderamente ultragarantista."[9]

Sin embargo, tal como lo señala el autor citado, aquello implicó una profusión de procesos constitucionales, dado que dicha vía de tutela es por naturaleza de urgencia, y requiere un pronunciamiento en el menor tiempo posible. Esto llevó a que "quien podía y debía reclamar pretensiones mediante procesos de tipo ordinario, se olvidó de éstos y deliberadamente pensó en el amparo como el mecanismo inevitablemente salvador, olvidándose no sólo de la naturaleza sumaria y esencialmente urgente del proceso constitucional, sino del hecho de que su estructura no le permitía ser idónea o adecuada para todos los casos o en todos los supuestos."[10] Aquello determinó una sobrecarga procesal en la vía constitucional, que derivó en una demora para la atención de los procesos ventilados ante esta, y una desnaturalización del carácter urgente de la tutela constitucional.

En cambio, el novísimo CPConst. modificó dicho carácter alternativo del proceso de amparo y lo convirtió en uno de carácter residual, y lo hizo a través del inciso 2 de su artículo 5°, el cual establece como una de las causales de improcedencia de los procesos constitucionales, la existencia de "vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus (...)".

De esta manera, se establece como una carga para el demandante el demostrar la inexistencia de una vía procedimental que satisfaga de manera igual o mejor el derecho vulnerado. De esa manera, siempre que mediante un

9 SAENZ DAVALOS, Luis."Las innovaciones del CPConst. en el Proceso Constitucional de Amparo". En: Introducción a los procesos constitucionales. Lima: Jurista Editores, 2005, p.133.

10 Ibid.

proceso ordinario laboral no exista posibilidad de obtener una protección igual o mejor que la que se podría obtener en sede constitucional, será admitida la interposición de una demanda de amparo, a fin de proteger los derechos laborales afectados. Así, tratándose de demandas de amparo a través de las cuales se solicita la protección de derechos laborales, será la vía laboral ordinaria la que no debe resultar igual o más satisfactoria que el proceso constitucional, a fin que se determine la procedencia de la demanda.

2.2 Vía ordinaria laboral como proceso idóneo.

Como demostraremos en las líneas siguientes, en muchas oportunidades resulta conveniente acudir a la vía laboral ordinaria en vez de la vía constitucional, pues en la primera existen mayores posibilidades de probar los argumentos presentados por ambas partes. Ello no implica la negación del proceso de amparo como idóneo para la protección de derechos laborales, sino el reconocimiento de su naturaleza intrínseca: proceso de tutela de urgencia y excepcional.

Así pues, los actos lesivos de derechos del trabajador, entre los que se encuentran el despido arbitrario, el despido nulo, y los actos de hostilidad, han sido recogidos en la LPCL. Asimismo, la protección de los derechos del trabajador en virtud de la existencia de aquellos actos, puede ser conocida a través de los juzgados de trabajo mediante un proceso ordinario laboral, en los términos del inciso 2 del artículo 4° de la Ley Procesal del Trabajo (LPT).

Consideramos pertinente hacer una acotación antes de iniciar el análisis de los supuestos reconocidos por la LPCL como actos vulneratorios de derechos de los trabajadores y pasibles de protección ante los Juzgados de Trabajo, y es que la impugnación de los despidos que pueden enmarcarse en los supuestos de despido nulo, incausado o fraudulento, no constituyen jurisdicción exclusiva del proceso constitucional. Frente a cualquiera de los cuatro supuestos de despido: injustificado, nulo, incausado o fraudulento, el trabajador tiene expedita la vía laboral ordinaria para accionar por cualquiera de ellos. Sin embargo no sucederá lo mismo respecto al proceso constitucional de amparo, pues para éste, se requiere que no exista otra vía procesal igualmente satisfactoria. Así pues, accionar en la vía constitucional por un supuesto de despido injustificado será improcedente, mientras que en los otros tres supuestos dependerá de encontrarse incurso dentro del desarrollo jurisprudencial hecho por el TC respecto a estos tipos de despido, para determinar la procedencia del mismo.

2.2.1 Despido arbitrario.

El artículo 34° de la LPCL establece los dos supuestos de despido arbitrario, a saber, el despido incausado y el despido injustificado, y prescribe que la indemnización será la única reparación a la vulneración efectuada por alguno de estos. Sin embargo, como hemos señalado, de acuerdo al criterio del TC, el despido injustificado sólo puede encontrar protección a través de la eficacia restitutoria, y no la resarcitoria, por lo que, en consecuencia, el despido arbitrario que puede obtener protección mediante una indemnización es únicamente el despido injustificado, el cual será tomado en cuenta para nuestro análisis.

Así pues, para evitar incurrir en un supuesto de despido injustificado, y en un posterior pago indemnizatorio, se deberán cumplir los siguientes tres requisitos de manera conjunta:

2.2.1.1 Debido procedimiento de despido.

La LPCL establece en los artículos 31° y 32° el procedimiento para el despido de un trabajador, señalando la necesidad del preaviso de despido, el otorgamiento de un plazo razonable para el ejercicio de su defensa, la evaluación de los descargos presentados por el trabajador, y la posterior comunicación formal del despido.

El fiel cumplimiento del citado procedimiento determinará la existencia de este elemento dentro del proceso de despido, y evitará que el despido pueda ser posteriormente impugnado. Cabe destacar que el incumplimiento de este requisito, que determina la existencia de un despido arbitrario, puede servir como argumento del trabajador tanto en un proceso constitucional, alegando vulneración al debido proceso, como en un proceso ordinario laboral, alegando que no fue despedido de acuerdo al procedimiento establecido legalmente. Por ello, resulta de vital importancia el cumplimiento del procedimiento establecido en la LPCL.

2.2.1.2 Adecuada imputación de la falta.

La configuración de la falta imputada al trabajador debe encontrarse debidamente detallada tanto en el preaviso de despido como en el carta de despido, debido a que a través de esta se determina que el trabajador ha sido despedido mediando una causa justa contemplada legalmente, y en

consecuencia será mucho más fácil probar la causa justa en un eventual proceso de impugnación de despido. Asimismo, debemos tomar en cuenta que "la causa por la que se despide al trabajador, debe ser la misma que se le imputó previamente, para que, respecto de ella, ejerciera su derecho de defensa, no siendo lícito, por consiguiente, incluir en la carta de despido hechos nuevos que no fueron materia de imputación en el trámite previo."[11]

2.2.1.3 Inmediatez.

Este tercer elemento, es referido por el profesor Blancas de la siguiente manera: "El momento en que se produzca el despido debe guardar relación inmediata con aquel en el cual el empleador conoció o comprobó la existencia de la falta cometida por el trabajador"[12].

Como indicamos, el despido injustificado es sancionado únicamente con el pago de una indemnización, sin embargo, cabe la posibilidad que un despido que no cumpla con los requisitos establecidos líneas arriba pueda ser impugnado en sede constitucional, alegando la afectación al debido proceso en la realización del despido. Sin embargo, consideramos inadecuada la decisión de intentar someter ante la vía constitucional un supuesto de despido injustificado alegando la afectación al debido proceso, pues si el despido injustificado es considerado como aquel en el cual no se puede probar la causa de despido en el proceso, será necesaria la realización de actividad probatoria, independientemente si se alega en sede constitucional la afectación del derecho al trabajo o al debido proceso. Es evidente que al ser necesaria la actividad probatoria, el supuesto de despido injustificado debe ser dilucidado únicamente en la vía ordinaria laboral, no resultando adecuado el intento de acudir a la vía constitucional alegando la vulneración de, por ejemplo, el debido proceso, pues será necesaria la realización de actividad probatoria a efectos de determinar si el despido vulneró el derecho al trabajo, y la demanda será declarada improcedente, quedando el trabajador desprotegido toda vez que el plazo para acudir a la vía ordinaria laboral muy posiblemente ya habría caducado.

2.2.2 Despido nulo.

Es aquel basado en causas prohibidas, las mismas que son establecidas en el artículo 29° de la LPCL. Así pues, "la nulidad del despido solo procede cuando

11 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima: Ara editores, 2002, p.224
12 Ibid. p 234

ese obedece a motivos cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador. Se establece, por ello, una diferencia con el "despido arbitrario" pues en este "falta" la causa justa de despido, mientras que en el despido nulo "existe" una causa, pero ésta es recusada por el ordenamiento jurídico por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano".[13]

No cabe duda que este tipo de despido puede encontrar protección tanto en vía laboral ordinaria como en sede constitucional. En este caso no encontramos dificultad alguna sobre la posibilidad de acudir a la justicia constitucional en búsqueda de protección, pues la improcedencia relativa al carácter residual del proceso de amparo queda descartada en la medida que la vía laboral ordinaria no resulta igual o más satisfactoria que la vía constitucional, toda vez que esta última dispensa la misma protección que la reconocida en la LPCL al despido nulo, pero lo hace con mayor rapidez. Sin embargo, corresponderá en cada caso concreto evaluar el marco probatorio que configura el despido nulo, pues un despido de un dirigente sindical (protegido por el fuero sindical) requerirá menor carga probatoria que un despido por razones de discriminación.

2.2.3 Actos de hostilidad.

La jurisprudencia emitida por el TC no hace referencia a la forma de protección adecuada en los casos de actos de hostilidad, es mas, parece pacífica respecto al reconocimiento de los Juzgados de Trabajo como competentes para la revisión de las demandas por cese de hostilidad. Así, considera que las demandas de cese de hostilidad no pueden ser ventiladas por la acción de amparo al existir una vía prevista en el ordenamiento procesal laboral.

Sin embargo, y siguiendo la propia línea protectora del TC, es evidente que un acto de hostilidad también puede ser considerado como un hecho que afecta derechos constitucionales, y en consecuencia, pasible de impugnación mediante la vía constitucional a fin que se ordene el cese del acto de hostilidad a través de una medida cautelar. A pesar de ello, consideramos inadecuado acudir a la vía constitucional para el cuestionamiento de un acto calificado como "de hostilidad", pues ello determinaría que el trabajador tenga que probar el acto de

13 Ibid.p 281

hostilidad[14], y en consecuencia se declare la improcedencia de la demanda interpuesta por ser necesaria actividad probatoria suficiente que no puede realizarse mediante un proceso de amparo.

2.3 Definición de la vía excepcional del amparo laboral.

De lo analizado hasta este punto podemos afirmar que el TC ha contribuido a la determinación de los supuestos en los cuales procederá la protección en vía constitucional, dependiendo del tipo de despido frente al cual nos encontremos. De esta manera, procederá el proceso de amparo en los siguientes casos:

2.3.1 En caso de despido nulo por la afectación de derechos constitucionales.

De acuerdo al artículo 29° de la LPCL, se producirá el mismo cuando el despido se justifique en una de las causas señaladas taxativamente en el citado dispositivo. Las mismas que atienden a criterios basados en el impedimento del ejercicio de la libertad sindical, discriminación, o embarazo.

La sentencia expedida por el TC y recaída en el proceso de César Baylón Flores, señala que este tipo de despido tendrá protección mediante el proceso de amparo.

2.3.2 Despido incausado.

De acuerdo a lo señalado en la sentencia del caso Llanos Huasco, el despido incausado se produce "cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique". Aquello concuerda plenamente con la regulación del CPConst., pues es evidente que el despido en el cual no se ha expresado causa alguna atenta contra el derecho al trabajo, mientras que el despido en el cual se alegó una causa cuya comprobación requerirá del desarrollo de una amplia actividad probatoria a fin de determinar si esta es justa, supuesto que no podrá ser analizado vía proceso de Amparo de acuerdo al artículo 9° del CPConst.

La posibilidad de acudir a la vía constitucional para impugnar un despido incausado no requiere de mayor análisis, pues según el reiterado criterio del TC

14 De acuerdo al inciso 3 del artículo 27° de la LPT, corresponde al trabajador probar la hostilidad de la que fuera objeto. Dicha remisión es válida en virtud el artículo IX del Título Preliminar del CPC, el cual establece: "En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo..."

es evidente que de haberse producido no sólo afectaría el derecho al trabajo, sino además el debido proceso. Respecto a la actividad probatoria, esta no requiere mayor complejidad[15], por lo que podría ser analizado mediante este proceso constitucional, pero no bastará que el empleador señale la existencia de una imputación de causa para el despido para que no pueda considerarse como despido incausado, pues ingresaríamos al terreno del despido fraudulento, el cual analizamos a continuación.

2.3.3 Despido fraudulento.

De acuerdo con lo expuesto por el TC en el proceso de Llanos Huasco, el despido fraudulento se produce cuando "se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la fabricación de pruebas".

Sin embargo, el TC en la sentencia recaída en el proceso de César Baylón Flores señala que "los casos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refiera a hechos controvertidos (...) no serán tramitados en el proceso de amparo...". En este punto, el TC establece un primer tamiz, pues lo determinante en este supuesto de despido es la existencia de pruebas o hechos fabricados que determinaron el mismo, lo que requerirá la actuación de una serie de medios probatorios entre los que pueden encontrarse pericias, declaraciones de parte, etc. que lleven al Juez a determinar sobre la existencia de un despido fraudulento, pruebas que no pueden ser realizadas mediante un proceso de amparo. Por ello, consideramos que resulta conveniente para el Juzgado efectuar una rápida evaluación del caso a fin de determinar si es que estamos frente a un despido fraudulento o a un despido que reviste de complejidad probatoria.

Lo hasta aquí señalado no impide que el trabajador afectado decida someter su controversia ante los juzgados laborales ordinarios, pues la revisión de este

15 De acuerdo al artículo 9° del CPC, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables...

tipo de despidos no es exclusiva de la justicia constitucional. Así pues, el carácter residual del proceso de amparo implica que el trabajador sólo podrá acceder a este en caso considere y demuestre que en otra vía procesal no obtendrá una protección igual o mejor, mas no implica que en los tres supuestos de despido escritos necesariamente tenga que acudir a la vía constitucional.

Desde ya ponemos de manifiesto la opción que propondremos sobre la conveniencia de, en algunos supuestos de despido, acudir a la vía laboral ordinaria en lugar de la vía constitucional, pues como veremos mas adelante, la actividad probatoria resulta crucial a efectos de determinar si el despido vulneró efectivamente o no el derecho al trabajo.

3. La prueba como elemento central para la procedencia del amparo.

Desde nuestra perspectiva, el elemento mas controversial del caso Baylón Flores es el referido a la ausencia de la etapa probatoria dentro del proceso constitucional de Amparo. De acuerdo con Abad, la prueba en el proceso de amparo busca obtener la verdad de los hechos, y"la búsqueda de esta verdad se encuentra enmarcada dentro de los lineamientos de un procedimiento que cuenta con plazos muy breves y donde no se pretende declarar la titularidad de un derecho sino determinar su lesión o amenaza. Es decir, el breve trámite previsto para este proceso no contempla la existencia de una etapa procesal en la cual puedan actuarse todos los medios probatorios existentes. De esta manera, para que la pretensión sea acogida favorablemente debe ser susceptible de acreditarse la amenaza o lesión sin necesidad de un intenso debate probatorio y fundamentalmente a través de prueba documental. En otras palabras, si se requiere la actuación de otros medios probatorios, el actor deberá acudir a un procedimiento diferente, obviando al amparo.[16]

Así pues, lo señalado acertadamente por Abad encuentra reconocimiento expreso en el artículo 9° del CPC, que señala:"En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso..."

En consecuencia, la ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo no implica la imposibilidad de presentar medios probatorios documentales, sino únicamente la imposibilidad de actuación de otro tipo de medios probatorios

16 Ibid. p.179

mas complejos. Ello es un reflejo claro del carácter de tutela de urgencia reconocido a este proceso constitucional, que requiere de una resolución en el menor tiempo posible.

Como se puede apreciar, aquella ausencia de etapa probatoria deriva muchas veces en la imposibilidad de una prueba efectiva y necesaria a efectos de acreditar la existencia de un supuesto de despido lesivo de derechos constitucionales, y dado que en este proceso no le es permitido al trabajador demandante el ofrecimiento de medios probatorios que puedan formar convicción en el juez sobre la invalidez del despido impugnado, aquello puede derivar en un perjuicio propio, al no poder ver satisfecha su pretensión de tutela judicial al impedírsele presentar pruebas que podrían llevar al juez a la convicción sobre un despido lesivo de derechos constitucionales.

Así pues, en una situación en particular, es evidente que el accionante deberá evaluar la ventaja del proceso ordinario laboral sobre el proceso de amparo en lo referido a la posibilidad de la actuación de diversos medios probatorios, los mismos que podrían determinar la existencia de un despido lesivo de derechos constitucionales. Tomemos como ejemplo el supuesto del despido fraudulento, el mismo que según el TC puede ser dilucidado mediante un proceso de amparo. Hemos señalado que aquel tipo de despido se produce "cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales".

Entonces, ¿de qué manera sino mediante la actuación de diversos medios probatorios podremos determinar que nos encontramos ante un supuesto de despido fraudulento?, la forma de determinar que nos encontramos ante un medio probatorio falso creado por el empleador para proceder al despido sería, a manera de ejemplo, mediante una pericia, medio probatorio que no podría ser evaluado en un proceso de amparo pues este carece de etapa probatoria donde se puedan actuar medios probatorios. Lo mismo sucederá respecto a la determinación de la imputación de hechos falsos, que no podrá realizarse únicamente mediante pruebas documentales sino además con diversos medios probatorios de complejidad mayor que requieren de un proceso que cuente con etapa probatoria.

Así pues, en el caso del despido fraudulento, que según el TC puede ser objeto de revisión mediante un proceso de amparo, resulta mucho mas conveniente dilucidar la controversia ante un juzgado laboral ordinario que en la vía constitucional, pues la característica de este tipo de despido implica que sea

necesaria la determinación sobre la verdad o falsedad de los hechos y documentos que justifiquen el despido mediante la actuación de medios probatorios, posibilidad negada en el proceso de amparo, y determinante de la improcedencia de la demanda según el TC.

BIBLIOGRAFÍA

- Diálogo con la Jurisprudencia N° 49, año 8, octubre de 2002
  AAVV "Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia laboral y provisional", Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, octubre de 2004.
- DOLORIER TORRES, Javier Ricardo y Frank Espinoza Laureano. "La inconstitucionalidad del despido AD NUTUM y la validez de la regulación del cese colectivo en el fallo del Tribunal Constitucional sobre el caso Telefónica."
- SAENZ DAVALOS, Luis. "Las innovaciones del CPConst. en el Proceso Constitucional de Amparo". En: Introducción a los procesos constitucionales. Lima: Jurista Editores, 2005, p.133
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral Peruano. Lima: Ara editores, 2002.

LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN DEFENSA DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE ENTRADA (A PROPÓSITO DEL EXP. N° 06080-2005-PA/TC)

*FRANK ESPINOZA LAUREANO**

Partiendo de un caso concreto que fue resuelto por el Tribunal Constitucional (el caso Vásquez), revisaremos temas como la estabilidad laboral de entrada, el plazo máximo de los contratos sujetos a modalidad, la formalidad escrita de los contratos modales, el fraude a la ley, el principio de causalidad, la procedencia del amparo y la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales.

Sumario

I. Introducción. II. El caso Vásquez (Exp. N° 06080-2005-PA/TC). III. El caso Runciman (Cas. N° 1809-2004). IV. La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad. V. La ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales. VI. Aplicación al caso concreto. VII. La procedencia del amparo en defensa de la estabilidad laboral de entrada. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con la sentencia expedida en el caso Baylón (Expediente N° 0206-2005-PA/TC), el Tribunal Constitucional ha sentado las bases para la delimitación de las competencias entre los tribunales de amparo y los juzgados laborales.

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Particularmente, en lo referido a la estabilidad laboral de salida[1], se han establecido los criterios de procedencia del amparo en los casos de despidos incausados, fraudulentos y nulos.

Desde entonces, el propio Tribunal así como los juzgados de instancias inferiores, han aplicado dichos lineamientos al momento de resolver los procesos de amparo. Pero también se han desarrollado criterios adicionales, cuando el análisis de las pretensiones no se podía limitar a la procedencia del despido.

Un ejemplo de ello, es el caso Vásquez (Expediente N° 06080-2005-PA/TC) cuyas implicancias serán revisadas a lo largo de esta ponencia. En dicha sentencia, se examina uno de los principales aspectos de la estabilidad laboral de entrada: la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad.

Expondremos los alcances del caso Vásquez, comparándolo con otro fallo similar (y en apariencia contradictorio) emitido recientemente por la jurisdicción ordinaria: el caso Runciman (Casación N° 1809-2004).

II. EL CASO VÁSQUEZ (EXP. N° 06080-2005-PA/TC)

A continuación, reproducimos el texto de esta sentencia (los subrayados son nuestros):

"EXP. 06080-2005-PA/TC
LAMBAYEQUE
ANA RUTH
VÁSQUEZ FERNÁNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de marzo de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

1 "La estabilidad laboral comprende dos reglas básicas, de las cuales la primera opera en el momento de la contratación y la segunda en el de la extinción. La regla "de entrada" consiste en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, la que se traduce al admitir la celebración de contratos de duración determinada sólo cuando la naturaleza de la labor que el trabajador va a cumplir sea temporal. La regla "de salida" conlleva la prohibición del despido injustificado, esto es, carente de una causa contemplada en la ley y acreditada ante un organismo imparcial". NEVES MUJICA, Javier. "La estabilidad laboral en la Constitución de 1993". p. 45 - 54. En: Lecturas sobre temas constitucionales. Lima. Comisión Andina de Juristas. N° 11 (dic. 1995). p. 45. En opinión de Neves, el artículo 27° de la Constitución omite mencionar el término "estabilidad laboral", aunque se refiere evidentemente a él. Ibíd. p. 48.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Ana Ruth Vásquez Fernández contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 417, su fecha 1 de julio de 2005, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de julio de 2003, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa), solicitando que se declare inaplicable el Memorándum 1138/2003/AG-SENASA-OGA, de fecha 1 de julio de 2003, mediante el cual se le comunica que su contrato de trabajo se extingue el 30 de junio de 2003 y que no será renovado; que, en consecuencia, se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando. Manifiesta que fue despedida arbitrariamente mediante el memorándum cuestionado, ya que en conjunto sus contratos de trabajo modales superan el período legal de cinco años, razón por la cual han sido desnaturalizados, razón por cual [sic.] sólo podía ser despedida por una causa justa.

El emplazado propone la excepción de incompetencia y contesta la demanda precisando que la accionante no ha sido despedida mediante el susodicho memorándum, sino que mediante este documento se le comunicó que su último contrato de trabajo vencía el 30 de junio de 2003. Agrega que la decisión de [no] renovarle su contrato de trabajo se debe a que, durante sus labores, cometió irregularidades.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Agricultura contesta la demanda aduciendo que la demandante, al suscribir su último contrato de trabajo, tenía pleno conocimiento de cuando iba a vencer; y que, por lo tanto, no fue despedida arbitrariamente.

El Primer Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 15 de junio de 2004, declara improcedente la demanda considerando que la controversia debe ventilarse en un proceso que disponga de etapa probatoria.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. *En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativos a materia laboral individual privada, establecidos en los Fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante de conformidad con*

lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, procede efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por la recurrente.

2. *En su escrito de demanda, la recurrente aduce que los contratos de trabajo sujetos a modalidad que suscribió con el emplazado deben ser considerados contratos de duración indeterminada, debido a que, en conjunto, superan la duración máxima de cinco años, de modo que, habiéndose dado por extinguida su relación laboral, sin expresión de una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, se ha configurado un despido arbitrario, vulneratorio de su derecho constitucional al trabajo.*

   Por su parte, el emplazado sostiene que la demandante fue contratada a plazo fijo, ya que suscribió contratos para obra o servicio, por lo que, al haberse vencido el plazo de su último contrato, se extinguió la relación laboral que mantenían.

3. *De los argumentos esgrimidos por las partes, se desprende que la cuestión controvertida consiste en determinar si los contratos de trabajo sujetos a modalidad que suscribió la demandante han sido desnaturalizados, a efecto de establecer si se ha originado un contrato de trabajo a plazo indeterminado; en cuyo caso la demandante no podía ser despedida sino por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.*

4. *Sobre el particular, conviene precisar que este Tribunal no califica el despido arbitrario en los términos establecidos por el artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR, sino que evalúa el despido laboral siempre que este resulte lesivo, o no, de derechos fundamentales. Por lo tanto, en caso de que ello se verifique, obligatoriamente se pronunciará en su sentencia conforme a la finalidad restitutoria propia del proceso de amparo.*

5. *Con los contratos de trabajo y las boletas de pago obrantes de fojas 3 a 53, se acredita que la demandante trabajó para el Senasa desde el 6 de abril de 1998 hasta junio de 2003, es decir, que laboró por más de cinco años ininterrumpidos mediante contratos para obra o servicio, los cuales se celebran cuando así lo exige la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar.*

6. *Por otro lado, debemos indicar que de los contratos de trabajo sujetos a modalidad que obran en autos, no se aprecia que el Senasa haya consignado en forma expresa cuáles fueron las causas objetivas para contratar a la demandante, ni que haya especificado si la demandante fue contratada para trabajar en una obra determinada o para un servicio específico. Asimismo, debe tenerse presente que el último contrato de trabajo de la demandante obrante a fojas 15, tiene como plazo de vigencia el período del 1 de febrero al 31 de marzo de 2003; sin embargo, la demandante continuó trabajando hasta junio de 2003, conforme se acredita con las boletas de pago obrantes de fojas 51 a 53.*

7. *En tal sentido, al haber prestado servicios al Senasa la demandante sin un contrato de trabajo sujeto a modalidad, se presume que entre las partes ha existido un contrato de trabajo a plazo indeterminado; por lo tanto, la recurrente solamente podía ser despedida por causa justa establecida en la ley. Por consiguiente, al no haber expresado el emplazado la causa justa de despido, se ha configurado un despido incausado y arbitrario, el cual vulnera el derecho constitucional al trabajo.*

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. *Declarar FUNDADA la demanda.*
2. *Ordena que Senasa cumpla con reincorporar a doña Ana Ruth Vásquez Fernández en el cargo que venía desempeñando, o en otro similar categoría o nivel.*

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO"

III. EL CASO RUNCIMAN (CAS. N° 1809-2004)

Con fecha 30 de enero de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la República emite esta sentencia, en la que se determina que el demandante había prestado servicios por más de 5 (cinco) años[2] bajo la modalidad de obra determinada o servicio específico.

El fallo de la Sala Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la emplazada (e infundada la demanda de pago de

2 Conforme a lo señalado en el tercer considerando de la sentencia, el señor Runciman prestó servicios por cerca de 5 años y 9 meses.

indemnización por despido arbitrario), basándose en los siguientes argumentos:

a) *El señor Luis Alberto Runciman Jarama laboró para el Proyecto Especial Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado (PRONAP), "en el período comprendido entre abril de mil novecientos noventiséis y el treintiuno de diciembre del dos mil uno; habiéndole remitido el Memorandum número ciento ochenta – dos mil uno/PRES/VMI/PRONAP/DE de fecha veintiocho de diciembre de dos mil uno corriente a fojas treintidós, donde le comunican al actor la terminación de su contrato de trabajo" (considerando tercero).*

b) *Las partes "suscribieron contratos sujetos a modalidad (contrato específico para obra o servicio) especificándose en la cláusula primera de dichos contratos que el empleador es un Proyecto Especial creado por Resolución Ministerial número ciento cuarenta y cuatro – noventidós – VC – mil cien para implementar, exclusivamente el Programa de Apoyo al sector de Saneamiento Básico, que constituye un proyecto de inversión que tiene como objetivo mejorar los niveles de prestación de servicios de agua potable y alcantarillado en el ámbito nacional" (considerando cuarto).*

c) *El artículo 74° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)[3], ha sido aplicado en forma indebida por la recurrida, "toda vez que de los contratos mencionados se colige que los períodos de los plazos de los mismos exceden los cinco años establecido por ley; [aunque] también es cierto que por tratarse de la naturaleza de los mismos, esto es a que la Ley faculta a que puedan celebrarse contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como lo exija la naturaleza temporal o accidental de servicios que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar (como en este caso); y siendo que el actor prestó servicios bajo la modalidad del contrato de obra en forma específica, el mismo debe ser considerado de duración determinada, teniendo la facultad el empleador de celebrar con el trabajador las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión y terminación de la obra o servicio objeto de la contratación; por lo que es de aplicación el principio de razonabilidad, el cual*

3 Art. 74° del TUO del D. Leg. N° 728, LPCL:
"Artículo 74°.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por períodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.
En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años."

establece que las decisiones de la autoridad judicial deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido" (considerando quinto).

d) *Finalmente, se indica que, "haciendo uso de la facultad conferida por el inciso ocho del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado[4], los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley; por lo que este Colegiado a partir de la presente resolución establece que para los casos, como el de autos, tratándose de derechos derivados de un contrato laboral sujeto a modalidad, en los que la obra o servicios prestados por el trabajador sea específico, dicho contrato se convertirá en uno indeterminado si los períodos laborados por el trabajador excedan los ocho años de labor" (considerando sexto).*

El pronunciamiento recaído en el caso Runciman implica un cambio de criterio jurisprudencial, ya que anteriormente la Corte Suprema había sostenido que el plazo máximo de los contratos para obra determinada o servicio específico era de 5 años (Casaciones N° 1082-2001 y 1066-2001[5], entre otras).

No obstante, consideramos que el plazo de 8 años sigue siendo arbitrario, y más bien se debió aplicar el artículo 63° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL, según el cual este tipo de contratos deberá tener la duración "que resulte necesaria"[6].

En ese sentido, se debió especificar que la duración máxima del contrato sujeto a modalidad para obra determinada o servicio específico es el de la propia obra o servicio que lo fundamentan[7].

IV. LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD

Las causales de desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, se

4 Art. 139°, num. 8, de la Constitución Política del Perú:
"Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...]
8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario."

5 Publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" los días 28 de febrero y 30 de mayo de 2003, respectivamente.

6 El segundo párrafo del art. 63°, agrega que "en este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación". El artículo 77°, literal b), del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL, puede ser interpretado en el mismo sentido.

7 Otra posibilidad, es que del expediente del caso Runciman se desprenda que la duración de la obra había sido pactada en 8 años. Pero teniendo como referente únicamente el texto de la sentencia, no se puede arribar a ninguna conclusión definitiva.

encuentran reguladas en el artículo 77° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL:

"Artículo 77°.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;
b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley."

De las causales contempladas en esta norma, las que se han considerado relevantes para el caso Vásquez son las correspondientes a los literales a) y d). Obsérvese que la primera de estas causales comprende, a su vez, dos supuestos: 1) la continuación de labores después del vencimiento del plazo estipulado, y 2) la continuación de labores después del vencimiento del plazo máximo permitido.

4.1. La continuación de labores después del vencimiento del plazo estipulado

Esta causal se encuentra vinculada a la exigencia de que el plazo del contrato sujeto a modalidad conste por escrito (artículo 72° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL):

> *"Artículo 72.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral."*

En el caso de los contratos para obra determinada o servicio específico, el artículo 79° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (aprobado por el

Decreto Supremo N° 001-96-TR) señala que se debe indicar por escrito la duración de los mismos:

> *"Artículo 79.- En los contratos para obra o servicio previstos en el Artículo 97 de la Ley, deberá señalarse expresamente su objeto, sin perjuicio que las partes convengan la duración del respectivo contrato, que sólo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento del objeto del contrato."*

En nuestra opinión, debería extenderse esta causal a los casos en los que no se hubiese estipulado ningún plazo por escrito, o en los que simplemente no existiese un contrato formalizado de esa manera[8]. En tales supuestos, el empleador podría fijar arbitrariamente los límites temporales del contrato. Por ello, resulta necesario que opere una presunción en favor de la indeterminación del vínculo.

4.2. La continuación de labores después del vencimiento del plazo máximo permitido

En el siguiente cuadro, se aprecian las duraciones máximas de los contratos sujetos a modalidad:

8 Cabe anotar, que la falta de formalidad escrita imposibilita el cumplimiento de otros deberes como el registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (art. 73° del TUO del D. Leg. N° 728, LPCL) y la entrega de una copia del contrato al trabajador (art. 83° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el D.S. N° 001-96-TR).

Modalidad del contrato	Duración máxima	Base legal o jurisprudencial
Por inicio o incremento de actividad	3 años	Art. 57° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
Por necesidades del mercado	5 años	Art. 58° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
Por reconversión empresarial	2 años	Art. 59° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
Ocasional	6 meses	Art. 60° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
De suplencia	La que resulte necesaria	Art. 61° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
De emergencia	Coincide con la duración de la emergencia	Art. 62° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
Para obra determinada o Servicio específico	La que resulte necesaria	Art. 63° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
	8 años	Caso Runciman (Cas. N° 1809-2004)
Intermitente	Pueden ser permanentes	Art. 53° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL
De temporada	Pueden ser permanentes	Art. 53° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL

Puede apreciarse que sólo cuatro de las modalidades contractuales tienen un plazo máximo legal de duración (contrato por inicio o incremento de actividad, por necesidades del mercado, por reconversión empresarial y ocasional). En los demás casos, la legislación no ha fijado un límite temporal.

Por su parte, el artículo 74° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL, establece que el plazo máximo para celebrar contratos sucesivos bajo distintas modalidades, es de 5 (cinco) años.

> *"Artículo 74°.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por períodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.*
>
> *En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años."*

Muchas veces, se ha confundido el sentido de esta dispositivo para sostener que existe un límite temporal de 5 años que resulta aplicable a cualquier contrato sujeto a modalidad. Sin embargo, el supuesto contemplado en el artículo 74° es el de la suscripción de varias modalidades contractuales sucesivas, y no el de la celebración de una sola modalidad contractual[9].

4.3. La existencia de simulación o fraude a las normas

Siguiendo a Neves, "la simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito. Puede ser de dos tipos: absoluta y relativa. En la primera, las partes aparentan la constitución de un vínculo entre ellas allí donde no existe ninguno (artículo 190 del Código Civil). En la segunda, hay un vínculo disimulado tras la imagen de otro simulado, de naturaleza distinta o en el que se hace constar la participación de sujetos o se consigna datos falsos (artículos 191 y 192 del Código Civil). [...] La consecuencia de la simulación absoluta es la declaración de invalidez del vínculo falso, y la de la simulación relativa es la invalidez del elemento falso, y el acogimiento en sustitución del verdadero, siempre que sea lícito"[10].

De otro lado, el fraude a la ley consiste en la celebración indebida de un negocio jurídico al amparo de una norma (dispositivo legal de cobertura), para obtener un resultado que es prohibido por otra (dispositivo legal defraudado). La

9 Téngase en cuenta que tres de las modalidades contractuales tienen un plazo máximo inferior a 5 años (por inicio o incremento de actividad, por reconversión empresarial y ocasional) y cuatro pueden tener una duración superior a dicho plazo (de suplencia, para obra determinada o servicio específico, intermitente y de temporada).

10 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. p. 37 - 38. Un ejemplo de simulación absoluta en el ámbito laboral, tendría lugar cuando las partes fingieran la celebración de un contrato de trabajo para defraudar a EsSalud y obtener así ventajas indebidas en materia de seguridad social. En cambio, estaríamos ante una simulación relativa, en cualquier caso que se decidiera ocultar una relación bajo la apariencia de otra. Ibíd. p. 36 - 37.

sanción del fraude a la ley es la aplicación del dispositivo legal defraudado al negocio jurídico celebrado[11].

Puede efectuarse una simulación relativa para obtener un fraude a la ley. En este caso, el negocio jurídico oculto sería a la vez fraudulento[12]. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se celebra un contrato sujeto a modalidad para ocultar un vínculo laboral a plazo indeterminado (siendo el dispositivo legal de cobertura el artículo 53° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL[13], y el artículo 4° del mismo cuerpo normativo[14] el dispositivo legal defraudado). Aquí habría, además, una vulneración al principio de causalidad de la contratación temporal[15].

A nuestro entender, debe presumirse la existencia de simulación o fraude a las normas, cuando no se especifiquen cuáles son las causas objetivas que justifiquen la temporalidad del vínculo[16].

Al mismo tiempo, la falta de consignación por escrito de la causa del contrato constituye un incumplimiento del deber establecido en los artículos 72° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL, y 79° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR), entre otros.

Otro caso de fraude a la ley, sería el de la celebración de sucesivos contratos modales con reducidos intervalos entre sí, a fin de sobrepasar los plazos máximos permitidos.

11 Ibíd. p. 38. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. 2da. ed. Lima: Grijley, 1994. p. 398.

12 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Op. cit. Loc. cit.

13 Art. 53° del TUO del D. Leg. N° 728, LPCL:
"Artículo 53°.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes."

14 Art. 4° del TUO del D. Leg. N° 728, LPCL:
"Artículo 4°.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.
También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna."

15 El principio de causalidad supone "que las necesidades permanentes de la empresa habrán de ser cubiertas mediante contratos por tiempo indefinido, quedando relegada la contratación a término para la atención de necesidades ocasionales [temporales]. La contratación temporal se admite, pero a condición de que posea una justificación o causa adicional al mero acuerdo de las partes; por eso se habla muchas veces de contratos temporales causales para aludir a ellos". AGUILERA IZQUIERDO, Rafael. "El principio de "causalidad" en la contratación temporal". p. 99 - 122. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 33 (2001). p. 160. Los contratos sujetos a modalidad tienen un carácter excepcional. Ibíd. p. 100.

16 Una sentencia del Tribunal Supremo español (STS de 12 de mayo de 2000) excusó el defecto de no consignar la causa de temporalidad en el contrato, cuando se entienda que el trabajador es consciente del carácter temporal del vínculo. La admisión pacífica de este criterio sustentado en la buena fe de las partes, significaría que en adelante sería muy difícil exigir la inclusión de la causa objetiva en el contrato sujeto a modalidad. MARÍN CORREA, José María. "La contratación temporal". p. 51 - 66. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38 (2002). p. 58.

V. LA AUSENCIA DE ETAPA PROBATORIA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Según Castillo Córdova, los procesos constitucionales ofrecen "una protección más rápida y eficaz que el proceso ordinario, debido a la importancia del objeto de protección: los derechos fundamentales. Pero esta protección ni será más rápida ni será más eficaz que el proceso ordinario si no se prevé una tramitación especial. Un elemento que caracteriza esta tramitación especial es la ausencia de una etapa de actuación de pruebas, por lo que se requiere que la agresión del derecho fundamental sea manifiesta"[17].

En opinión de este autor, se debe declarar la procedencia del amparo siempre que se acredite en forma indubitable (es decir, sin que sea necesario actuar pruebas) la concurrencia de tres elementos:

1) Que esté en juego el contenido constitucional de un derecho fundamental.
2) Que quien se dice afectado, sea el titular de dicho derecho fundamental.
3) Que se haya producido la amenaza cierta e inminente o la violación del derecho fundamental[18].

Debemos anotar, sin embargo, que la ausencia de etapa probatoria no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de las diligencias que el juez de amparo considere necesario realizar, sin dilatar los términos (artículo 9° del Código Procesal Constitucional[19]).

VI. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

A continuación, revisaremos los criterios que se han aplicado en el caso Vásquez a propósito de las causales de desnaturalización:

a) La continuación de labores después del vencimiento del plazo estipulado

17 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo". p. 39 - 52. En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 11. N° 89 (feb. 2006). p. 46.

18 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser". p. 61 - 96. En: Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año I. N° 2 (ago. - dic. 2005). p. 78.

19 Art. 9° del Código Procesal Constitucional:
"Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria
En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa."

La sentencia indica que la demandante continuó laborando hasta junio de 2003, a pesar que su último contrato de trabajo tuvo como plazo de vigencia el período del 1 de febrero al 31 de marzo de ese año (fundamento 6).

El SENASA le habría remitido un memorándum a la accionante comunicándole que su último contrato vencía el 30 de junio de 2003 y que no sería renovado.

Por tales motivos, el Tribunal Constitucional considera que la extrabajadora continuó laborando hasta un mes después del vencimiento del plazo pactado.

Suponiendo que hubiera existido una causal objetiva que justificase la celebración de un contrato para obra determinada por dos meses (entre febrero y marzo de 2003), nos preguntamos si no sería posible que también se hubiese suscrito un contrato por el mes de junio de 2003 (el cual no hubiese sido adjuntado a la demanda)[20].

A fin de llegar a una certeza en torno a este punto, y en aplicación del artículo 9° del Código Procesal Constitucional, consideramos que la Sala Primera del Tribunal Constitucional estaba en el deber de requerir al demandado la presentación del contrato adicional que, según su propia versión, habría vencido el 30 de junio de 2003.

b) **La continuación de labores después del vencimiento del plazo máximo permitido**

En la sentencia se señala que la demandante "laboró por más de cinco años ininterrumpidos mediante contratos para obra o servicio, los cuales se celebran cuando así lo exige la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar" (fundamento 5).

Aunque el Tribunal Constitucional no llega a establecer que se hubiera producido una desnaturalización del contrato por esta causal, pareciera estar interpretando que el plazo máximo del contrato para obra determinada o servicio específico es de 5 años[21].

Como hemos visto, esta conclusión resulta contraria al mandato del artículo 63° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL, según el cual los

20 Según los antecedentes de la sentencia, "[e]l Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Agricultura contesta la demanda aduciendo que la demandante, al suscribir su último contrato de trabajo, tenía pleno conocimiento de cuando iba a vencer".

21 En ese sentido, el Tribunal Constitucional estaría retomando el criterio jurisprudencial de la vía ordinaria que fijaba en 5 años el plazo máximo de los contratos para obra (pese a que el mismo ha sido corregido desde el caso Runciman).

contratos para obra determinada o servicio específico pueden tener la duración "que resulte necesaria".

Cabe anotar, que en el caso Runciman únicamente se analizó esta causal, ya que al producirse el cese del trabajador existía un contrato vigente en el que se consignaba claramente cuál era el objeto que justificaba el contrato modal.

c) **La existencia de simulación o fraude a las normas**

La sentencia recaída en el caso Vásquez, indica "que de los contratos de trabajo sujetos a modalidad que obran en autos, no se aprecia que el Senasa haya consignado en forma expresa cuáles fueron las causas objetivas para contratar a la demandante, ni que haya especificado si la demandante fue contratada para trabajar en una obra determinada o para un servicio específico" (fundamento 6).

Opinamos que esta causal, por sí sola, resulta suficiente para fundamentar la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad en el caso Vásquez.

Es posible arribar a la misma conclusión, incluso en el caso en que existiese un hipotético contrato final por el mes de junio de 2003, y que el mismo incluyera una causa objetiva para la contratación a plazo fijo. Aquí, podría aplicarse el criterio de la jurisprudencia española según el cual debe tenerse en cuenta la validez de los contratos precedentes, a fin de determinar la licitud de un contrato temporal que es el final de una serie de ellos[22].

VII. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN DEFENSA DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE ENTRADA

A partir de sentencias como la del caso Vásquez, el Tribunal Constitucional estaría aceptando que la estabilidad laboral de entrada forma parte del contenido constitucional del derecho a la "adecuada protección contra el despido arbitrario" (artículo 27° de la Constitución Política del Perú).

Esta apreciación resulta válida, desde dos puntos de vista: uno formal y uno material. Desde un punto de vista formal, el propio Tribunal Constitucional ha establecido que "existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27 de la

22 Sentencias STS de 20 y 21 de febrero de 1997. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. "La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales". p. 151 - 183. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38 (2002). p. 159.

Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales" (Exp. N° 1417-2005-AA/TC, de 8 de julio de 2005, f. 11).

Siendo la ley un elemento que ayuda a determinar el contenido constitucional de los llamados "derechos fundamentales de configuración legal", "no todo contenido previsto legalmente debe ser considerado por esa sola circunstancia como [...] no amparable a través del proceso constitucional"[23].

Así, se puede afirmar válidamente que la regulación legal de la estabilidad laboral de entrada forma parte del contenido constitucional del derecho a la "adecuada protección contra el despido arbitrario".

Desde un punto de vista material, debemos recordar que las dos manifestaciones de la estabilidad laboral (de entrada y de salida) resultan indesligables entre sí, al punto que constituyen las dos caras de una misma moneda.

Concordamos con Sanguineti cuando indica que la protección exclusiva de la estabilidad laboral de salida sería insuficiente, ya que el empleador podría hacer uso de su superior poder de negociación para imponerle al trabajador la celebración de uno o varios contratos de duración determinada. En los hechos, esto significaría dejar a la arbitrariedad del empleador la fecha de conclusión del vínculo[24].

De lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que el amparo resulta procedente siempre que se acredite de manera indubitable la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, por alguna de las siguientes causales:

a) La continuación de labores después del vencimiento del plazo estipulado.
b) La continuación de labores después del vencimiento del plazo máximo permitido (siempre que el límite se encuentre previsto).
c) En el caso del contrato para obra determinada o servicio específico, la continuación de labores luego de concluida la obra o el servicio materia del contrato.
d) En el caso del contrato de suplencia, la continuación de labores luego de vencido el término legal o convencional, sin que se haya producido la reincorporación del titular del puesto sustituido.
e) La existencia de simulación o fraude a las normas (por ejemplo, cuando se celebra un contrato sujeto a modalidad sin indicar la causa objetiva que lo justifique).

23 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo". Op. cit. p. 49.

24 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "El derecho de estabilidad en el contrato de trabajo en la Constitución Peruana". p. 83 - 142. En: Trabajo y Constitución. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989. p. 90 - 91.

BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILERA IZQUIERDO, Rafael.**
  "El principio de "causalidad" en la contratación temporal". p. 99 - 122.
  En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 33 (2001).
- **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.**
  "Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo". p. 39 - 52.
  En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 11. N° 89 (feb. 2006).
- **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.**
  "El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser". p. 61 - 96.
  En: Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año I. N° 2 (ago. - dic. 2005).
- **LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo.**
  El negocio jurídico. 2da. ed.
  Lima: Grijley, 1994. 629 p.
- **MARÍN CORREA, José María.**
  "La contratación temporal". p. 51 - 66.
  En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38 (2002).
- **NEVES MUJICA, Javier.**
  Introducción al Derecho Laboral. 1era. ed.
  Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. 150 p.
- **NEVES MUJICA, Javier.**
  "La estabilidad laboral en la Constitución de 1993". p. 45 - 54.
  En: Lecturas sobre temas constitucionales. Lima. Comisión Andina de Juristas. N° 11 (dic. 1995).
- **SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo.**
  "El derecho de estabilidad en el contrato de trabajo en la Constitución Peruana". p. 83 - 142.
  En: Trabajo y Constitución. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989.
- **SEMPERE NAVARRO, Antonio V.**
  "La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales". p. 151 - 183.
  En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38 (2002).

"LOS RETROCESOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA PÚBLICA CON LOS MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL"

*Orlando González Nieves**

Sumario

I. Introducción. II. El rol señero del Tribunal Constitucional en la creación de la jurisprudencia constitucional-laboral y de la seguridad social. III. Evaluación de las sentencias del TC en cuanto a la conversión de los procesos de amparo en procesos contencioso administrativos. 3.1. Entornos fundamentales del proceso de amparo. 3.2. Entornos fundamentales del proceso contencioso administrativo. IV. La homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del Poder Judicial: breve síntesis y situación actual. V. El reconocimiento del derecho a la homologación vía procesos de amparo y de cumplimiento antes del cambio de criterio del TC. VI. Retrocesos y cambios de puntos de vista del TC al declarar infundados los procesos de cumplimiento sobre homologación y disponer se tramiten en vía de proceso contencioso administrativo. 6.1. Las variaciones del TC en el tratamiento general de los procesos de cumplimiento. 6.2. Las variaciones del TC en el tratamiento de los procesos de cumplimiento en materia de homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública. VII. Evaluación, problemas y perspectivas de la aludida variación jurisprudencial. VIII. Reflexiones conclusivas. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, al igual que el Derecho Constitucional y Procesal Constitucional han evolucionado hermanada o mancomunada y raudamente en estos últimos años, delimitando sus predios, compartiendo sus temores y debilidades, criticándose o autocriticándose, retro alimentándose y, con gran peso académico, aportando al desarrollo de las especialidades jurídicas involucradas, para beneplácito de todos sus cultores.

El tema de la homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria pública es políticamente espinoso y socialmente incuestionable porque ha sido incumplido durante más de dos décadas sin que nadie le de importancia, poniendo en tela de juicio la eficacia de todo el sistema normativo y de los instrumentos procesales que deben contener la arbitrariedad y los excesos u omisiones de la Administración. De allí que la aparición de estos reclamos en sede constitucional, en "in crescendo" cuantitativo y cualitativo, primero en la vía del amparo, luego en la del cumplimiento, últimamente ha sido objeto de una jugada maestra, al degradar las justas reivindicaciones del profesorado universitario en el terreno procesal, pasándolas de los procesos constitucionales a un proceso constitucionalizado como es el contencioso administrativo.

Tiene el TC múltiples razones de peso, técnico-jurídicas y de otra índole, para justificar su cambio de posiciones, éstas deben merecer otro tipo de análisis. Entendemos que también esta en juego una razón de carga procesal o estadística, ya que desde 1996 hasta lo que va del 2006 han ingresado por Mesa de Partes 5,330 procesos de cumplimiento y 27,545 procesos de amparo, de un total de 39,357 expedientes, y se ha emitido sentencia, en el mismo periodo, en 4,301 procesos de cumplimiento y 17,516 procesos de amparo, de un total de 30,897 expedientes; es decir, la carga procesal está compuesta en un 13.54 % y 69.98 % del total de expedientes ingresados y un 13.92 % y 56.69 % de expedientes sentenciados por procesos de cumplimiento y de amparo, respectivamente[1]. Lamentablemente, no pudimos tener acceso a las memorias anuales, ya que probablemente allí hubiéramos encontrado

* Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo y Universidad Privada Antenor Orrego, y de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo.

1 www.tc.gob.pe. pág. de Estadísticas consultadas en el portal el 17.09.06. El cálculo es nuestro.

confirmada nuestra sospecha de que la mayoría de expedientes en ambos procesos corresponden a materia previsional y laboral.

El asunto se complica de manera natural porque hay una especie de hermandad o cercanía especial y visible entre los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento y el proceso contencioso administrativo. Probablemente por dicho motivo Priori Posada sostiene que debe tenerse presente el hecho que el proceso administrativo se presenta conjuntamente con los procesos constitucionales y con el proceso de cumplimiento, como las únicas vías procesales a través de las cuales se puede realizar un control de la actuación de la administración pública[2].

En el contexto precitado, esta ponencia intenta sintetizar los avances doctrinales y jurisprudenciales que sirven de marco de referencia a la variación jurisprudencial respecto al trato de las demandas constitucionales de la docencia universitaria pública en materia de homologación de remuneraciones, detalla sucintamente los últimos cambios que se han producido en el TC en el tratamiento de los procesos de amparo y de cumplimiento. hace un enjuiciamiento crítico sobre el particular y trata de presentar unas reflexiones conclusivas preliminares.

II. EL ROL SEÑERO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CREACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL – LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Según dispone el art. 201 de la Constitución peruana, el TC es el órgano de control de la Constitución. En vía de desarrollo el art. 1 de la Ley N° 28301, de 27.07.04 (Ley Orgánica del TC) prescribe que es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es más, la primera y segunda disposición transitoria prescriben 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 TC en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad"; y que "Los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la

2 PRIORI POSADA, Giovanni: "Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo", Tercera edición, Ara Editores, Lima, 2006, p. 85 a 86.

Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional". De ese modo, tal como señala Canosa para el caso de la justicia constitucional española, hay una conexión incuestionable e intensa entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria peruana, al punto que los jueces ordinarios son también jueces constitucionales en lo que se refiere al control difuso, ya que el control concentrado corre a cargo del TC (el proceso de amparo resulta ser la vía de conexión plena y acabada entre el TC y los tribunales ordinarios, ya que ambos órdenes jurisdiccionales comparten la tutela de los derechos fundamentales, pronunciándose primero la jurisdicción ordinaria y luego la constitucional).[3]

De lo dicho se deduce que el T C tiene una responsabilidad holística en cuanto al control de la constitucionalidad[4], razón por la que se ve obligado a actuar en casi todas las ramas y especialidades del derecho. En el campo laboral y previsional su producción - con altos y ejemplares grados de responsabilidad académica y de profesionalismo en algunos casos, y con fallos controvertidos y/o desacertados en otros casos - podría decirse que es ubérrima, tanto en el régimen laboral de la actividad privada como en el régimen de la actividad pública, a tal punto que deja deslucido al Congreso de la República por su inoperancia, lentitud y a veces falta de recursos técnicos y políticos para dar respuesta a los grandes problemas y necesidades del Derecho del Trabajo y de los actores laborales.

La jurisprudencia constitucional especializada en materia laboral y previsional es abundante y de grandes contenidos. Abundante porque, en nuestro modesto entender, no hay especialidad jurídica en el país que haya dado lugar a sentencias tan extensas, explicativas y hasta pedagógicas. De grandes contenidos porque abordan problemas cruciales del Derecho del Trabajo y de

3 CANOSA USERA, Raúl: "Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España", EN "Derecho Procesal Constitucional", Susana Castañeda, Coordinadora; Jurista Editores, E.I.R.L., Primera edición, Lima, marzo de 2003., pp. 87 a 132.

4 En el fundamento 3 de la sentencia de 29.09.05 (Exp. N° 0168-2005-PC/TC, seguido por Maximiliano Villanueva Valverde contra la O.N.P., sobre procesos de cumplimiento, el Tribunal Constitucional ha sostenido: "La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y "lo constitucional" derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el T.C., a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no solo en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución". Vid.: Gaceta Jurídica: "Diálogo con la Jurisprudencia", N° 88, enero 2006, año 11, p. 44.

la Seguridad Social, desarrollan nuevos enfoques y concepciones teóricas que ponen en entredicho a la legislación y la doctrina juslaboral, a tal punto que hasta han servido para dictar cátedra y avivar la polémica y las pasiones entre los especialistas y toda suerte de sectores involucrados con el mundo del trabajo.

Los ámbitos cubiertos son amplísimos, de modo que los pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional no solo han desarrollado casi todos los principios del Derecho del Trabajo (norma más favorable, condición más beneficiosa, in dubio pro operario, irrenunciabilidad de derechos, primacía de la realidad, no discriminación, continuidad, etc.), sino los derechos inespecíficos laborales, los derechos fundamentales del trabajador, la contratación laboral en general y los contratos de servicios no personales en forma específica, el poderde dirección y el "ius variandi", la jornada de trabajo y sus entornos, la conceptuación de la remuneración y otros aspectos de la contraprestación, diversas causas de extinción del contrato de trabajo, como son la edad de jubilación, las causas justas y causas objetivas, la adecuada protección contra el despido arbitrario, los nuevos desarrollos sobre el despido arbitrario, nulo e indirecto, los alcances y contenidos del derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga, los derechos en materia de seguridad social, con especial y amplio tratamiento del derecho pensionario, tanto en el régimen del D.L. 19990 como en el del D.L. 20530, etc.[5]

III. EVALUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CUANTO A LA CONVERSIÓN DE LOS PROCESOS DE AMPARO EN PROCESOS CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVOS

3.1 Entornos fundamentales del proceso de amparo

Después de la acción de inconstitucionalidad el proceso de amparo es uno de las más importantes y usados como garantía constitucional. Ha tenido gran protagonismo en el desarrollo del Derecho del Trabajo y el Derecho de la

5 Vid, entre otros, ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: "Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional", primera edición , Lima, octubre 2004.

Seguridad Social, pero a su vez, el Derecho Constitucional ha recibido grandes influencias venidas de los predios trabajistas, de extraordinarias dimensiones y consecuencias.

En suma, tutela los derechos fundamentales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el habeas data. Abad Yupanqui, en breve comentario al artículo 200, inc. 2 de la Constitución[6], sostiene que también tutela los derechos fundamentales que no están ubicados en el Cap. I de aquella y los derechos "implícitos" que no se encuentran expresamente reconocidos, pero que derivan de la dignidad del ser humano.

Uno de los cambios más notorios de su regulación está en el abandono del sistema alternativo y su reemplazo por el sistema residual o subsidiario. Esto es importante porque evita lo que hemos podido apreciar todos estos años: la "ordinarización del amparo", o, lo que es lo mismo, "la amparización inesperada de todo el ordenamiento jurídico", ya que el olvido de su naturaleza sumaria y urgente han propiciado una especie de incontinencia procesal[7].

La "desamparización" vertiginosa del derecho ha venido no solo por obra y gracia del Código Procesal Constitucional, sino por vía de la jurisprudencia en la famosa sentencia de fecha 08.07.05, pronunciada por el TC en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC, más conocido como el "caso Anicama", donde se estableció que sus fundamentos 37, 54, 55, 56, 57 y 58 tenían carácter vinculante y que en síntesis se refieren a lo siguiente:

1.- Cuáles son los fundamentos o criterios sobre la procedibilidad o contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (dichos criterios son: las disposiciones legales que establecen requisitos para el libre acceso al sistema de seguridad social en la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al periodo de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones; cumplimiento de las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención del derecho a pensión al momento de presentarse la contingencia; por su estrecha relación con el derecho a la vida, forman parte del contenido esencial las pretensiones que buscan preservar el

6 GACETA JURIDICA-CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución Comentada". Tomo II. Obra Colectiva. Primera edición. Lima, 2005, pp. 1072 a 1079.

7 SAENZ DAVALOS, Luis: "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo", en obra colectiva de CASTAÑEDA OTSU, Susana, y otros: "Introducción a los procesos constitucionales" Comentarios al Código Procesal Constitucional. Temas de Derecho Procesal Constitucional 1. Primera edición. Jurista Editores EIRL, Lima, 2005, pp. 133 a 134.

derecho concreto a un mínimo vital; las pensiones de sobrevivencia no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, si se deniega su otorgamiento son susceptibles de protección a través del amparo; en la medida que el valor de la igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, en los casos que haya distinto tratamiento a pensionistas que se encuentran en situaciones idénticas o análogas, serán protegidos a través del proceso de amparo; para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto debe estar suficientemente acreditado; y, por último, las disposiciones sobre reajustes pensionarios y topes pensionarios máximos no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión y deben ventilarse en la vía judicial ordinaria).

2.- Las demandas declaradas improcedentes según el fundamento anterior serán remitidas al juez de origen y luego al juez contencioso administrativo para que admita la demanda y en aplicación del principio de suplencia otorgue un plazo razonable para la adecuación de la demanda según las reglas de la etapa postulatoria del PCA; si no hay adecuación se archivará el proceso.

3.- En aplicación del principio "pro actione", si es que en el expediente obra escrito en el que la administración contradiga la pretensión, el juez no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

4.- Los expedientes donde no sea posible verificar si la administración se ratificó o no en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el derecho fundamental a la pensión, no serán remitidos al juez contencioso administrativo porque en ellos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa, por lo que para presentar la demandada los interesados deberán agotar dicha vía previa.

5.- En aplicación del principio de favorecimiento del proceso, los jueces no podrán rechazar liminarmente la demanda por incertidumbre en el agotamiento de la vía previa, tampoco podrán hacerlo cuando tienen duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda.

6.- Como la administración o entidad donde prestó servicios el ex-trabajador tienen más acceso a los medios probatorios, no se puede desestimar la demanda por falta de aquellos, siendo obligación del juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes y, si estos no se presentan después de los apercibimientos del caso, deberá extraer sus propias conclusiones y aplicar el art. 282 del C.P.C.

Como se puede apreciar, esta sentencia es novedosísima y ha dado origen origen a grandes polémicas teóricas manifestadas en múltiples artículos publicados en diferentes libros y revistas, para beneplácito de los académicos, de los propios magistrados y de los operadores del derecho. A continuación, a guisa de ejemplo, glosaremos en síntesis algunos puntos de vista.

Abanto Revilla considera adecuado que la sentencia emitida en este caso resulte un paso trascendental para que el proceso de amparo recupere su carácter residual y se inicie una etapa de "desamparización" de las acciones previsionales, las mismas que deben pasar a la vía judicial ordinaria de lo contencioso administrativo; sin embargo, ve con ojos críticos los aspectos relativos al manejo de los procesos en trámite, ya que considera el TC ha cometido un error al crear un ordenamiento legal paralelo y excepcional en lo administrativo contencioso para dicha materia, exonerando de los requisitos de la vía previa y los plazos de caducidad y prescripción a los pensionistas, con la finalidad (política, no jurídica) de compensar en parte la restricción en el acceso de los mismos a la sede procesal constitucional del amparo.[8]

Luna Gálvez valora positivamente el esfuerzo emprendido por el TC al devolverle al amparo el carácter excepcional y residual que siempre debió tener, ello constituye un paso fundamental de cara al fortalecimiento de nuestro sistema de protección constitucional de derechos.[9]

Lama More, enjuiciando el caso Anicama Hernández, señala que el TC ya anteriormente ha aplicado algunas veces la técnica del cambio de orientación jurisprudencial para los hechos que se presenten con posterioridad. En su versión sajona, cita el TC, a tal técnica se le conoce como el "prospective overruling", es decir, que el cambio o variación jurisprudencial debe ser aplicado a los supuestos que se presenten en adelante y no a los actuales, regla que es sana y razonable según dicho autor. Sin embargo, el TC ha cambiado las reglas procesales de los procesos en trámite, y al variar los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia previsional, se ha producido de facto la modificación de la competencia que tenían los órganos jurisdiccionales al comienzo de dichos procesos, ello es grave y preocupante. El efecto de la sentencia será el inmediato y masivo desplazamiento de causas de los juzgados

8 ABANTO REVILLA, César: "El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión y la "desamparización" previsional", en: "Actualidad jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, agosto, 2005, pp. 246 a 249.

9 LUNA CEVANTES, Eduardo: "Avances de la jurisprudencia constitucional en la residualidad del amparo", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, Año 11, agosto, 2005, pp. 39 a 45.

y salas civiles de Lima y del TC a los juzgados contencioso-administrativos, con la consiguiente afectación de los demandantes y sobresaturación de procesos en los mencionados juzgados (según su cálculo, pasarían más de 5,000 expedientes a los cuatro juzgados contencioso-administrativos de la Corte Superior de Lima)[10].

Ariano Deho, después de desarrollar la premisa del terremoto provocado por la sentencia del TC en este caso, da sus impresiones de procesalista señalando como "alarmante" que el TC considere que tiene "autonomía procesal", sus críticas procesales son profundas y consistentes, desarrolla el "revirement" del TC en materia pensionaria y su carácter de extraño "precedente", porque a su ver el fundamento 37 de la aludida sentencia no es un precedente, que el TC no tiene autonomía procesal y termina señalando que nadie puede ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley[11].

3.2. Entornos fundamentales del proceso contencioso administrativo

En definición de Diez, discutida por Morón, el proceso contencioso administrativo (PCA) es el medio procesal instaurado para satisfacer, con intervención de un órgano judicial y aplicando principios de derecho administrativo, las pretensiones de los particulares afectados en sus derechos o intereses por la actuación administrativa del Estado[12]. Priori Posada lo conceptúa como el "medio a través del cual el Poder Judicial controla la constitucionalidad y la legalidad de la actuación administrativa (no cualquier actuación administrativa, sino solo aquellas que se encuentren sujetas al derecho administrativo) brindando, además, una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los administrados que pudieran haberse lesionado o que se hallen amenazadas por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal"[13].

10 LAMA MORE, Héctor: "Los dramáticos efectos de una sentencia vinculante", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, agosto, 2005, pp. 46 a 49.

11 ARIANO DEHO, Eugenia: ¿Principio del "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional?". Algunas glosas a la sentencia del "caso Anicama", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 85, octubre, 2005, pp. 33 a 37.

12 Citado por MORON URBINA, Juan Carlos: "Derecho Procesal Administrativo", Primera edición, Página Blanca Editores, Lima, 1997, p. 347.

13 PRIORI POSADA, Giovanni: op. cit., p. 85.

El hito más importante dentro del desarrollo del PCA se encuentra en el art. 240 de la Constitución de 1979, y como no hubo ley de desarrollo constitucional fue el D.S. 037-90-TR el que reguló dicho proceso. Otro antecedente importante está contenido en el Código Procesal Civil de 1993, que lo reguló como "impugnación de acto o resolución administrativa". El avance fue sustancial, pero a decir de Priori Posada, tuvo dos problemas: a) regulaba dentro del proceso civil otro proceso de distinta naturaleza, y, b) El CPC, al momento de regular el PCA, dispuso en su art. 540 que la demanda tenía por finalidad se declare la invalidez o ineficacia de un acto administrativo, lo que llevó a pensar que en este proceso solo era posible un control de legalidad del acto como en el viejo sistema francés, y que la labor del P.J. se vería restringida a ello, sin que pudiera pronunciarse sobre el fondo de la decisión administrativa; esta interpretación la considera incorrecta porque la Constitución de 1993 consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el PCA no solo procura el control del acto administrativo, sino que debía brindar una tutela efectiva a las situaciones jurídicas de los particulares[14].

Espinoza Saldaña ha señalado lúcidamente, luego de promulgado el Código Procesal Constitucional (Ley 28237), que una de sus probables repercusiones sería que muchos conflictos antes resueltos mediante la acción de amparo pasarían necesariamente a ser abordados previamente por otras vías, especialmente el PCA que sin ninguna duda sería una de las más utilizadas, a pesar de sus grandes limitaciones[15].

El mismo Espinoza-Saldaña, a propósito de la comparación entre los procesos contencioso administrativos peruano y español, analiza con detalle la finalidad, pretensiones tuteladas, actuaciones impugnables, procedencia o improcedencia de las demandas con el agotamiento de la vía administrativa como requisito, requisitos especiales o adicionales de admisibilidad, vía procedimental, actividad probatoria, determinación de la carga de la prueba, medidas cautelares, sentencia, impugnación y ejecución, todo lo cual da una visión más amplia de los contornos y vía crucis de este tipo de reclamaciones procesales.[16] Finalmente, se promulgó la Ley N° 27584, de 07.12.01, sobre el PCA.

14 Ibid., pp. 53 a 55.

15 ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: "El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y en España al respecto", en "Temas actuales de Derecho Administrativo". Obra colectiva. Jorge Luis Collantes González y Javier Junceda Moreno (Coord.). EDITORA Normas Legales SAC, Trujillo, Perú, 2006, p. 300.

16 Ibid., pp. 295 a 370.

Jorge Danós Ordóñez, al comentar el art. 148 de la Constitución, además de otras, precisa en nuestro concepto tres aspectos muy importantes:

a.- Que entre los dos grandes sistemas de control jurisdiccional de la administración pública (el sistema no judicialista, especializado, ajeno a los órganos jurisdiccionales ordinarios, tal el caso del Consejo de Estado en Francia, y el sistema judicialista, que controla la administración desde dentro de la estructura del P.J.), el Perú ha optado por el segundo, de allí la existencia de jueces y salas especializadas en la materia;

b.- Que el PCA ha sido consagrado constitucionalmente en el art. 148 de la Carta Magna y cumple los siguientes objetivos: 1. Garantiza el equilibrio de poderes del Estado, ya que las decisiones administrativas pueden ser revisadas a pedido de los interesados en otro poder distinto y autónomo como es el P.J.; 2. Refuerza el principio de legalidad que fundamenta a la administración pública; 3. Consagra el derecho subjetivo de los particulares para cuestionar ante el P.J. las decisiones administrativas que les afecten, lo que constituye un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva frente a la administración, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos; 4. Establece una tácita reserva constitucional para que el control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa se realice a través del procedimiento en estudio, a excepción de los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales que sirven también subsidiariamente para el control de las acciones administrativas; y, 5. Se proclama la universalidad del control, de modo que se impide al legislador aprobar normas que excluyan determinadas actuaciones administrativas del ámbito del citado proceso declarándolas exentas o inmunes a un eventual control constitucional.

c.- Enfatiza que el PCA es diferente de la naturaleza de los procesos constitucionales previstos en el art. 200 del texto constitucional, por las sgtes. Razones: 1. Su objeto directo no es el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, ni tampoco la sola protección de los derechos constitucionales, porque pueden cuestionar todo tipo de actuaciones administrativas por cualquier motivo de contrariedad al derecho, enjuiciando la inconstitucionalidad o la ilegalidad de las actuaciones administrativas impugnadas o demandar el reconocimiento de derechos incluso de origen legal no solo constitucional; 2. El PCA es un proceso ordinario, específico y preferente para el control jurídico de las decisiones administrativas, con posibilidad e actuar ampliamente los medios probatorios (en regla general el proceso contencioso administrativo se tramita por la vía del proceso abreviado y se le aplica supletoriamente el Código Procesal

Civil, solo cuando se formule como pretensión que el juez ordene a la administración pública el cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo previo o que enmiende su inercia cuando está obligado a realizar una actuación, se tramita por la vía del proceso sumarísimo), mientras que el proceso constitucional es un remedio extraordinario para la protección inmediata o urgente de los derechos amenazados o vulnerados, sometidos a plazos muy breves y carentes de etapa probatoria; 3. Finalmente, conforme al penúltimo párrafo del art. 200 de la Constitución, se ha establecido una reserva de ley orgánica para la regulación del trámite de los procesos constitucionales, requisito formal inexistente en el PCA que puede ser objeto de regulación por una ley ordinaria[17].

Desde la perspectiva procesal, hay dos sentencias señeras que han trocado, por mandato del T.C., los procesos de amparo y de cumplimiento en procesos contencioso administrativos. Nos estamos refiriendo a los famosos casos Anicama Hernández y Villanueva Valverde, que ya hemos comentado ligeramente en los ítems N° 3.1. y 6.1.

IV. .LA HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA PÚBLICA CON LAS DE LOS MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL: BREVE SÍNTESIS Y SITUACIÓN ACTUAL

El art. 53 de la Ley Universitaria N° 23733, de fecha 09.12.83, dispuso la homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del Poder Judicial; sin embargo, viene siendo incumplido desde hace 23 años. En vista de los pronunciamientos emitidos por el TC y la avalancha de reclamos constitucionales interpuestos por la docencia universitaria ante los órganos jurisdiccionales, fue dejado en suspenso por la Décima D. F. de la Ley N° 28427 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005 - dentro de la Ley Marco del Empleo Público N° 28175 y en tanto se implemente la Ley del Sistema de Remuneraciones del Empleo Público.

La jugada política del Gobierno de entonces no prosperó debido a la férrea resistencia y lucha gremial e institucional universitaria, por lo que su vigencia fue restituída por la Ley N° 28602, de fecha 10.09.05, que derogó la 10ª D.F. de la Ley

17 GACETA JURIDICA-CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución comentada". Obra colectiva. Director Wálter Gutiérrez, Tomo II, Imprenta Editorial El Buho, EIRL, Lima, 2005, pp. 702 a 709.

28427 y dispuso un Programa de Homologación Progresiva en un plazo de 60 días, a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas y la Asamblea Nacional de Rectores. El D.S. N° 121-2005-EF, de 16.09.05, dispuso la formulación del programa de homologación creándose una Comisión con dicho fin, compuesta por representantes de el MEF, la ANR y el Ministerio de Educación. Dicho programa debía contener los costos, forma de financiamiento, periodo de aplicación, requisitos para acogerse, evaluaciones de desempeño, verificación del cumplimiento de metas y otras medidas que sean necesarias para su mejor aplicación. Dentro del inicio del programa se dispuso se tomen en cuenta los incrementos dispuestos por el D.S. N° 106-2005-EF, de 27.08.05, que incrementó la asignación especial mensual de los docentes universitarios principales, asociados, auxiliares y jefes de práctica a dedicación exclusiva o tiempo completo en cantidades ínfimas.

El Decreto de Urgencia N° 033-2005, de fecha 21.12.05, estatuyó nuevas formas de aplicar la homologación y, en el año en curso se ha aprobado su reglamento por D.S. N° 019-2006-SF, de 17.02.06.

Respecto del proceso técnico, los contenidos de la homologación y los aspectos comparativos de las remuneraciones y otros conceptos aleatorios percibidos por la docencia universitaria pública y los magistrados del P.J. hemos publicado un artículo en una revista especializada[18]. En síntesis, somos del criterio que se debe homologar en serio dichas remuneraciones, no con la burla y los subterfugios con los que se viene haciendo en la actualidad, sino mediante un proceso técnico serio, justo y responsable, que debería tener en cuenta lo siguiente:

a.- Modificar el sistema salarial de los dos sectores profesionales involucrados teniendo en cuenta las modificaciones generales de las remuneraciones de todos los servidores de la administración pública mediante la dación con el carácter de urgencia de dos nuevas Leyes Generales, una sobre la Carrera Pública Administrativa y las Carreras Especializadas, y otra sobre las Remuneraciones del Sector Público, que incluyan a todas las carreras privativas o especializadas, respetando las especificidades de cada una y dentro de la cual la remuneración total permanente (RTP) debería desaparecer como categoría remunerativa por su frondosidad e inequidades, debiendo reemplazarse por una

18 GONZALEZ NIEVES, Orlando: "La polémica homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del Poder Judicial en el Perú" (La desnaturalización política de un proceso técnico largamente postergado), en: "Iuris Lex Societas", Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Año I, Nro.1, Trujillo, Perú, marzo 2006, pp. 181 a 226.

"remuneración única" o un concepto similar, que incluya los conceptos "aleatorios" o "adicionales" a dicha RTP, porque presentan diferencias muy amplias o importantes;

b.- Estudiar con seriedad y regular a la mayor brevedad las que serían las auténticas "remuneraciones especiales", entendiendo por estas a las sumas que se perciben no solo por el trabajo, en dinero o en especie y que son de libre disposición del trabajador, sino que se caracterizan porque están íntimamente vinculadas a las especiales condiciones en que se realiza el trabajo, condiciones que diferencian el contenido de la prestación de unos trabajadores frente a otros; tienen relación directa con la naturaleza intrínseca de la labor, razón por la que no pueden generalizarse o extenderse a otros trabajadores que no realizan las mismas actividades, aún cuando laboren dentro del propio sub-sector y estén indirectamente vinculados a las labores especiales de los titulares de aquellas; se deben abonar a todos aquellos que realizan idénticas labores; en regla general pueden tener la naturaleza de remuneraciones ordinarias, habituales o permanentes, pero también pueden ser por excepción periódicas; por su carácter de remuneración complementaria de la principal, no pueden tener naturaleza no salarial; y, por último, las remuneraciones especiales o complementarias no pueden ni deben ser en aproximativos, similares o mayores porcentajes que la remuneración principal, porque ello es antitécnico. Ninguna auténtica remuneración especial debe ser sometida al proceso técnico de homologación porque desvirtuaría su propio carácter y contenido intrínseco o esencial; y,

c.- Deben homologarse las remuneraciones periódicas (sin incluir en ellas las que son auténticas remuneraciones especiales de cada sector), como son los aguinaldos de fiestas patrias y navidad, la remuneración compensatoria por tiempo de servicios y la asignación por antigüedad.

V. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA HOMOLOGACIÓN VÍA PROCESOS DE AMPARO Y DE CUMPLIMIENTO ANTES DEL CAMBIO DE CRITERIO DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC tiene múltiples pronunciamientos sobre el tema que nos ocupa, tanto en vía del proceso de amparo como en el proceso de acumplimiento. Veamos algunos de ellos:

1.- Exp. N° 256-2002-AA/TC. Sentencia del TC de 16.10.02, en los seguidos por don Juan Enrique Pestana Uribe contra la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, sobre acción de cumplimiento del art. 53 de la Ley

Universitaria, a fin de que se homologuen sus remuneraciones de docente universitario con las de un magistrado de su categoría. El Tercer Juzgado Civil de Huacho había declarado improcedente la demanda por sentencia del 05.11.01, señalando que la homologación alteraría el Presupuesto General de la República; la Sala Civil de la Corte Superior de Huaura, con fecha 16.01.02, confirmó la sentencia apelada.

El TC revocó el fallo de segunda instancia y declaró fundada la demanda, siendo sus argumentos más importantes en nuestro modo de ver los siguientes: a) La no homologación es un incumplimiento funcional que viola los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución; b) El pago de haberes es inexcusable si se tiene en cuenta el art. 109 de la Constitución que prescribe la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación.; c) El incumplimiento obstaculiza la consecución de los objetivos de la educación universitaria, ya que inhibe a los mejores profesionales de incorporarse a la tarea docente y desalienta a los que la ejercen en sus áreas de enseñanza, investigación y proyección social; d) Afecta el orden social y jurídico del país y al Estado de Derecho que se sustenta en la supremacía constitucional, por lo que en nuestro ordenamiento no existe precepto que pueda enervar el cumplimiento del pago de una remuneración a un docente universitario tal como lo dispone la Ley 23733; y, d) Según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretan en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la ley. Lo que si llamó la atención en dicha sentencia, por su incongruencia, es que el Tribunal señaló que la demandada si podía funcionalmente homologar las remuneraciones en uso de sus atribuciones y competencias, pero que eso era independiente de la autorización del pago o no de las mismas.

2.- Exp. N° 565-99-AC/TC. Sentencia del TC de 31.03.02, en los seguidos por don Mauro Concha Pérez, Rector de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, contra el Ministro de Economía y Finanzas, sobre acción de cumplimiento. Para que cumpla el art. 53 de la Ley Universitaria. El Cuarto Juzgado Civil del Cusco declaró improcedentes las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, de representación defectuosa del demandante y de caducidad, y fundada la demanda por sentencia de 31.08.98, pero la Primera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco la revocó y declaró improcedente por sentencia de 29.04.99.

El TC confirmó la recurrida considerando un mero argumento formal, sin entrar en ningún detalle sobre el fondo del asunto, ya que simplemente la rechazó porque el demandante no había cumplido con hacer el requerimiento notarial al Ministro de Economía, previsto en el art. 5, inc. c) de la Ley 26301, vigente en esa época, por tanto, no se había agotado la vía previa.

3.- Exp. N° 0784-2002-AC/TC. Sentencia del TC de 05.12.02, en los seguidos por don Félix Ortiz Castillo contra el Rector de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, sobre acción de cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733, ya que como Profesor Principal de la Facultad de Comunicación Social y de Idiomas, con más de 30 años de servicios no le pagaban lo que corresponde, recurriendo al fácil expediente de la insuficiencia presupuestaria. El Primer Juzgado Civil del Cusco, por sentencia de 17.09.01, declaró improcedente la demanda por considerar que no le correspondía al demandado, Rector de la referida Universidad, realizar la homologación, sino que es el Ministerio de Economía y Finanzas el encargado de dar cumplimiento a la obligación legal. La segunda instancia confirmó la apelada por los mismos fundamentos. El TC revocó la recurrida y declaró improcedentes las excepciones de caducidad, falta de legitimidad para obrar de la demandada y falta de agotamiento de la vía administrativa, fundada la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante y fundada la acción de cumplimiento.

4.- Exp. N° 1951-2003-AC/TC. Sentencia del TC de 23.04.04, en los seguidos por don José Artemio Olivares Escobar en sus condición de Rector, por derecho propio y en representación de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, contra el Ministerio de Economía y Finanzas, sobre acción de cumplimiento del art. 53 de la Ley Universitaria. El Segundo Juzgado Civil del Cusco, por sentencia de 25.02.03, declaró fundada la demanda por considerar la norma invocada como autoaplicativa. La Segunda Sala de la Corte Superior del Cusco, con fecha 19.05.03, revocó la apelada y declaró improcedente la acción de cumplimiento.

El TC declaró fundada la demanda entendiendo que ésta era a título personal y no en representación de los docentes de dicha Universidad, y volvió a reiterar los criterios establecidos en el caso Juan Enrique Pestana Uribe (Exp. N° 256-2002-AA/TC). Además, conforme a lo establecido en la sentencia recaída en el Exp. N° 784-2002, estipuló que la homologación debía hacerse según lo establecido por el Presupuesto General de la República y los lineamientos del D.U. N° 114-2001, que disponen el reconocimiento de gastos operativos a los

magistrados y fiscales del sistema judicial, al no tener estos carácter previsional o remunerativo, ni servir de base para el cálculo de ningún beneficio.

Hay que reconocer que los docentes y las autoridades de la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco han sido los primeros en dar interesantes y persistentes batallas legales sobre la homologación.

VI. RETROCESOS Y CAMBIOS DE PUNTOS DE VISTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL DECLARAR INFUNDADOS LOS PROCESOS DE CUMPLIMIENTO SOBRE HOMOLOGACIÓN Y DISPONER SE TRAMITEN VÍA EL PROCESO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

6.1. Las variaciones del Tribunal Constitucional en el tratamiento general de los procesos de cumplimiento

La polémica doctrinal sobre las evoluciones en la concepción del proceso de cumplimiento se ha desarrollado, en síntesis, más o menos del siguiente modo:

a.- El proceso de cumplimiento tiene por objeto garantizar que los particulares puedan defender sus derechos e intereses subjetivos consagrados en normas con rango de ley o en actos administrativos, como consecuencia de los incumplimientos en los que incurren respecto de aquellos ciertas autoridades o funcionarios públicos.

b.- Su introducción en sede constitucional en América Latina es novedosa, tiene que ver con la expansión de la justicia constitucional, pero no es un aporte del derecho constitucional latinoamericano al conjunto de instrumentos procesales constitucionales. Sus orígenes se remontan al siglo XVI, en el derecho inglés, cuando se forjó el "Writ of Mandamus" (proceso judicial cuyo objeto era obtener un mandato del Juez por virtud del cual se ordenaba que las autoridades cumplan con las obligaciones que imponen las leyes a los funcionarios), luego se expandió a los Estados Unidos ("Writ o prerrogative orders of mandamus", referido a obligaciones no discrecionales de las autoridades) e irradió en parte de nuestro continente, como es Colombia (art. 87 de la Constitución de 1991, también inspirada en el "writ of mandamus" norteamericano y en los mandatos de ejecución de algunas constituciones provinciales argentinas y que solo procede frente a omisiones que pudieran afectar derechos o intereses subjetivos de carácter legal y/o administrativo), parte de Argentina (tal como sostiene Bidart Campos, con acentuada influencia

norteamericana en su Derecho Público, algunas Constituciones provinciales, que siguen el modelo del "writ of mandamus" del derecho norteamericano, como Entre Ríos, Formosa, Santa Cruz, Jujuy, La Rioja, Río Negro, etc.) y Perú (algunos sostienen, que a pesar de la sorpresa de su aparición entre los constituyentes, sin razones ni propósitos claros, se puede aventurar que el modelo peruano no se inspiró en la acción de cumplimiento colombiana, sino en el remedio brasileño del "mandado de injuncao" previsto en el art. 5 de la fracción LXXI de la Constitución brasileña de 1988, que a su vez también tuvo influencias del "Writ of mandamus" a través del derecho lusitano). En parte del derecho europeo y también latinoamericano, similares pretensiones pueden hacerse valer no a través de un proceso especial y autónomo, sino en el contencioso administrativo, donde el administrado tiene la posibilidad de incoar tutela judicial ante omisiones de la ley por parte de la administración, es decir, promover una "pretensión de condena" frente a la inactividad administrativa, tal el caso de Alemania, España y Venezuela[19].

c.- Su consagración constitucional en el Perú, por primera vez a partir de la Carta Magna de 1993, no parece haber sido un acto conciente de los constituyentes. Domingo García Belaúnde, citado por Carpio Marcos y Velezmoro Pinto en su comentario a la acción de cumplimiento contenida en el inc. 6 del art. 200 de la Constitución, detalla que hubo ausencia de propuestas y debates durante la redacción de todos los borradores de normas al interior de la Comisión de Constitución del denominado Congreso Constituyente Democrático, su introducción se realizó en forma casi clandestina[20]. Al parecer, según sostienen dichos autores, el espíritu del constituyente fue introducir una garantía para la efectividad de las leyes en nuestro país, sin atender su naturaleza jurídica ni las consecuencias de su consagración en el marco del texto constitucional.

d.- El debate doctrinal desarrollado a propósito de la elaboración y redacción del Código Procesal Constitucional, promulgado por Ley N° 28237, de 07.05.04, en cuanto a su introducción como acción de garantía constitucional no ha sido pacífico en el ámbito teórico-jurisprudencial y se ha centrado, entre otros aspectos, en su naturaleza jurídica, que de paso conlleva su teleología: ¿es un

19 CARPIO MARCOS,. Edgar: "La acción de cumplimiento", en "Derecho Procesal Constitucional", Obra Colectiva, Susana Castañeda Otsu (Coord..), Primera edición, Jurista Editores, Lima, 2003, pp. 425 a 444.

20 GACETA JURÍDICA–CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución Comentada", Obra Colectiva. Director Walter Gutiérrez, Tomo II. Primera edición, Imprenta editorial "El Buho" EIRL, Lima, 2005, pp. 1104 y 1105. Vid también CARPIO MARCOS,. Edgar: op. cit., p. 444.

proceso constitucional o se trata de un proceso administrativo que se ha constitucionalizado, digamos por desconocimiento o error de apreciación.?

e.- Para algunos autores su introducción en sede constitucional ha sido innecesaria, pues su objeto está cubierto por el proceso de amparo, que protege derechos constitucionales en los casos de violación o amenaza de violación de aquellos por acción u omisión de autoridades, funcionarios públicos o particulares[21]. Carpio Marcos y Velezmoro Pinto sostienen que en rigor no es un proceso constitucional porque se refiere a la renuencia para acatar una ley o acto administrativo, no alude a la protección de derecho constitucional alguno, como si lo hacen el habeas corpus, amparo y habeas data, tampoco busca proteger jerarquía normativa ni mucho menos la supremacía constitucional sobre las normas legales y de estas sobre las de rango inferior. Controla la omisión al mandato contenido en una ley o un acto administrativo, lo que se traduce en una violación de su eficacia, cuya resolución siempre se ha considerado como un tema propio del Derecho Administrativo o del Derecho Procesal Administrativo. Siguiendo a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que la eficacia de una norma legal o un acto administrativo es ámbito propio del Derecho Administrativo, por cuanto el régimen jurídico de las leyes y de los actos administrativos son tutelados por las normas de aquel. El hecho de que ha sido consagrado constitucionalmente solo reafirma la tesis de que se trata de un proceso "constitucionalizado", al igual que el contencioso administrativo contenido en el art. 148 de la Constitución[22].

Mesía Ramírez también sostiene que no se trata de un proceso constitucional, sino constitucionalizado, porque en lo fundamental no resuelve conflictos que tratan de materia constitucional, sino de derechos legales y de orden administrativo[23].

f.- Otro sector doctrinal considera al proceso de cumplimiento como una garantía constitucional. Dentro de éste destaca la posición de Landa Arroyo, actual magistrado del Tribunal Constitucional, para quien se trata de una garantía constitucional que actúa para tutelar dos derechos constitucionales objetivos: 1) La constitucionalidad de los actos legislativos, y, 2) La legalidad de los actos

21 ABAD, Samuel: "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)", en "Ius et Veritas", Año VII, N° 7, Lima, 1993, p. 7.

22 GACETA JURÍDICA – CONGRESO DE LA REPUBLICA: Op. cit., pp. 1105 1106.

23 MESIA RAMIREZ, Carlos: "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 412 y sgtes.

administrativos. En síntesis, estima dicho autor que se trata de un "nuevo derecho fundamental" que propicia el Estado de Derecho vía la eficacia del sistema de fuentes del derecho, ya que si bien es cierto el cumplimiento de los mandatos legales y administrativos es una obligación jurídica concreta de las autoridades y funcionarios estatales, también es cierto que se convierte ahora en un derecho subjetivo/objetivo de los ciudadanos, el mismo que al excitar al órgano jurisdiccional inmerso en la justicia constitucional vía demanda formal de cumplimiento, compele a cumplir las normas legales y los actos administrativos que correspondan a las autoridades y/o funcionarios públicos infractores[24].

g.- También hay autores que si bien hacen enjuiciamientos interesantes e ilustrados sobre el tema, al final adoptan una posición al parecer de conciliación o de indefinición entre ambos extremos. Tal el caso de Castillo Córdova, ubicado en una posición intermedia, quien sostiene no se trata de una garantía de derechos constitucionales sino más bien de una garantía constitucional, ya que solo en forma indirecta está llamada a proteger derechos constitucionales en la medida que la omisión que pretende evitar está amenazando o violando efectivamente algún derecho reconocido en el texto constitucional[25]. Sin embargo, el mismo autor, en otro artículo, analizando la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC, estima desafortunado y un verdadero despropósito el criterio jurisprudencial del TC, porque ha olvidado que el proceso de cumplimiento es un proceso constitucionalizado que no admite ser tratado - al menos procesalmente - como un proceso constitucional. Según su parecer, en lugar de corregir el error en que ha incurrido el legislador, lo ha afianzado, esto es tan grave como considerar que el PCA es un proceso constitucional al estar reconocido en el art. 148 de la Constitución, e intentar regularlo de manera semejante al amparo, olvidándose de su carácter de proceso constitucionalizado[26].

24 LANDA ARROYO, César: "Teoría del Derecho Procesal Constitucional". Palestra, Lima, 2003, pp. 141 y sgtes. Vid. También la posición discrepante de CARPIO MARCOS, Edgar: op. cit., pp. 450 a 458, para quien el tema de la constitucionalidad de los actos legislativos y la legalidad de los actos administrativos no constituyen en realidad derechos subjetivos de carácter constitucional que puedan titularizar los individuos, pues se trata de principios que rigen la ordenación del sistema de fuentes formales del Derecho Constitucional por un lado, y la adecuación de la actuación administrativa al principio de legalidad por otro; sostiene es dudoso que el tema de la eficacia de las leyes o los actos administrativos puedan configurar derechos subjetivos y que el proceso de cumplimiento pueda estar destinado a preservarlos y descarta con energía su configuración como proceso constitucional, y como no protege derechos fundamentales en forma específica tiene la condición de proceso administrativo.

25 CASTILLO CORDOVA, Luis: "Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales", Ara Editores, Lima, 2003, pp. 269 y sgtes.

26 CASTILLO CORDOVA, Luis: "El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional", en "Actualidad Jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 145, diciembre, 2005, pp. 129 a 133.

Castro Pozo Chávez, por su parte, considerando el criterio del TC de que la eficiencia de las normas legales y de los actos administrativos es un derecho constitucional circunscrito a la cláusula abierta del art. 3 de la Constitución, indica que bien podría darse la duplicidad o el planteo paralelo de un proceso de cumplimiento y otro de amparo a tenor de lo dispuesto en el art. 37, inc. [25] del C.P.Const., lo que no solo constituiría un abuso de derecho por parte de algún demandante malicioso, sino que podría generar fallos contradictorios y hasta ser objeto de excepciones de litispendencia. Por tanto, sugiere que el TC disponga que el fundamento 9 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2006-PC/TC, de 29.09.05, (referido al uso de este tipo de proceso cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o cuando se trate de casos sobre la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos), también se constituya en un precedente vinculante para que se aclare el derecho de defender la eficacia de las normas legales y los actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento, y, al parecer, frente a la política de los hechos consumados, concluye que se deben tomar medidas presupuestales y de organización para el mejor funcionamiento de los juzgados y salas contencioso-administrativas[27].

El amplio debate doctrinal precedente, del cual solo hemos presentado unas simples pinceladas desde fuera de la especialidad, obviamente ha influido en la producción jurisdiccional constitucional; a su vez, ésta última ha re-provocado y hecho más sustanciosos los debates teóricos, dándoles otros horizontes. De ese modo, se podría decir, en síntesis, que en la evolución del tratamiento jurisprudencial constitucional del proceso de cumplimiento, se debe tener en cuenta este ítem:

a.- En la sentencia recaída en los seguidos por don Juan Fidel Ruiz Palaza y otros, contra la Municipalidad Provincial de Ica y la Empresa Municipal de Agua Potable de Ica – EPS EMAPICA-SA, sobre acción de cumplimiento (Exp. N° 00583-2002-AC/TC)[28], el TC señaló que "el propósito de la acción de cumplimiento es buscar la efectividad de la ley, para los casos concretos y particulares en que cualquier persona se sienta afectada en sus derechos por la conducta omisiva de la autoridad o funcionario". De ese modo, no le otorgó categoría constitucional.

27 CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando: "Las condiciones de la procedencia del proceso de cumplimiento", en "Diálogo con la jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 88, enero, 2006, año 11, pp. 43 a 52.

28 Sentencia del T.C. de 16.10.02, en www.tc.gob.pe

b.- En la sentencia recaída en los seguidos por l a Asociación Nacional de ex - servidores del IPSS contra Essalud, sobre acción de cumplimiento (Exp. N° 00191-2003-AC/TC), para que se acaten las Resoluciones Ministeriales que aprobaron las políticas remunerativa y de bonificaciones del ex – IPSS, se ordene la nivelación y el pago de los correspondientes reintegros, el TC, en el fundamento 5 estableció que la acción de cumplimiento busca proteger derechos legítimos de los administrados que se derivan de la inacción de los órganos de la administración pública y que el TC denomina "inactividad material de la administración" (no en los casos de inactividad formal, que tiene su instrumento natural de control en la técnica del silencio administrativo negativo, cuyos efectos procesales tienen el propósito de no dejar en indefensión al administrado accionante o impugnante), a continuación, en el fundamento 6 razonó que para en este tipo de proceso se de una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características: a) Debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento; b) Que sea incondicional (y tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; c) Que se trate de un mandato cierto y líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene; y, d) Que se encuentre vigente[29].

c.- En la sentencia recaída en el Exp N° 00168-2005-PC/TC, seguido por don Maximiliano Villanueva Valverde contra la Oficina de Normalización Previsional, sobre proceso de cumplimiento, el TC en sus fundamentos 15, 23 y 25 se autocritica de sus criterios bastante flexibles y amplios en la solución de este tipo de procesos, los cuales no son adecuados para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas, o de normas legales superpuestas o que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja propia de vías procedimentales específicas, (pone como ejemplo el fundamento 10 del Exp. N° 0198-2003-AC/TC, que en realidad es la síntesis evolutiva legal de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la Ley 23908, de pensión mínima en el D.L. 19990), señalando que es indispensable que para el futuro se aplique estrictamente los requisitos mínimos comunes a fin de no desnaturalizar su carácter breve, eficaz y expeditivo. A continuación, en el fundamento 14 (que tiene, junto con los fundamentos 15 y 16, el carácter de precedente vinculante), establece que los

29 Sentencia del T.C. de 06.09.03, en www.tc.gob.pe

requisitos mínimos comunes para el proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, son los siguientes: a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o el acto administrativo; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) Ser incondicional (o si es condicional, cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria; f) Adicionalmente, para el caso de cumplimiento de los actos administrativos, en aquellos se deberá reconocer un derecho incuestionable del reclamante; y, g) Permitir individualizar al beneficiario[30]. Por razones de espacio no nos detenemos en ello, pero Castro Pozo Chávez hace una explicación interesante de los requisitos precitados[31].

De ese modo, el TC ha dispuesto que todas las demandas que no reúnan esos requisitos deberán declararse improcedentes y, tal como se estableció en el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC, sentencia de 12.07.05), aplicando similares criterios, deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la Administración Pública sobre materia pensionaria, que será el proceso contencioso administrativo a través de la vía sumarísima.

6.2. Las variaciones del Tribunal Constitucional en el tratamiento de los procesos de cumplimiento en materia de homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública

Como se ha podido observar en el ítem 5, el TC sostenía hasta hace poco tiempo que eran procedentes las acciones de garantía en defensa de la homologación de las remuneraciones de la docencia universitaria. Sin embargo, como consecuencia de los contenidos de las sentencias recaídas en los Exps. N° 1417-2005-AA/TC ("caso Anicama") y 168-2005-PC/TC ("caso Villanueva), varió radicalmente su posición y comenzó a declarar improcedentes todos los reclamos sobre homologación interpuestos como procesos de cumplimiento.

Tal sucedió, a guisa de ejemplos simplemente enunciativos con los siguientes casos: Exps. N° 7468-2005-PC/TC (sentencia de 09.01.06, en los seguidos por don

30 Sentencia del T.C., de 29.09.05, en www.tc.gob.pe
31 CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando: op. Cit., pp. 49 a 52.

Euler Navarro Pinedo contra la Universidad Nacional de San Martín -UNSM-Tarapoto), 9273-2005-PC/TC (sentencia de 01.02.06, en los seguidos por don Jorge Fernando Aliaga Patiño contra la Universidad Nacional del Centro del Perú - Junín), 5938-2005-PC/TC (sentencia de 02.02.06, en los seguidos por don Víctor Manuel Noriega Reátegui contra la UNSM), y 4321-2005-PC/TC (sentencia de 02.02.06, en los seguidos por doña Marina Victoria Huamantumba de Silva contra la UNSM).

En todos ellos se argumentó en esencia lo siguiente: a) Que las demandas versaban sobre el cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733 sobre homologación de remuneraciones, el reintegro de los devengados más los intereses de ley y el pago de una indemnización por daños y perjuicios; b) Que, el Colegiado, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC, de 29.09.05, ha precisado con carácter vinculante en sus fundamentos 14, 15 y 16, los requisitos mínimos que debe tener el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del PC, c) Que no es posible recurrir a estas vías para resolver controversias complejas, por lo que el asunto controvertido debe remitirse al juzgado de origen para que proceda conforme a las reglas precisadas en los fundamentos vinculantes y se diluciden como PCA.

Con posterioridad, en el Exp. N° 0016-2005-PI/TC, seguido por más de 5,000 ciudadanos, sobre acción de inconstitucionalidad de la 10ª D.T. de la Ley de Presupuesto de la República del 2005, N° 28427, se emitió sentencia el 06.03.06 declarando improcedente la demanda por haber sobrevenido sustracción de la materia, ya que el suspendido art. 53 de la Ley Universitaria fue restituido por la Ley 28603; además, luego de mencionar en su fundamento 10 las peticiones de la FENDUP respecto de 19 demandas de cumplimiento residentadas a través de cada base universitaria pero tramitadas en Lima, que involucran a unos 8,000 docentes, ha declarado también improcedente el petitorio de que se expida una sentencia exhortativa para que los jueces resuelvan los procesos de cumplimiento, toda vez que estima el TC no puede pronunciarse exhortativamente en un asunto indirecto, esto es, en PC cuando nos encontramos frente a una acción de inconstitucionalidad.

Todo lo anterior demuestra que el TC ha dado un giro de 180 grados en su percepción del problema. Según sostiene Eto Cruz en opinión que compartimos, estos pronunciamientos generan en la docencia sentimientos de incredulidad, impotencia y postergación de sus justos reclamos, ya que no se trata de una controversia compleja, sino más bien clara y sin ambiguedades, de modo que el TC acaba de convertir el art. 53 de la Ley Universitaria en un derecho iluso que

simplemente queda sobre el papel por varios años más, sin que exista conciencia de que no solo estamos frente a un problema jurídico, sino de política gubernamental[32].

VII. EVALUACIÓN, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS DE LA ALUDIDA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL

En principio, debemos tener presente que la homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública está en el papel (art. 53 de la Ley 23733) desde hace más de veinte años y todos los Gobiernos de turno se han burlado de ella, demostrando que el Estado de Derecho en parte es solo una declaración lírica, porque estos hechos demuestran que existe total indefensión frente a los responsables de la administración pública y funcionarios del Estado obligados a cumplir los mandatos claros y terminantes de la Constitución y la Ley.

El TC, obligado a hacer cumplir el ordenamiento jurídico en el más profundo de los sentidos, ha demostrado tener una posición vacilante y poco convincente frente a este problema, ya que primero aceptó tímidamente la validez de las acciones de amparo para cautelar el derecho de la docencia a la homologación. Luego cambio de criterio y pasó a parapetarse en el reducto del proceso de cumplimiento, por obra y gracia de la desesperación de los actores universitarios. A continuación, siguió retrocediendo y resolvió que no era el PC el idóneo para este tipo de reclamaciones, sino el PCA. Sin embargo, hay que reconocer que, aún cuando se pueda estar en desacuerdo con su producción jurisprudencial, tiene fundamentos jurídicos que los amantes del derecho estamos obligados a trabajar y profundizar críticamente.

El PCA también generará grandes problemas en el cumplimiento del derecho postergado, toda vez que los Consejos Universitarios como órganos de gobierno de muchas Universidades ya tienen aprobada en acuerdos unánimes, aunque sea líricos, la homologación de remuneraciones desde hace cerca de dos años en promedio, de modo que nadie ha impugnado dichas resoluciones, no hay ningún asunto litigioso al interior de la Universidad, está en entredicho el oscuro asunto, en este caso concreto, de la caducidad y, en regla general, de la aplicabilidad del

32 ETO CRUZ, Gerardo: "Cambio de rumbo en el TC: de los procesos de cumplimiento a los procesos contencioso administrativos" (algunas consideraciones críticas en torno al problema de la homologación de haberes de los docentes universitarios), en: "Palestra del Tribunal Constitucional", Revista mensual de Jurisprudencia. Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 496 a 528.

PCA en su conjunto. El problema parece tan complejo que no hay soluciones procesales inmediatas a la vista. El TC, dudamos si queriéndolo o no, le ha dado un golpe bajo a la Alma Mater de cada uno de sus integrantes, en una especie de lucha fratricida de los académicos contra los académicos.

VIII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Primera.- Las interrelaciones entre el Derecho del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Constitucional y Procesal Constitucional son intensas y ubérrimas, al punto que han logrado, en mutua y productiva exigencia, desarrollar largamente, junto a otras disciplinas, la temática constitucional específica referida a los procesos de amparo y de cumplimiento, así como el art. 148 de la Constitución que regula el procedimiento contencioso administrativo.

Segunda.- La nueva concepción del Código Procesal Constitucional sobre el PA, de abandono del sistema alternativo y su sustitución por el sistema residual, ha dado paso a un proceso de "desordinarización" o "desamparización del ordenamiento jurídico", sobre todo en materia laboral y previsional. El remedio a esa especie de "incontinencia procesal constitucional" que se venía produciendo en el TC, está cediendo paulatino espacio a otra nueva especie de "incontinencia contencioso administrativa" dentro del Poder Judicial. Ello implica también un enriquecimiento del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo.

Tercera.- La sentencia del "Caso Anicama" (Exp.N° 1417-2005-AA/TC) no sólo ha desarrollado nuevos criterios (cuestionados a veces como políticos y no jurídicos) sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sino que ha instaurado nuevas y polémicas reglas sobre cambios de oficio de las competencias de los jueces constitucionales a los jueces contencioso administrativos como si existiera de por medio una especie de "autonomía procesal", en base a los principios de suplencia, "pro actione" y favorecimiento del proceso, sin exigencia del agotamiento de la vía previa administrativa en algunos casos, exoneración de los plazos de prescripción y de caducidad, impedimento de rechazar las demandas liminarmente, traslado de la carga de la prueba a los demandados y aplicación de presunciones razonadas si no hay espíritu de colaboración en sus actuaciones.

Cuarta.- El proceso contencioso administrativo se ha independizado totalmente de su primigenia regulación en el Código Procesal Civil por su distinta naturaleza. El TC le ha dado nuevos contornos interpretativos a la

Constitución y a la Ley 27584 que lo regula con lujo de detalles, con nuevos enfoques del derecho a una tutela judicial efectiva frente a la administración.

Quinta.- La homologación de remuneraciones de la docencia universitaria con los magistrados del Poder Judicial, contenida en el art. 53 de la Ley 23733, es un derecho incuestionable postergado impunemente por más de dos décadas, ha tenido marchas y contramarchas. Luego de los avances logrados en la vía procesal constitucional con los pronunciamientos favorables del TC en materia de amparo, se cambió de giro y se pasó a reconocerla vía la el proceso de cumplimiento. Luego vino otro retroceso y se las deslizó de la vía constitucional a la vía ordinaria de lo contencioso administrativo.

Sexta.- El proceso de cumplimiento no fue introducido convenientemente dentro de la Constitución de 1993. La elaboración y redacción del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) propició el desarrollo de una doctrina no pacífica respecto de su naturaleza jurídica y si es o no un proceso constitucional. A pesar de que la mayoría sostiene que no, que solo es un proceso constitucionalizado, a fin de cuentas lo aceptan en tanto en cuanto no se reforme la Constitución, tanto más cuando el TC ha hecho mayores desarrollos al sentenciar en el Exp. N° 168-2005-PC/TC estableciendo los requisitos mínimos para dictaminar sobre su procedencia, disponiendo que todas las demandas que no reúnan esos requisitos serán declaradas improcedentes y empleando criterios similares a los del "Caso Anicama" deberán tramitarse en la vía sumarísima del PCA.

Sétima.- Por último, los procesos de cumplimiento en materia de homologación de remuneraciones de la docencia universitaria primero fueron declarados fundados por el TC, pero a partir del 2006 dicho órgano varió sustancialmente de criterio y ha comenzado a declarar improcedentes todas las demandas considerando que no se cumplen los requisitos mínimos y son controversias complejas, generando en los interesados mayores frustraciones e impotencias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAD, Samuel: "El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)", en "Ius et Veritas", Año VII, N° 7, Lima, 1993.
- ABANTO REVILLA, César: "El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión y la "desamparización" previsional", en: "Actualidad jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, agosto, 2005.

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: "Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional", primera edición , Lima, octubre 2004.
- ARIANO DEHO, Eugenia: ¿Principio del "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional?". Algunas glosas a la sentencia del "caso Anicama", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 85, octubre, 2005.
- CANOSA USERA, Raúl: "Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España", EN "Derecho Procesal Constitucional", Susana Castañeda, Coordinadora; Jurista Editores, E.I.R.L., Primera edición, Lima, marzo de 2003.
- CARPIO MARCOS,. Edgar: "La acción de cumplimiento", en "Derecho Procesal Constitucional", Obra Colectiva, Susana Castañeda Otsu (Coord..), Primera edición, Jurista Editores, Lima, 2003
- CASTILLO CORDOVA, Luis: "Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales", Ara Editores, Lima, 2003.
- CASTILLO CORDOVA, Luis: "El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional", en "Actualidad Jurídica", Revista de Gaceta Jurídica, Tomo 145, diciembre, 2005.
- CASTRO POZO CHAVEZ, Hildebrando: "Las condiciones de la procedencia del proceso de cumplimiento", en "Diálogo con la jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 88, enero, 2006, año 11.
- ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: "El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y en España al respecto", en "Temas actuales de Derecho Administrativo". Obra colectiva. Jorge Luis Collantes González y Javier Junceda Moreno (Coord.). EDITORA Normas Legales SAC, Trujillo, Perú, 2006
- ETO CRUZ, Gerardo: "Cambio de rumbo en el TC: de los procesos de cumplimiento a los procesos contencioso administrativos" (algunas consideraciones críticas en torno al problema de la homologación de haberes de los docentes universitarios), en: "Palestra del Tribunal Constitucional", Revista mensual de Jurisprudencia. Palestra Editores, Lima, 2006.
- GACETA JURIDICA-CONGRESO DE LA REPUBLICA: "La Constitución Comentada". Tomo II. Obra Colectiva. Primera edición. Lima, 2005.
- GONZALEZ NIEVES, Orlando: "La polémica homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública con los magistrados del

Poder Judicial en el Perú" (La desnaturalización política de un proceso técnico largamente postergado), en: "Iuris Lex Societas", Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Año I, Nro.1, Trujillo, Perú, marzo 2006.

- LAMA MORE, Héctor: "Los dramáticos efectos de una sentencia vinculante", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, agosto, 2005.
- LANDA ARROYO, César: "Teoría del Derecho Procesal Constitucional". Palestra, Lima, 2003
- LUNA CEVANTES, Eduardo: "Avances de la jurisprudencia constitucional en la residualidad del amparo", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Revista de Gaceta Jurídica, N° 83, Año 11, agosto, 2005.
- MESIA RAMIREZ, Carlos: "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- MORON URBINA, Juan Carlos: "Derecho Procesal Administrativo", Primera edición, Página Blanca Editores, Lima, 1997.
- PRIORI POSADA, Giovanni: "Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo", Tercera edición, Ara Editores, Lima, 2006.
- SAENZ DAVALOS, Luis: "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional" en obra colectiva de CASTAÑEDA OTSU, Susana, y otros: "Introducción a los procesos constitucionales" Comentarios al Código Procesal Constitucional. Temas de Derecho Procesal Constitucional 1. Primera edición. Jurista Editores EIRL, Lima, 2005.

JORNADAS ATIPICAS DE TRABAJO.- ASPECTOS GENERALES.- ASPECTOS ESPECIFICOS EN EL SECTOR MINERO

*PEDRO G. MORALES CORRALES**

Sumario

I. Introducción.- II. Marco conceptual.- Jornadas típicas, jornadas atípicas.- III.- Marco normativo.- Constitución política del estado, Convenio OIT N°. 1, Ley de Descansos Remunerados, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, Legislación Minera, IV.- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2006.- V.- Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2006.- Trabajadores mineros – Ámbito, Jornadas y descansos acumulativos o atípicos, Contenido del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros.- VI.- Efectos en general de las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en Acciones de Amparo y en especial respecto de la jornada de trabajo.- VII.- Conclusiones y recomendaciones.

I. INTRODUCCION

La jornada de trabajo en general y su natural limitación, ha sido motivo de especial preocupación del legislador peruano desde el año 1918, cuando se dictó la Ley N° 2851 que estableció el límite máximo de 8 horas diarias y 45 semanales para el trabajo de mujeres y menores entre 14 y 18 años de edad. Luego de la huelga general en que Lima quedó virtualmente paralizada durante tres días (13, 14 y 15 de enero de 1919), el Presidente José Pardo dictó el Decreto Supremo de

* Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echecopar.

15 de enero del mismo año, refrendado por su Ministro de Fomento Don Manuel Aurelio Vinelli, que generalizó la jornada máxima de 8 horas de trabajo.[1] Posteriormente se han dictado innumerables normas sobre esta materia.

Pese a la antigüedad y a la profusa regulación sobre este tema y habida cuenta del incumplimiento evidente de este derecho fundamental, es que últimamente se han dictado medidas especiales para el control de la asistencia de los trabajadores, a fin de garantizar el respeto a la jornada máxima de trabajo y el pago del trabajo en sobretiempo, cuando éste ocurra.

Así, por Decreto Supremo N° 004-2006-TR, vigente a partir del 1° de junio de 2006, tal como ha quedado modificado por el Decreto Supremo N° 011-2006-TR, de 3 de junio del mismo año, se obliga a un efectivo registro de la hora de ingreso y salida de los trabajadores, presumiéndose, salvo prueba en contrario, la realización de trabajo en sobretiempo si aquéllos ingresan antes o permanecen después del horario de trabajo previsto por el empleador.

Paralelamente, en el ámbito minero se produjo una verdadera conmoción por la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 17 de abril de 2006, recaída en el expediente N° 4635-2004-AA/TC, en la acción de amparo seguida por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, contra la Empresa Southern Perú Cooper Corporation, en la que se estableció, con carácter vinculante para las empresas del Sector Minero, que por razón de la naturaleza especial de las actividades que realizan, muchas de ellas organizan su sistema de trabajo contemplando jornadas atípicas, que los trabajadores del referido Sector estaban impedidos de laborar una jornada mayor de 8 horas diarias, limitándose en la práctica, hasta casi su desaparición, la posibilidad de utilizar el régimen de jornadas y descansos acumulativos previsto por el marco constitucional y legal vigentes.

Esta Sentencia además modificó el criterio del Tribunal Constitucional expresado con motivo de una acción de amparo seguida por las mismas partes y sobre la misma materia. Se trata de la Sentencia de 27 de setiembre de 2002 (Expediente N° 1396-2001-AA),[2] en que se establecía exactamente lo contrario.

1 Basadre Jorge, "La Lucha por la Jornada de las 8 horas", Munilibros N° 4, Lecturas Escogidas. Municipalidad de Lima Metropolitana, Editorial e Imprenta Deza S.A. 1986.

2 La Sentencia de 27 de setiembre de 2002 en su fundamento 2 indica que el artículo 25° de la Constitución contempla las jornadas acumulativas, debiéndose respetar, en promedio la jornada máxima de 8 horas diarias o 48 semanales, destacando que "... el texto constitucional no establece únicamente un horario de 8 horas diarias, sino que, cualquiera que sea éste, en ningún caso puede superar las 48 horas semanales ..."
En el Fundamento 3 se refiere a las normas infraconstitucionales que regulan la jornada ordinaria máxima y las jornadas atípicas o acumulativas, y cómo pueden ser establecidas por el empleador, concluyendo que "En consecuencia, se advierte que la legislación infraconstitucional no sólo es acorde con la Constitución, sino que, además, la emplazada se encuentra respaldada por la misma." El tribunal Constitucional declaró en este extremo infundada la demanda.

Sin embargo, la Sentencia de 17 de abril ha sido aclarada por la Resolución de 11 de mayo de 2006 que, como veremos más adelante, en el fondo, introduce importantes modificaciones a la Resolución original.

Sin perjuicio de analizar las indicadas resoluciones del Tribunal Constitucional y sus implicancias en el referido Sector, nos referiremos en primer lugar al marco conceptual de las jornadas típicas y atípicas así como al marco normativo que sobre esta materia rige en nuestro país.

II. MARCO CONCEPTUAL

Conforme lo señala Fernando Elías Mantero[3], en nuestro país no existe una definición legal de jornada de trabajo, por lo que él la conceptúa como "... el tiempo en el cual el trabajador cumple con la prestación que le corresponde como consecuencia del contrato de trabajo. Por consideraciones de orden público se encuentra limitada por la ley, en tanto que el trabajo origina un desgaste físico que debe ser reparado a fin de no perjudicar la integridad física del trabajador".

Jornadas típicas

Refiriéndonos a las jornadas de trabajo típicas y atípicas, el termino típico significa "característico o representativo de un tipo"[4], en tanto que atípico significa "que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos".[5]

En materia de jornada de trabajo, la típica o representativa es aquélla que se presta diariamente, es decir ordinaria y habitualmente y que no puede exceder de 8 horas por día o 48 horas a la semana. El Convenio No. 1 de la OIT, de 29 de octubre de 1919, ratificado por nuestro país por Resolución Legislativa No. 10195 de 23 de marzo de 1945 establece que en las empresas industriales[6] "... la

3 Elías Mantero, Fernando "La Jornada de Trabajo", en la revista Actualidad Laboral de junio 2006, p. 5.

4 Diccionario de la Lengua Española 22ava. Edición Tomo X p. 1480.

5 Diccionario de la Lengua Española, citado Tomo II p. 163.

6 Nótese que el Convenio se refiere sólo a las empresas industriales, considerando como tales a las (i) minas, canteras, e industrias extractivas de cualquier clase; (ii) las industrias en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen o preparen productos para venta, o en las cuales las materias sufran una transformación, comprendidas la construcción de buques, las industrias de demolición y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz; (iii) la construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de edificios, y construcciones de todas clases, (iv) el transporte de personas o mercancías, comprendida la manipulación en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano.

duración del trabajo del personal no podrá exceder de 8 horas por día y de 48 por semana", salvo las excepciones que contempla..." (artículos 3°,4° y 5°) y el Convenio No. 30 de la OIT de 10 de junio de 1930, no ratificado por el Perú, que rige para el trabajo en el comercio y las oficinas contempla sobre la materia, similar tratamiento: "Las horas de trabajo del personal al que se aplique el presente Convenio, no podrán exceder de 48 por semana y 8 por día, a reserva de las disposiciones de los artículos siguientes:..." (artículo 3°).

Como puede apreciarse de estos dos Convenios la norma general es que la jornada ordinaria, es decir la que se desarrolla día a día no exceda de 8 horas, pudiendo ser menor de acuerdo a lo que establezca la ley, convenio o decisión unilateral del empleador.

Mario Pasco Cosmópolis refiriéndose a las jornadas típicas las caracteriza como"... la usual, la general, la acostumbrada"[7].

Por su parte el Ministerio de Trabajo mediante Informe No. 065-2004-MTPE/OAJ de 30 de setiembre de 2004, absolviendo una consulta al Sindicato Unico de Trabajadores de la Compañía Minera Antamina a través de su Oficina de Asesoría Jurídica, se pronuncia sobre estas materias considerando que jornada típica "... alude al tiempo a disposición que puede distribuirse en unidades temporales más o menos comunes en el mercado de trabajo, a lo que se denomina jornada de trabajo ordinaria o típica..."

Como características de una jornada ordinaria o típica el Informe señala las siguientes: (i) la unidad de tiempo es diaria o semanal; (ii) existe una regularidad o predictibilidad de los días en que se labora; (iii) hay una regularidad de las horas trabajadas en cada día; y (iv) los ciclos de descanso son semanales.

Este Informe sostiene que"en sentido contrario, cuando la jornada de trabajo se distribuya en unidades de tiempo poco frecuentes para el mercado laboral, nos encontramos con jornadas de trabajo atípicas", mencionando entre ellas a las jornadas alternativas (cuando los días de trabajo son intercalados) jornadas acumulativas (cuando la unidad de tiempo exceda la semana), jornadas irregulares (cuando no es predecible el número de horas y días a trabajar); y la combinación de estos tres tipos de jornadas atípicas, que a su vez generan nuevas modalidades.

Como consecuencia de lo anterior, debe considerarse dentro del concepto de jornada típica de trabajo, conforme a nuestra legislación[8]: (i) aquélla que se presta

7 Pasco Cosmópolis, Mario.- "Contratos de Trabajo de Jornada Atípica", en Estudios Jurídicos en Homenaje al Dr. Nestor de Buen Lozano, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Mexico 2003, p. 620.

8 Decreto Supremo N° 007-2002-TR que aprueba el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo.

diariamente de lunes a sábado, siempre que no exceda de 8 horas por día, (ii) las jornadas compensatorias de trabajo en las que algunos días la jornada ordinaria es mayor y en otros días menor de 8 horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de 8 horas diarias o 48 horas por semana. Así por ejemplo, el supuesto que se trabaje los días lunes miércoles y viernes 10 horas, y los días martes, jueves y sábado 6 horas; (iii) la reducción del número de días de la jornada semanal de trabajo, prorrateándose las horas de reducción dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso esta no podrá exceder en promedio de 48 horas semanales, por ejemplo, trabajar 3 días a la semana 16 horas o 2 días 24 horas cada uno, como sucede en clínicas y hospitales.

Respecto de las dos últimas modalidades, Fernando Elías Mantero[9] señala que "se conoce como jornada compensatoria de trabajo aquélla por la cual el trabajador realiza trabajo extraordinario que es compensado con tiempo equivalente de descanso en otra oportunidad. La compensación puede asimilarse con las figuras conocidas como canje o trueque, y por lo tanto no se paga con recargo alguno, ya que ella se da con períodos de descanso equivalente a los trabajados de manera extraordinaria". Y continúa diciendo :"La ley permite lo que se llama el prorrateo de las horas de trabajo. Por esta figura se incrementa el trabajo en algunos días mientras que en otro es inferior, siendo el objeto de su implantación que el exceso de la jornada de ciertos días produzca una reducción o eventual eliminación de la jornada de otros días (por ejemplo cuando se labora 9 horas 20 minutos al día de lunes a viernes para no trabajar el día sábado). En estos casos el exceso de la jornada de 8 horas no se considera como trabajo extraordinario, sino como jornada prorrateada. En la práctica equivale a no trabajar en horas extras, razón por la cual no surge el derecho a la sobretasa. Este exceso en la jornada no significa, de otro lado, que se afecte el derecho del trabajador al descanso semanal. ...".

Sin embargo, estas normas podrían en alguna forma estar colisionando con el artículo 2° literal b) del Convenio N° 1 de la OIT, toda vez que, si bien permite el prorrateo, establece que el exceso del tiempo"... nunca podrá ser mayor de una hora diaria", entiéndase para las empresas industriales, y para las que se prestan en el comercio y oficinas, dos horas diarias (Artículo 4° del Convenio N° 30, no ratificado por el Perú).

9 Elías Mantero, Fernando. Artículo citado, p. 11.

Adicionalmente y como veremos más adelante, la OIT, refiriéndose a las semanas comprimidas, como por ejemplo, trabajar dos jornadas de 24 horas cada una, considera que parecerían incompatibles con las exigencias de ambos Convenios.

A pesar de ello, no lo estaría (colisionando) con nuestra norma Constitucional, pues su artículo 25° primer párrafo, establece que "La Jornada de trabajo es de 8 horas diarias o 48 semanales ....", es decir o una u otra, lo que permite el uso de las jornadas compensatorias o prorrateadas contempladas en el artículo 2.1 literales b) y c) del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo.

Adviértase que el Convenio N° 1 de la OIT se refiere a 8 horas diarias y 48 horas semanales, por lo que en una interpretación literal de la norma, resultarían cuestionables las referidas jornadas compensatorias o prorrateadas, en la medida que la jornada diaria pueda superar las 8 horas, salvo las excepciones que el propio Convenio contempla.

En todo caso, lo que se estaría presentando es un conflicto entre la norma nacional del más alto rango, nuestra Constitución, con un Convenio internacional ratificado por el Perú como es el Convenio N° 1 de la OIT, que estaría respondiendo a una realidad distinta, pues dicho Convenio fue aprobado el 29 de octubre de 1919, en tanto que nuestra Constitución lo fue en el año 1993.

Jornadas atípicas

En lo que respecta a las jornadas atípicas, Mario Pasco[10] señala que "... sin embargo, algunas jornadas que escapan a esta normalidad son, por lo tanto, atípicas..."identificando en primer lugar a la jornada incompleta o parcial o part time, que en el Perú, a diferencia del tratamiento que le da la OIT, es aquélla que se presta en una jornada que no alcanza las 4 horas diarias.

Igualmente identifica como atípica a las jornadas acumulativas"...en las que jornada ordinaria máxima es sobrepasada en el día y en la semana, sin que el exceso sea reputado como trabajo extraordinario, y que será compensado no con el pago de una remuneración con sobretasa sino con descanso" menciona también como ejemplo de jornada realmente atípica aquélla en la que el empleador anualiza el cómputo de las horas en las que va a prestar servicios el trabajador disponiendo a su criterio, pero dentro de ciertos límites, la forma en

10 Pasco Cosmópolis, Mario.- obra citada pp. 620-621

que esa bolsa de horas se van a traducir en trabajo. Menciona que en Argentina se utiliza esta modalidad de jornada atípica, por ejemplo 2100 horas anuales entre 260 días.

Igualmente considera como atípicas el trabajo compartido y la distribución flexible del trabajo o flextime. El primero (trabajo compartido) es aplicable en algunos países europeos como una forma de paliar el desempleo y que consiste en que una plaza de trabajo es ocupada sucesivamente por varias personas, modalidad que se diferencia del simple part-time en el hecho de que los trabajadores comparten un sólo puesto y una remuneración. El segundo (flextime) que incluyen aumentos o disminuciones temporales de las jornadas como variación de la demanda de horas extraordinarias, reducciones transitorias, la jornada normal, excedencias de suspensiones de contrato de diversos tipos[11].

La Oficina Internacional del Trabajo en su documento"¿Horas de Trabajo de lo Fijo a lo Flexible?"[12] señala que como consecuencia de la globalización y de la apertura de mercados las legislaciones nacionales vienen permitiendo diversos sistemas de jornada de trabajo llegando como conclusión del análisis que efectúa "... que las restricciones impuestas en los Convenios (se refiere a los Convenios de la OIT 1 y 30) a la duración máxima del día y de la semana de trabajo, así como a la promediación de las horas de trabajo, podrían impedir la aplicación de modalidades modernas de ordenación mediante horarios de trabajo flexibles. Como se indicara con anterioridad, por ejemplo, la ordenación del tiempo de trabajo por semanas comprimidas, en las que el trabajo durante el fin de semana se lleva a cabo por dos equipos en turnos de 12 horas, parece ser incompatible con las exigencias de ambos Convenios. Un problema similar puede plantear el sistema de trabajo flexible que no establece un límite máximo a la jornada diaria de trabajo. De la información expuesta también se desprende que estos tipos de ordenación pueden plantear problemas para la ratificación de los convenios Nos. 1 y 30 en aquellos países que hasta la fecha no lo hayan ratificado". Mencionando como problema adicional que la implantación de estos horarios flexibles se vienen efectuando sin que medie norma dictada por la autoridad competente.

Gobiernos como Canadá, Alemania y Singapur consideran que los Convenios números 1 y 30 son demasiado restrictivos[13].

11 Pasco Cosmópolis, Mario.- obra citada pp. 642-643
12 Ginebra, Primera Edición, 2005, p. 97.
13 Documento de la OIT citado p. 96

En este trabajo la OIT menciona como modalidades que difieren a la semana de trabajo a tiempo completo o estándar (u ordinaria): (i) al trabajo a tiempo parcial, que lo conceptúa como el que se presta en un horario inferior a una jornada a tiempo completo estándar (p. 85); (ii) a las semanas de trabajo concentradas en que las horas normales de trabajo semanales se distribuyen entre menos días, mencionando, a Bélgica, Canadá, Estonia, Estados Unidos, Filipinas, Polonia, Portugal y Suiza, entre otros que la contemplan (p. 86); y que se asimila en nuestro ordenamiento laboral a la reducción o ampliación del número de días de la jornada semanal del trabajo, encontrándose autorizado el empleador a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana. En este informe la OIT considera que este tipo de ordenamiento del tiempo de trabajo sería incompatible con el Convenio No. 1, tratándose de empresas industriales en que a jornada diaria no debe exceder de 9 horas y con el Convenio No. 30 para el comercio y las oficinas en que la jornada no debe exceder de 10 horas (p. 87); (iii) ordenamiento mediante horarios escalonados, se utiliza para organizar el tiempo de trabajo cuando los trabajadores o grupo de trabajadores comienzan y terminan de trabajar a horas ligeramente diferentes pero fijas. Un sistema de horarios escalonados puede ofrecer a los trabajadores discrecionalidad, dentro de ciertos límites, al permitírseles fijar la hora en la que comienzan y terminan de trabajar. Sin embargo una vez elegidas esas horas estas permanecen inmutables. Este método se utiliza en Bélgica, Canadá el Salvador, Estados Unidos, Mexico, Polonia y Suiza, entre otros. La OIT considera que la adopción de estos horarios escalonados no debería plantear conflictos especiales con los Convenios 1 y 30 siempre que no se exceda los límites prescritos en los mismos (p. 88); (iv) turnos varios de duración variable, es un método que permite establecer horarios de trabajo con turnos cuya duración varía de un día a otro. La OIT considera para que no viole el convenio No. 1 los establecimientos industriales deberían garantizar que el número promedio de horas trabajadas en un período máximo de 3 semanas no exceda de 8 horas por día ni de 48 por semana y si se desea fijar un período superior a las 3 semanas debe mediar acuerdo entre trabajadores y empleadores y ser aprobado por una norma gubernamental (p. 88 - 89); (v) horas de trabajo computadas anualmente, las horas de trabajo mediante un cómputo anual es un método que permite calcular las horas de trabajo sobre una base anual en lugar de semanal. La utilización de este método permite adaptar el tiempo de trabajo a las variaciones estacionales, o de otro origen, ya sea de la oferta o de la demanda. Las remuneraciones se suelen pagar sobre la base de un promedio correspondiente a todo el año. Este

método es utilizado en Alemania, Bélgica, Grecia, Polonia y Tunez. La OIT considera que para que sea compatible con el convenio No. 1 debe cumplir con tres condiciones: que se adopten en caso excepcional, reconociéndose que los límites de 8 y 48 horas resultan inaplicables; que se haga mediante acuerdo entre trabajadores y empleadores transformado en reglamento por el gobierno y que el número promedio de horas trabajadas por semana a lo largo del número de semanas al que se aplique dicho acuerdo no exceda de 48 horas (p. 90 - 91) (vi) horario flexible, se utiliza para permitir que los trabajadores establezcan sus propios horarios de trabajo dentro de límites concretos aunque en este tipo de sistema se suele requerir que los trabajadores estén presentes durante los períodos de presencia obligatoria especificados. Entre los países que utilizan este método se encuentran Canadá, Republica Checa, El Salvador, Eslovenia, Estados Unidos, Finlandia, Italia, Japón, Mexico, Polonia, Portugal y Suiza (p. 91); (vii) trabajo sobre llamada, ocurre cuando un empleador y un empleado convienen que este tenga la obligación de permanecer en su domicilio o, en todo caso, de estar disponible para ser convocado a trabajar cuando sea necesario. El período de disponibilidad laboral no se incluye en las horas de trabajo, sin embargo se evitan los excesos mediante acuerdos que limitan los períodos de disponibilidad así como la retribución que debe pagarse por encontrarse en esa condición. El documento menciona que este sistema funciona en Finlandia, Estados Unidos y en la Unión Europea (p. 93 – 94); (viii) caso en que los trabajadores influyen en el establecimiento de su jornada y horario de trabajo, fundamentalmente por motivos familiares. Por ejemplo en Francia pueden solicitar una reducción de la duración del trabajo durante uno o varios períodos de al menos una semana con el objeto de cumplir con sus responsabilidades familiares. En Portugal se contempla la posibilidad del trabajador que tenga un hijo menor de 12 años o discapacitado trabaje a tiempo parcial. Y por motivos familiares en general pueden solicitar trabajar a tiempo parcial en Argelia, Eslovenia y Finlandia.

III. MARCO NORMATIVO

Constitución Política del Estado

El artículo 25° de la Carta Política establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo. "En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo".

En América Latina y en Europa, a nivel constitucional, ningún país, salvo el Perú hace alusión al tratamiento de las jornadas acumulativas o atípicas.[14]

Sin embargo, en América Latina, Costa Rica contempla en su Constitución una jornada máxima de 6 horas y 36 a la semana. Lo mismo ocurre con la Constitución de Honduras; habiéndose normado a dicho nivel sobre la jornada nocturna en la Constitución de Guatemala en el sentido que no puede exceder de 6 horas diarias. Lo mismo sucede en la de Honduras; y en las Constituciones de México y Panamá no pueden sobrepasar las 7 horas. El Salvador y Paraguay delegan a la ley establecer la jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, debiendo ser inferior a la diurna[15]. En las pocas constituciones europeas que se menciona la jornada laboral no se regula nada sobre el máximo (España, Italia, Malta, Portugal y El Vaticano)", delegándose a la ley establecerlo[16].

Convenio OIT N° 1

Este Convenio, de 29 de octubre de 1919, que limita las horas de trabajo en las empresas industriales, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativo N° 10195 de 23 de marzo de 1945, establece que la duración de trabajo del personal no podrá exceder de 8 horas por días y de 48 por semana, salvo las excepciones que el propio Convenio contempla y que son las siguientes: (i) La duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea menor a 8 horas, permitiéndose que los otros días sean mayor a 8 horas diarias, sin que el exceso pueda superar una hora diaria (artículo 2° literal b); (ii) En caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes, en las máquinas o en las instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero solamente lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa (artículo 3°); (iii) En los trabajos cuyo funcionamiento continuo deba ser asegurado por equipos sucesivos, podrá sobrepasarse el límite de las 8 horas diarias, siempre que el promedio no exceda de 56 horas por semana (articulo 4°)[17];

14 Marcenaro Frers, Ricardo, "El Trabajo en las Constituciones Latinoamericanas y Europeas" Diálogo S.A., 2004, pp. 146 a 149 y pp. 279 a 283.

15 Marcenaro Frers, Ricardo, obra citada pp. 146 a 150.

16 Marcenaro Frers, Ricardo, obra citada pp. 279 a 280.

17 La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2006 recaída en la acción de amparo seguida por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, establece en su Fundamento 15 e) que "En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de 48 horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; por ejemplo, el artículo 4° del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)".

y, (iv) En los casos excepcionales en que se considera inaplicable los límites señalados en el artículo 2°, la duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en los Convenios celebrados entre empleadores y trabajadores en que se fije límite diario de las horas de trabajo basándose en un período de tiempo más largo (número de semanas determinado en dichos convenios), no podrá en ningún caso exceder en promedio de 48 horas por semana. Estos acuerdos tendrán fuerza de reglamento si el gobierno correspondiente a quien se le deba comunicar así lo decide (artículo 5°). Adviértase que en nuestro país el artículo 25° de la Constitución antes glosado, a dicho nivel, lo permite.

Ley de Descansos Remunerados

El Decreto Legislativo N° 713 establece que el trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente el día domingo. (artículo 1°).

En caso de regímenes acumulativos de jornadas de trabajo, el empleador igualmente deberá conceder descansos acumulados, respetando la debida proporción (artículo 2°), de tal modo que los descansos acumulados sustituyan a los días de descanso que fueron trabajados.

Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo

El TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, de 3 de julio de 2002, establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máxima, (artículo 1°) señalando que en los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente, no puede superar los máximos de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales (artículo 4°).

El TUO establece como facultades iniciales del empleador, entre otras: (i) establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal; (ii) establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de 8 horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de 48 horas por semana; (iii) reducir o

ampliar el número de días de la jornada semanal de trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo en cuyo caso esta no podrá exceder en promedio de 48 horas semanales (artículo 2°.- 1 literales a) b) c)).

Un ejemplo de las jornadas compensatorias estaría constituido por trabajar los días lunes miércoles y viernes 12 horas diarias y martes jueves y sábado 4 horas diarias.

Un ejemplo de la reducción o ampliación de número días de la jornada de trabajo estaría dado por trabajar 4 días 12 horas y descansar dos días, además del día de descanso semanal obligatorio; o trabajar 24 horas continuas dos veces por semana, que es un caso común en las clínicas y hospitales.

Legislación Minera

Los titulares de la actividad minera se encuentran obligados a proporcionar a sus trabajadores que laboren en zonas alejadas de las poblaciones y en su caso a los familiares de éstos, entre otros beneficios, facilidades de vivienda bajo cualquiera de las siguientes modalidades: (i) viviendas adecuadas al trabajador y los familiares, o; (ii) facilidades de vivienda, exclusivamente para los trabajadores (no para sus familiares) cuando laboren bajo un régimen de jornadas acumulativas por otras de descanso también acumulativas en un centro poblado, en la forma que establezca el Reglamento. (TUO Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM artículo 206° a).

Se considera zona alejada de la población más próxima aquélla que se encuentre a más de treinta kilómetros de distancia o más de 60 minutos de recorrido en vehículo a velocidad normal o segura. (TUO Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM artículo 206° a).

Se entiende como "población más próxima", aquélla que a elección del titular de la actividad minera, reúna cuando menos las características y requisitos mínimos de un pueblo (D.S. N° 03-94-EM de 14-1-1994, artículo 171°), que conforme al Reglamento de la Ley N° 27795, Ley de Demarcación Territorial, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2003-PCM de 21 de febrero de 2003, supone una población concentrada entre 1,001 y 2,500 habitantes; viviendas ubicadas en forma contigua y continuada, con una disposición tal que conformen calles y una plaza céntrica; servicio de educación para el nivel de primaria completa; servicio de salud que permita contar con un puesto de salud; local comunal de uso múltiple; y, áreas recreacionales.

En los casos en que el titular del derecho minero que se encuentre en el supuesto de "zona alejada", otorgue facilidades de vivienda exclusivamente para los trabajadores, no así para la familia de éstos, podrá establecer un sistema de trabajo minero especial de jornadas de trabajo acumulativas y de descansos remunerados también acumulativos (D.S. N° 046-2001-EM, artículo 150°).

Los titulares de la actividad minera que se acojan a este régimen especial de trabajo deberán comunicar tal decisión al Ministerio de Energía y Minas, informando sobre el número de trabajadores comprendidos en el sistema, los puestos y la modalidad de trabajo establecida, y las jornadas y turnos para cada uno. Copia del cargo de dicha comunicación deberá ser presentada el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para su conocimiento. Cualquier variación al régimen establecido deberá ser igualmente comunicado en la forma antes mencionada, dentro del mes siguiente (D.S. N° 046-2001-EM, artículo 152°).

Además, para el disfrute de los días de descansos acumulados del trabajador, el titular de la actividad minera deberá transportarlo gratuitamente desde y hacia el centro poblado más cercano que cuente con servicio público de transporte. Dicho traslado se podrá realizar en cualquier medio autorizado de transporte de pasajeros. (D.S. N° 046-2001-EM, artículo 153°).

Consideramos que aún cuando la Unidad Minera deje de ser considerada como ubicada en "zona alejada" de las poblaciones, por razón del transcurso del tiempo y del surgimiento de nuevos pueblos, en la medida en que a los trabajadores se les proporciona vivienda, más aún si sus familias viven en zonas alejadas, resulta justificado que se establezcan regímenes de trabajo y descanso acumulativos, tal como la propia norma legal lo señala. ("en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa").

En consecuencia, el marco constitucional sobre esta materia de jornadas y descansos acumulativos, y las normas legales que lo desarrollan, con nitidez establecen la posibilidad de que las empresas puedan establecer el indicado régimen de trabajo y descansos acumulativos, siempre y cuando la naturaleza especial de sus actividades así lo aconseje. Además de la actividad minera tenemos por ejemplo, la actividad petrolera que se desarrolla en medio de la selva o en el zócalo continental.

¿Cuál es el período de jornadas y descansos acumulativos previsto por la Constitución y la ley?, no está fijado. Ambas clases de normas lo único que establecen es que determinadas las jornadas y descansos acumulativos, el promedio de horas trabajadas "en el período correspondiente", no puede superar

los máximos de 8 horas diarias o 48 horas semanales, porque de ocurrir ello estaríamos frente al trabajo en sobretiempo.

Entonces la pregunta que surge es: ¿cuál es el "período correspondiente"? Como no existe respuesta legal cierta (por su propia esencia), entonces dicho período será el que razonablemente deba aplicarse en concordancia con la naturaleza de las actividades de la empresa y otros criterios, como el tiempo que puede demorar al trabajador trasladarse de su centro minero a la ciudad o pueblo donde se encuentre ubicado su domicilio, que precisamente haga viable dicho traslado y la posibilidad de estar al lado de sus familiares durante los días de descanso que le corresponda como consecuencia de las jornadas de trabajo acumulativas, y que suponga un verdadero disfrute de su tiempo libre.

No existe pues una regla, como sucede en muchos otros campos del Derecho del Trabajo. De ahí la importancia del principio de razonabilidad que informa esta rama del Derecho. Corresponderá en todo caso al juez, frente a un conflicto, evaluar si el empleador ha aplicado correctamente o no dicho principio[18]

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE ABRIL DE 2006

Mediante Sentencia de 17 de abril de 2006 dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, contra la Empresa Southern Perú Cooper Corporation, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de mayo y vigente a partir del día siguiente, estableció con carácter vinculante, es decir obligatorio para los jueces, que los trabajadores mineros "... en razón de las especiales condiciones de riesgo para la salud y la seguridad, que comporta el trabajo en las minas del Perú ..", no pueden trabajar una jornada mayor de 8 horas diarias (Fundamento 28). En tal sentido se entiende que sólo en casos verdaderamente excepcionales, verificables objetivamente, podrían sobrepasar dicha jornada, con el correspondiente pago de horas extras.

18 El sólo hecho que un tercero, en este caso el juez, pueda discernir si el criterio utilizado por el empleador en esta materia ha sido correcto o no, incentiva de manera importante para que sea aplicado respetando el principio de razonabilidad.

Sin embargo, la Sentencia permite las jornadas acumulativas (que las identifica como atípica, que es el género) "... en cualquier tipo de actividades laborales ...", que incluye a la minera, pero introduciendo aparentemente una limitación "al período correspondiente" en que debe establecerse si la suma de las jornadas y descansos acumulativos, en promedio, no excede de los máximos de 8 horas diarias o 48 semanales a que se refieren la Constitución y la ley, pues señala que dichos máximos tendrían que computarse en "... un período de 3 semanas o (de) un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT ..." (entre paréntesis agregado), (Fundamento 29).

Un primer comentario que origina el contenido de la Sentencia, es que el Tribunal Constitucional al resolver una acción de amparo en concreto, hace uso de dicha coyuntura para hacer extensiva su decisión, a fin de que se aplique, cuando se promuevan conflictos de similar naturaleza, a todos los sectores laborales, sin que necesariamente medie un análisis exhaustivo sobre las consecuencias de dicha decisión que podría considerarse que, en la práctica, tiene efecto normativo (Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), semejante al de una disposición legal[19], no obstante que éstas usualmente se expiden previa investigación y citación para escuchar a las partes involucradas que pueden verse afectadas por lo que se decida en aquélla.

Esta interpretación del Tribunal se encuentra respaldada en el Fundamento 38 de la misma Sentencia, en el que se sostiene que "... El derecho a la jornada de 8 horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25° y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo e inane, mera declaración (más aún cuando integra el estándar mínimo que el Estado Peruano se ha comprometido a respetar y garantizar), si no una disposición jurídica del más alto rango y cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la administración, sino también a los particulares...". Además en el Fundamento 39 determina que "... entonces los convenios colectivos y los contratos de trabajo no pueden contradecir dicho estándar mínimo, bajo sanción de nulidad, por contravenir derechos fundamentales ...".

19 Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VII "Precedente.- Las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia precisando el extremo de su efecto normativo..."

La Sentencia que se comenta, tal como se dictó, suscitó diversas interrogantes, entre ellas las siguientes:

¿A qué trabajadores mineros en concreto se refería o comprendía el Fundamento 28 cuando aludió al "caso particular de los trabajadores mineros"?: ¿A los de socavón?,¿A los de tajo abierto?,¿A los jefes?,¿Al personal administrativo?.

Todos son trabajadores mineros porque pertenecen al Sector Minero; sin embargo, la Resolución no efectuó distinción alguna cuando, en línea con lo resuelto por el Tribunal, debió hacerlo. Aparentemente sólo debería comprender a los trabajadores de socavón u otras áreas de trabajo penoso, pero ello debió especificarse expresamente a fin de evitar interpretaciones que sólo originan impredictibilidad y contingencias para los empleadores y para los propios trabajadores.

Queda claro de los Fundamentos 28 y 29 que en el trabajo minero, así como "en cualquier tipo de actividades laborales" pueden haber jornadas acumulativas, pero que, junto con los descansos acumulativos, no pueden superar las 3 semanas a que se refiere el literal c) del artículo 2, del Convenio N° 1 de la OIT, pero tratándose de trabajadores mineros dicho régimen puede establecerse siempre que se respete una jornada no mayor de 8 horas.

¿Cómo se compatibiliza esta restricción con el artículo 5° del Convenio N° 1 de la OIT que prevé que en casos excepcionales se puede superar el límite antes señalado y que lo que se acuerde podrá tener fuerza de reglamento si el gobierno así lo decide?

En el caso peruano, esto se encuentra decidido incluso a nivel constitucional, pues el artículo 25° de la Carta permite el trabajo en jornadas acumulativas, que suponen naturalmente jornadas y descansos acumulativos, que sumados y divididos en el período que corresponda, no puede superar las 8 horas diarias o 48 semanales de trabajo. Si se excediera del máximo, tendría que pagarse la remuneración por horas extras.

Cuando la Constitución se refiere que en el caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas "en el período correspondiente", no pueden superar dicho máximo, significa que el empleador o, si media convenio colectivo, empleador y trabajadores, deben establecer un período que sea razonable como consecuencia de la especial naturaleza de las actividades que realiza, de tal modo de garantizar al trabajador el respeto de la jornada máxima legal y el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre a que se refiere el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, que invoca el Tribunal como

sustento de su Resolución[20]. Restringir el período de acumulación de trabajo y descansos al máximo de tres semanas previsto en el Convenio N° 1 de la OIT constituye a nuestro juicio una exageración y, lamentablemente, una falta de concordancia con la realidad.

Es el caso, por ejemplo de los trabajadores mineros o petroleros que usualmente prestan servicios en zonas alejadas de la ciudad y de sus hogares, lo que hace razonable que los períodos de trabajo acumulativo sean más largos para que justifiquen también un período de descansos acumulativos que permitan al trabajador trasladarse a su hogar y regresar al centro minero o petrolero dedicando un tiempo importante al descanso y a la vida familiar.

¿No debió merecer un análisis más exhaustivo la razón de ser de las jornadas acumulativas o atípicas en el mundo de hoy que es muy distinto a lo que ocurría en 1919 en que se aprobó el Convenio N° 1?

De mantenerse la restricción de 3 semanas como máximo para jornadas y descansos acumulativos, esto significaría que un período de 21 días, el trabajador minero trabajaría 18 días continuos 8 horas para tener 3 días de descanso también acumulativos. (Recuérdese que tal como lo establece el Fundamento 28, el trabajador minero no puede trabajar más de 8 horas diarias).

La pregunta es, si la familia de estos trabajadores, como ocurre en los hechos, residen en otros departamentos ¿qué posibilidad tendrán de visitarla si apenas gozarán de 3 días de descansos acumulativos? Ninguna. Se irán al pueblo más cercano y sólo tendrán la esperanza de ver a sus familiares con motivo de sus vacaciones, con lo cual los efectos de llevar una vida en soledad (comportamientos ansiosos y depresivos, desunión familiar, alcoholismo), a que se refiere el Fundamento 6 de la Sentencia, se acrecentaría en vez de disminuir.

Entonces, ¿Cómo se compatibiliza la restricción impuesta por la Sentencia del Tribunal Constitucional, con el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso a que se refieren los Fundamentos 18 y siguientes?

---

20 El derecho al descanso y disfrute del tiempo libre, es desarrollado por la Sentencia en los Fundamentos 18 y 19 invocando instrumentos internacionales a los que el Perú se ha adherido como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24°), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7°, literal d); y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 7°, literal h). Resulta relevante que el Tribunal Constitucional haya rescatado de la norma Constitucional este importante derecho que tiene por objeto enfatizar que el ser humano trabaja para vivir pero no vive para trabajar, y que el día no sólo sirve para el trabajo, sino para otro tipo de actividades, personales, familiares, sociales, culturales, de descanso y disfrute verdadero del tiempo libre, como complemento esencial de la referida calidad del trabajador.

En esta misma línea de pensamiento, existen centros mineros en que por 5 semanas de trabajo acumulativo se le otorga al trabajador 2 semanas acumuladas de descanso.

¿Qué es más favorable para el trabajador?

Es cierto que en el Fundamento 29 al permitirse la jornada acumulativa y descansos también acumulativos no mayor a 3 semanas, y refiriéndose a actividades distintas a la minera, podrá por ejemplo trabajarse jornadas acumulativas de 12 horas que permitan a los trabajadores contar con un descanso acumulativo mayor a 3 días. ¿Será suficiente si su hogar se encuentra fuera del departamento donde trabajan?.

El tema de la exposición del trabajador a los riesgos de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, ¿no debería ser solucionado por una inspección más rigurosa sobre el cumplimiento del horario de refrigerio o descanso y de las normas de seguridad y no a través de disposiciones generales que no se compadecen con la realidad?.

V. RESOLUCION ACLARATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE MAYO DE 2006

Lo cierto es que la Sentencia que se ha comentado produjo justificadas reacciones no sólo de los empresarios mineros, sino también, entendemos, de los propios trabajadores de dicho Sector, además de los análisis que motivó por parte de especialistas en la materia.

La demandada solicitó aclaración de la Sentencia y como consecuencia de este pedido, mediante Resolución fechada el 11 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional aclaró diversos contenidos de la misma, siendo los más importantes los siguientes:

Trabajadores mineros - Ámbito

El Fundamento 4 de la Resolución Aclaratoria restringe el ámbito de lo que debe entenderse por "trabajadores mineros", a quienes se les aplicaría las restricciones o limitaciones previstas en la Sentencia de 17 de abril de 2006; a saber: (i) Los que laboran en minas subterráneas en forma permanente; (ii) Los que realizan labores directamente extractivas en las minas a tajo abierto; y, (iii)

Los trabajadores que laboran en Centros de Producción Minera, siempre que en la realización de sus labores se encuentren expuestos a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, según la escala prevista en el Reglamento de la Ley de Jubilación Minera; es decir, el ámbito de "trabajadores mineros" corresponde a aquéllos que tendrían derecho a pensión de jubilación adelantada, conforme a la Ley N° 25009, Modificatorias y Complementarias, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-89-TR (Punto 4). Estas normas incluyen a los trabajadores que prestan servicios en centros metalúrgicos y siderúrgicos.

En tal sentido, por ejemplo, el personal administrativo que presta servicios en un Centro Minero, no estaría comprendido en las restricciones a la jornada de trabajo, aún cuando podría alcanzarles aquéllas referidas a las jornadas y descansos acumulativos o atípicos. Sin embargo, como veremos más adelante, la Resolución Aclaratoria ha flexibilizado los alcances que sobre esta materia contenía la Sentencia de 17 de abril de 2006.

Jornadas y descansos acumulativos o atípicos

De acuerdo a la referida Sentencia, en el caso de trabajadores mineros la jornada razonable de trabajo no podía ser mayor de 8 horas diarias "ni" (sic) 48 horas semanales y, en concordancia con lo anterior, las jornadas acumulativas debían establecerse con base a días de trabajo de 8 horas, no pudiendo superar las 48 por semana en un período de 3 semanas o más corto, lo que significaba que, o los trabajadores mineros trabajaban de lunes a sábado 8 horas diarias (no más, salvo supuestos excepcionales en que se tendría que pagar la remuneración por horas extras) y descansaban el séptimo día; o, en un período acumulado de 21 días (3 semanas), tendrían que trabajar 18 días con una jornada no mayor a 8 horas, para tener 3 días de descanso acumulado (Fundamentos 28 y 29 de la Resolución original).

Ahora, con la Resolución Aclaratoria el esquema es el siguiente: (i) Sólo en las empresas mineras que cumplan copulativa o conjuntivamente las condiciones previstas en el "Test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros" contenido el Fundamento 15 de la Resolución Aclaratoria, las jornadas acumulativas podrán superar las 8 horas diarias de trabajo, siempre que junto con los descansos, también acumulativos, en promedio no excedan las 8 horas diarias o 48 semanales. También podrán establecer jornadas acumulativas que superen el período de 3 semanas. Este cálculo debe efectuarse con base a un período de 3 semanas o más corto, según se detalla más adelante; (ii) Las

empresas mineras que no cumplan con dicho Test, sus trabajadores no podrán laborar más de 8 horas diarias, aún cuando utilicen regímenes de jornadas y descansos acumulativos; (iii) Las jornadas y descansos acumulativos en otras actividades laborales, sin que les sea aplicable el "Test" antes mencionado para el trabajo minero, pueden superar las 3 semanas, siempre que el promedio de jornadas y descansos acumulativos, calculado por períodos de 3 semanas o menos, no supere en promedio las 8 horas diarias o 48 horas semanales. (Puntos 14, 15 y 16). Así por ejemplo, si existe un régimen de jornadas acumulativas de 35 días (5 semanas) y 14 días (2 semanas) de descansos también acumulativos, debe establecerse, si efectuado el cálculo de jornadas y descansos acumulativos en un período de 3 semanas de las 5, se respeta el indicado promedio. Lo mismo debe ocurrir con las 2 semanas restantes. En la práctica, se entiende que, si en el ejemplo propuesto, de 5 semanas de trabajo acumulativo y 2 de descanso acumulativo, en promedio, se respetan las 8 horas diarias o 48 horas semanales, lo mismo debería ocurrir si el cálculo se efectúa proporcionalmente tomando un período de 3 semanas.

Contenido del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros

Los requisitos que a continuación se señalan, contemplados en el Punto 15 de la Resolución Aclaratoria, se deben cumplir de manera conjunta o copulativa:

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

f) Si se ha pactado en el Convenio Colectivo, el máximo de 8 horas diarias de trabajo (este supuesto se aplica sólo si existe Convenio Colectivo que regule este aspecto).

En consecuencia, si el empleador minero desea acogerse al esquema flexible de jornadas y descansos acumulativos o atípicos, debe acreditar el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones señaladas y contar con las pruebas necesarias de ello. Basta que se incumpla una para que no se aplique, en cuyo caso las jornadas de trabajo no podrán superar las 8 horas diarias, bien se trate de trabajo diario con descanso semanal, o régimen de jornadas y descansos acumulativos.

Comentario especial merecen las condiciones c), d) y e) del "Test".

Respecto de la garantía de una adecuada alimentación para que los trabajadores se encuentren en aptitud de resistir jornadas mayores a la ordinaria, obligará a las empresas a un control nutricional por un profesional, que periódicamente supervise la calidad de la dieta alimenticia y emita los informes correspondientes, aconsejando las rectificaciones que deban introducirse o prestando su conformidad.

Cuando el empleador minero organice el trabajo en sus centros mineros con jornadas acumulativas que supongan un trabajo mayor a 8 horas diarias, entonces no será suficiente el descanso o refrigerio de 45 minutos, sino que tendrán que darse otros descansos por períodos razonables a la mayor extensión de la jornada y compatibles con el esfuerzo físico desplegado. Se entiende que esos descansos adicionales, al igual que lo que ocurre con el horario de refrigerio o descanso, no son computables dentro de la jornada de trabajo.

En el supuesto de que la actividad minera se desarrolle en turnos diurnos y de noche, la jornada nocturna deberá ser menor que la diurna, atendiendo al mandato contenido en el literal h) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo Adicional de San Salvador", del que el Perú es adherente, y que el Tribunal Constitucional lo recoge en el Punto 15 de la Resolución Aclaratoria, según el cual la legislación nacional debe garantizar que las jornadas serán de menor duración, entre otros supuestos, cuando se realiza en horario nocturno.

VI. EFECTOS EN GENERAL DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE AMPARO Y EN ESPECIAL RESPECTO DE LA JORNADA DE TRABAJO

Una de las incertidumbres originadas por la Sentencia de 17 de abril de 2006, consistía en que si el efecto vinculante de lo resuelto alcanza imperativamente a todas las actividades laborales o si sólo es de obligatorio cumplimiento para la empresa demandada y de observancia por los jueces en casos similares.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en el Punto 2 de la Resolución Aclaratoria, establece que"... el uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante, depende de la existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emane el precedente ...".

Lo anotado significa que la Sentencia de 17 de abril y su Resolución Aclaratoria de 11 de mayo se aplican exclusivamente a la empresa demandada, y que los criterios generales antes expuestos, que tienen carácter vinculante, obligan a los jueces a resolver en el mismo sentido en casos similares. Estrictamente hablando no obliga a los demás empleadores; sin embargo, si se encuentran en la misma situación que la empresa demandada y si se les inicia una acción de amparo, todo hace prever que se resuelva con base a dichos criterios.

Esta conclusión se encuentra, además, amparada por las siguientes razones: (i) Porque el Fundamento 45 de la Sentencia de 17 de abril de 2006, establece que dicho precedente vinculante sirve "... para resolver todos los procesos de amparo que guarden similitud con lo ahora resuelto ..."; (ii) Porque la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 determina que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes ... según los preceptos y principios constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad". Adviértase que dicha norma se refiere a los Jueces y Tribunales y no a los otros Poderes del Estado, por ejemplo, dentro del Ejecutivo, al Ministerio de Trabajo, y tampoco a los particulares; (iii) Porque el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que "Las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. ..." que como se tiene dicho ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido que el precedente vinculante sirve para resolver todos los procesos de amparo

que guarden similitud; (iv) lo resuelto no obliga a la Autoridad Administrativa de Trabajo, la misma que debe observar la legislación vigente, ya que su actividad es reglada, y no está autorizada a aplicar control difuso, y porque el criterio del Tribunal Constitucional sólo es válido para procesos similares, toda vez que no tiene el poder de modificar la legislación vigente ya que sólo puede hacerse a través de otra ley, o de Sentencias recaídas en procesos de Acción Popular que declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de un reglamento o, en acciones de inconstitucionalidad, que no es el caso. Sin embargo podría existir el riesgo que la Autoridad Administrativa de Trabajo ante una infracción entienda la ley con base al criterio utilizado por el Tribunal Constitucional, que es al fin y al cabo el intérprete supremo de la Carta.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La jornada de trabajo típica o representativa es aquélla que se presta diaria y habitualmente y que no puede exceder de 8 horas por día o 48 horas por semana, y que contempla cíclicamente el descanso semanal correspondiente, en tanto que las jornadas atípicas se apartan de dicho patrón, como por ejemplo las jornadas de trabajo y descanso acumulativos, las de trabajo compartido, las de horas de trabajo computadas anualmente, el trabajo sobre llamada, entre otras.
2. Como consecuencia de la conclusión anterior, y de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, se tendría que considerar como jornada típica de trabajo: (i) aquélla que se presta diariamente de lunes a sábado, siempre que no exceda de 8 horas por día, (ii) las jornadas compensatorias de trabajo en las que algunos días la jornada ordinaria es mayor y en otros días menor de 8 horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de 8 horas diarias o 48 horas por semana; (iii) la reducción del número de días de la jornada semanal de trabajo, prorrateándose las horas de reducción dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, no pudiendo exceder en promedio de 48 horas semanales. En todos estos supuestos el trabajador goza del descanso semanal obligatorio.
3. El ordenamiento laboral peruano sobre esta materia, a que se refiere la conclusión anterior, en los casos contemplados en los numerales (ii) y (iii) estaría colisionando con el artículo 2, literal b) del Convenio N° 1 de la OIT, referida a la limitación de horas de trabajo en las empresas industriales, por

cuanto, si bien permite el prorrateo, establece como límite que su aplicación no puede ser mayor a una hora diaria, no así con nuestra norma Constitucional que sí lo permite y está desarrollado a nivel infraconstitucional. En consecuencia sería necesario que el gobierno peruano solicite a la OIT la revisión y actualización del citado Convenio, habida cuenta que la realidad empresarial existente cuando se dictó (año 1919) difiere sustancialmente de la actual.

4. En el ámbito minero, sólo las empresas que cumplan conjuntivamente las condiciones previstas el "test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros", las jornadas acumulativas podrán superar las 8 horas diarias de trabajo por períodos superiores a tres semanas, siempre que, sumados a los descansos acumulativos, en promedio no excedan de las 8 horas diarias o 48 horas semanales.

   Las empresas mineras que no cumplan con el mencionado test, sus trabajadores no podrán laborar más de 8 horas diarias, aún cuando utilicen regímenes de jornadas y descansos acumulativos.
5. Aún cuando las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre esta materia obligan directamente a las empresas demandadas, por su carácter vinculante resulta aconsejable que los empleadores mineros observen los preceptos generales que contiene el "test", por cuanto, de plantearse una acción de amparo contra ellos por motivos similares, los jueces tendrían que resolver en la misma forma en que lo ha hecho el Tribunal Constitucional.

INCONVENIENTES EN LA REMISIÓN DE PROCESOS DE AMPARO A LA JURISDICCIÓN LABORAL SEGÚN RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sandro Alberto Núñez Paz (*)

Sumario

I. Antecedentes. II. Posibles inconvenientes procesales. III. Problemas respecto a la competencia de los juzgados laborales. IV. Problemas respecto de la admisión y trámite de los procesos remitidos. V. Inconvenientes que pueden presentarse en la admisión de las causas. 5.1. Respecto a la causal. 5.2. Respecto a la caducidad. 5.3. Respecto a la ampliación o modificación de las demandas. 5.4. Respecto a los medios probatorios. 5.5. Respecto a las medidas cautelares. 5.6. Respecto a la compatibilidad de procesos. VI. Conclusiones. Bibliografía

I. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) publicó la sentencia emitida en el expediente N° 0206-2005-PA/TC en los seguidos por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. En dicho proceso de amparo, el demandante solicitó la reposición en su puesto de trabajo, con el consiguiente pago de sus remuneraciones dejadas de percibir.

El TC resolvió declarando improcedente la demanda, en el entendido que el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a

* Juez Titular del 19° Juzgado Laboral de Lima. Catedrático de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Post – Grado de la Universidad de San Martín de Porres.

probanza. Asimismo, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, fijó en calidad de precedente vinculante inmediato los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral.

En anteriores pronunciamientos, el TC refirió que 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[1]; mencionando el colegiado que, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo era 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.

Así, como consecuencia de la jurisprudencia emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, el Tribunal determinó en el fundamento número 38 que para los casos de procesos de amparo en materia laboral individual privada, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en la jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

Lo que no se estableció en la mencionada jurisprudencia fue la forma cómo pasarían estos procesos de amparo a los juzgados laborales, si es que habría una remisión expresa en las sentencias y la forma cómo deben adaptar las demandas para los fines del proceso ordinario laboral, por lo que surgen algunas dudas que merecen ser esclarecidas.

II. POSIBLES INCONVENIENTES PROCESALES

En la sentencia bajo análisis, el TC no determinó la forma cómo deben pasar los expedientes a los juzgados laborales, por lo que recién se podría ver ello cuando efectivamente un proceso con esas características sea remitido al ámbito laboral. Así, en la resolución del proceso de amparo signado con el Expediente N° 6655-2005-PA/TC de fecha 17 de enero de 2006, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 31 de enero de 2006, en los seguidos por Alejandro

1 Revisar, por ejemplo, el criterio asumido por el TC en el fundamento número dieciséis de la sentencia emitida en el Expediente N° 976-2001-AA/TC. en el caso Eusebio Llanos Huasco.

Arnaldo Zenón Jara y otro contra Consultora "A" SAC y otro, el TC resolvió lo siguiente:

1. Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme se dispone en el fundamento 4, supra.

El fundamento número 4 de la referida resolución señala que por ser el asunto controvertido materia del régimen laboral privado, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubieran establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el TC ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales (fundamento número 38 de la sentencia del TC en el Expediente N° 206-2005-PA/TC).

Encontramos entonces dos problemas en esta remisión: primero si es procesalmente posible remitir un proceso de amparo a una instancia que no conoce de este tipo de procesos, pudiendo surgir complicaciones respecto a la competencia de los juzgados laborales; y segundo, de ser competente la judicatura laboral para tramitar estas causas, cuál deberá ser el trámite que deben seguir dichos procesos una vez recibidos por los juzgados laborales.

III. PROBLEMAS RESPECTO DE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS LABORALES

El primer problema respecto a la remisión de procesos de amparo a los juzgados laborales, debe ser analizado con detenimiento, dado que pueden surgir problemas con la competencia de estos juzgados. De conformidad con lo señalado en el artículo 35° del Código Procesal Civil, norma que establece que la incompetencia por razón de la materia, cuantía, grado, turno y territorio, ésta última cuando es improrrogable, se declara de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción. Por su parte el artículo 36° del mismo cuerpo legal establece que al declarar su incompetencia, el juez declarará asimismo la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso, con excepción de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 451°.

En efecto, el inciso 6 del artículo 451° del Código Procesal Civil, establece que una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones del artículo 446°, (entre ellas la de incompetencia), produce, entre otros,

los siguientes efectos: "6) remitir los actuados al juez que corresponda, si se trata de la excepción de competencia territorial relativa." (subrayado agregado). Como en el presente caso no se trata de una competencia territorial relativa sino de una incompetencia por razón de la materia, entonces no es de aplicación este inciso.

Por ello, el TC, en estricto sentido procesal, dado que el Código Procesal Civil es de aplicación supletoria, y al no hacer mención alguna el Código Procesal Constitucional respecto a la remisión de demandas, debió declarar la improcedencia de la acción y proceder a archivar la materia. Pero no lo hizo así debido a que si procedía de esta forma habría operado la caducidad de estas nuevas demandas que se hubiesen presentado ante los juzgados laborales[2], por lo que, al parecer, por dicho motivo el TC ordenó, en contra de lo que establecen las normas procesales, la remisión de los procesos a los jueces laborales para su tramitación.

Respecto a este punto PALACIOS PAREJA[3] señala que desde su punto de vista, el inciso 6 del artículo 451° del Código Procesal Civil incluido por Ley N° 28544 es inconstitucional, pues opina que: "La competencia es la potestad estatal para buscar la actuación del derecho objetivo al caso concreto, para lograr la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares, la sanción de determinadas conductas antisociales por medio de decisiones definitivas y ejecutables con la finalidad de mantener la armonía social. Es la aptitud que tienen los distintos jueces para ejercer jurisdicción en determinado ámbitos, según la materia, cuantía, territorio, grado y turno, ante la imposibilidad del juez único. Estamos ante un presupuesto procesal, sin el cual no existe una relación procesal ni proceso válido. En consecuencia, lo actuado ante un juez incompetente es irremediablemente nulo. Y lo que es más importante aún, mediante la competencia se actúa la garantía constitucional del juez natural prevista en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, entendida como el derecho de las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por el juez predeterminado por la ley, lo cual a su vez integra el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva." (subrayado agregado)

El autor con acierto señala que lo tramitado ante un juzgado incompetente resulta nulo, por que ello rompe el principio constitucional del juez natural, situación que no ha sido contemplada por el TC. En el mejor de los casos, ha sido contemplada por dicha instancia jurisdiccional, pero el colegiado ha preferido el

2 Una de las características de la caducidad, de conformidad con el artículo 2005° del Código Civil es que no admite interrupción ni suspensión, salvo que sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

3 PALACIOS PAREJA, Enrique, Excepción de incompetencia declarada fundada, en Jurídica N° 96, Suplemento de Análisis Legal del diario oficial El Peruano, martes 30 de mayo de 2006. Pág. 8.

tema descrito de la caducidad de las demandas antes que el principio del juez natural, por lo que ha procedido a resolver de esta forma, privilegiando que los demandantes no se perjudiquen por una incorrecta interposición de demandadas.

Los juzgados laborales entre tanto, no pueden sustraerse a la tramitación de estas causas dado que se encuentran frente a un mandato del órgano supremo de la legalidad en el país, por lo que es debido a esta disposición del TC que se deben tramitar ante la instancia laboral los procesos materia de análisis remitidos por la instancia constitucional.

IV. PROBLEMAS RESPECTO A LA ADMISIÓN Y TRÁMITE DE LOS PROCESOS REMITIDOS

El segundo problema que se genera es la forma cómo van a recibir, admitir y tramitar los juzgados laborales estas causas que deben ser ordinarizadas según el proceso laboral. Verifiquemos entonces el trámite que deben seguir estos procesos una vez remitidos por la instancia constitucional hacia la laboral:

1) Una vez recibido el expediente judicial por el juez laboral, éste debe emitir una resolución previa para que el demandante "adecue" su demanda de conformidad con la Ley Procesal del Trabajo. Por ello, es obligación del juez emitir una resolución previa. No podrá admitir este proceso, sino que notificará a las partes de su avocamiento, y ordenará a la parte accionante la adecuación de la materia al proceso ordinario laboral, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 26636.
2) El demandante debe adaptar y ajustar su pedido a las reglas que contienen las normas laborales, y en especial las del artículo 29° del Decreto Supremo 003-97-TR, norma que contiene las causales del despido nulo. Cabe señalar que estas causales son, para la legislación laboral nacional, las únicas situaciones que establecen la reposición de un trabajador en su puesto de trabajo.[4]

4 El TC en la sentencia del Expediente N° 1124-2001-AA/TC, ha determinado que la forma de protección contra un despido arbitrario, no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, siendo la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional. Con este criterio, los jueces laborales, aplicando esta línea jurisprudencial, pueden admitir a trámite demandas en las que no se ha invocado causal expresa señalada en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Admitidas estas a trámite, podrán entonces sentenciar, de ser el caso, ordenando la reposición de un trabajador que haya sufrido un despido arbitrario. Volveremos con este tema más adelante.

3) Una vez adecuada la demanda por parte del accionante, deberá admitirse a trámite y correr traslado a la demandada para que proceda a contestar la misma. En este momento la parte emplazada podrá interponer excepciones, defensas previas y contradecir los extremos demandados.
4) El Juzgador deberá entonces llamar a audiencia única y posteriormente resolver la materia. Siendo esto así, existen algunos problemas que se pueden presentar, los cuales pasaremos a desarrollar en el siguiente punto.

V. INCONVENIENTES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA TRAMITACIÓN DE LAS CAUSAS

5.1 Respecto a la causal

¿Si es que el motivo del despido no se encuentra prescrito como causal dentro de las establecidas por el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, puede invocar cualquier otra causal ajena a estas para que se efectivice la reposición?

La incertidumbre sobre este tema se ha originado como consecuencia de la sentencia emitida por el TC en el proceso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL contra la empresa Telefónica del Perú, en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC de fecha 11 de julio de 2002. En dicha resolución el colegiado declaró fundada la demanda y ordenó la reposición de los trabajadores que fueron objeto de un cese colectivo por parte de la empresa demandada, sentando algunos criterios. Para tal efecto, seguiremos lo opinado por NEVES MUJICA[5] quien ha apuntado que "el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral prevé dos supuestos de despido arbitrario: aquél en el que no se invoca causa y aquél en el que alegándose no se prueba en el proceso posterior. En la sentencia, el Tribunal Constitucional parecía considerar que ambos eran inconstitucionales y que, por tanto, la única reparación apropiada frente a ellos era la reposición en el empleo. En la aclaración, sin embargo, únicamente el primero merece tal calificativo y provoca tal efecto. Así fluye de los puntos 2.4 y 2.7. De este modo, subsiste el régimen mixto de estabilidad laboral que tenemos en el Perú: absoluta para unos casos y relativa para otros. Lo que ha ocurrido tras estos pronunciamientos, es que el

5 NEVES MUJICA, Javier, en Diálogo con la Jurisprudencia, Especial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, N° 49, Año 8, Gaceta Jurídica Editores, Lima, octubre 2002, Pág. 46.

campo de la estabilidad absoluta que comprendía originalmente los supuestos de despido nulo (contemplados en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, complementados por otras disposiciones referidas al VIH/SIDA y la discapacidad) se ha ampliado, para abarcar también al despido que podríamos llamar 'radicalmente arbitrario' (en el que no se esgrime causa justificada); y, correlativamente, el de la estabilidad relativa se ha acortado, abarcando ahora solo los despidos meramente arbitrarios (en los que se invoca un motivo justificado pero no se logra demostrar). En adelante, pues, el despido en el que no se alega causa justificada queda proscrito de nuestro ordenamiento."

Así, de la sentencia analizada en el párrafo precedente se determinó jurisprudencialmente que era posible solicitar la reposición si es que se había consumado un despido arbitrario (ad nutum), claro está por que el TC ha considerado que el segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, vacía de contenido el derecho constitucional al trabajo.

Debemos tener presente que este criterio fue determinado en un proceso de amparo, en donde puede ser posible que se ordene la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, dado que en materia constitucional no tienen las limitaciones impuestas al ámbito laboral respecto a las causales específicas de reposición, subsistiendo la pregunta: ¿es posible que esto también sea aplicable en materia laboral y sobre todo en un proceso laboral, en donde existen las limitaciones impuestas tanto por el artículo 29° y tercer párrafo del artículo 34° ambos del Decreto Supremo N° 003-97-TR? En dichas normas queda claro que la única forma de reponer a un trabajador debe ser mediante un proceso de nulidad de despido, sustentado en una de las causales que establece el señalado artículo 29°.

En efecto, en lo que respecta al proceso laboral sólo se podrá reponer a un trabajador si es que demanda la nulidad de despido basado en una de las cinco causales establecidas por la norma laboral.[6] Pero ¿qué sucede si la causal del despido propuesta en la original demanda constitucional no fue ninguna de las

6 Cabe señalar que el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que 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 (Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador...);
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 (noventa) días posteriores al parto.

descritas por el artículo 29° debido a que el despido fue uno de naturaleza arbitraria, es decir por decisión unilateral del empleador, sin que haya mediado, por ejemplo, causa justa de despido y se remitió simplemente una carta de despido sin mención alguna a causal prevista? ¿Estaremos entonces ante presupuestos que no se encuentran dentro los establecidos por el artículo 29° como por ejemplo si se ha producido un despido ad nutum[7], el cual no se encuentra contemplado como causal de reposición? Todo esto en el entendido que el artículo 29° contiene cláusulas cerradas que no permiten el ingreso de nuevas causales como generadoras de una reposición como consecuencia del despido.

Al parecer lo que ha ordenado el TC es que se abran las cláusulas del artículo 29° y se permita solicitar la reposición inclusive cuando se haya cometido un despido sin expresión de causa, por la sola voluntad del empleador, debiendo entonces preguntarnos: ¿si en cualquier circunstancia en la que se haya producido el despido por causa relacionada con la sola voluntad del empleador va a ser motivo para solicitar la reposición en el trabajo?

A criterio del TC parecería que sí, pero subsiste la limitante legislativa de mantener el artículo 29° como numerus clausus, debiendo el juzgador laboral en caso de amparar una demanda que contenga como pretensión principal la reposición de un trabajador que ha sido despedido de forma arbitraria, aplicar el control difuso e invocar los criterios constitucionales establecidos por el TC para determinar la reposición solicitada, al no tener este tema respaldo legal; claro está, también pueden ampararse estas demandas siguiendo la jurisprudencia del TC.

De otra forma, no vemos cómo se puede aplicar lo ordenado por el TC, dado que los juzgados de trabajo si bien es cierto deben aplicar los criterios asumidos por el colegiado, no pueden soslayar ni pasar por encima lo establecido por la norma para el caso de los despidos arbitrarios; razón por la cual somos de la idea que se puede inaplicar la normatividad laboral pudiendo reponer a un trabajador que haya sido objeto de un despido arbitrario, pero utilizando para tal efecto la facultad que tienen los jueces de aplicar el control difuso o aplicando los criterios asumidos por el TC, dejando el tema de la indemnización por despido arbitrario sólo para los

7 Para GÓMEZ VALDEZ, Francisco, en El Contrato de Trabajo, parte general, Tomo I, Lima, San Marcos, pág. 514, a diferencia del despido justo, el despido arbitrario es inmotivado, incausal, ad nutumm, es decir que el empleador no se toma la molestia de señalar las razones contenidas en el despido asumido o, simplemente, señalándolas carece de elementos suficientes para demostrarlos en juicio, probándose, de esta manera, que el despido ejecutado es el resultado de su libre albedrío, antes que del respeto a la normatividad existente. Por eso, tratándose de un despido incausado, el empleador responde pecuniariamente por el daño causado al trabajador, al resolver, de forma repentina, su contrato de trabajo.

casos en los que el demandante pretenda ello o, cuando el trabajador demandante opte por la indemnización, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR[8].

5.2 Respecto a la caducidad

¿Qué pasa con el tema de la caducidad, puede deducirla el demandado? Y si la respuesta es afirmativa ¿Desde cuándo va a ser contabilizado el plazo para tal efecto?

Un tema que siempre ha generado grandes controversias en materia laboral es el relativo a la caducidad, sobre todo desde la publicación del pleno jurisdiccional laboral de 1999 que determinó en el Acuerdo N° 05-95 (declarado de carácter obligatorio para Magistrados que conozcan materia laboral por Resolución Administrativa N° 05-99-SCS/CSJR) que para efectos de la suspensión del cómputo del plazo de caducidad que establece el referido artículo 36°, se aplican íntegramente las disposiciones contenidas en el artículo 58° del Decreto Supremo N° 01-96-TR, en la medida que desarrolla el concepto de falta de funcionamiento del Poder Judicial previsto en el artículo 36° del mencionado Texto Unico Ordenado, siendo que la caducidad en materia laboral tiene regulación propia en cuanto al plazo y ejercicio de la acción.

Tenemos entonces que en materia laboral los jueces contabilizan el plazo de caducidad tomando como referente los días hábiles, ocurriendo lo mismo en materia constitucional, dado que el artículo 44° del Código Procesal Constitucional establece que el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Como se puede apreciar, existirá entonces un vacío temporal en cuanto al momento en el que las demandas fueron presentadas. Nos explicamos:

Como ya mencionáramos, el motivo por el que el TC ha ordenado la remisión directa de los procesos de amparo a los juzgados laborales fue para que los trabajadores demandantes no pierdan la fecha de interposición de la demanda, por que si se vieran obligados a presentarla nuevamente el plazo de caducidad

8 El último párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, el trabajador opte por la indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones.

operaría y todas las demandas que fueron presentadas como procesos de amparo estarían caducadas. En consecuencia, si una demanda presentada en el año 2003 mediante un proceso de amparo, fue declarada improcedente por el TC, la obligación procesal de este colegiado al declarar la improcedencia de la demanda debió ser el de remitir el proceso al archivo, como hemos visto anteriormente.

Pero es justamente por medio de la jurisprudencia materia de análisis que esto ha sido dejado de lado por el TC, ordenando la remisión del proceso a los juzgados laborales. Como también hemos explicado anteriormente, la remisión que hace el TC es una de tipo directo, ordenando a dichos juzgados a admitir estas demandas. El tema de discusión entonces va a ser si se admitirán o no las excepciones de caducidad propuestas por la demandada o si el juez de oficio debe declarar la caducidad de la acción.

En este punto, encontramos tres supuestos, teniendo en consideración las fechas de interposición de la demanda.

I) Si el despido hubiese ocurrido con fecha 31 de diciembre de 2004, la caducidad laboral (30 días hábiles) hubiese operado el 14 de febrero de 2005, y la caducidad para un proceso constitucional (60 días hábiles) hubiese operado el 28 de marzo de 2005. En consecuencia, si es que el proceso constitucional (que después pasará a los juzgados laborales) fue presentado antes del 14 de febrero de 2005 no habría problema con la caducidad si es que es recibido por un juzgado laboral, por que el mismo fue presentado dentro del plazo de treinta días hábiles señalado por la normativa laboral.

II) Siguiendo el mismo ejemplo, el problema viene con los procesos constitucionales que fueron presentados entre el 14 de febrero y el 28 de marzo de 2005, (entre los treintiún y sesenta días hábiles) los mismos que si bien fueron presentados dentro de los sesenta días hábiles que otorga la norma procesal constitucional, no se encuentran dentro de los treinta días hábiles que otorga la norma laboral.

Esto reviste especial importancia dado que, con lógica razón, el demandado que observe este punto puede solicitar la caducidad de la acción si es que el proceso fue presentado entre el 14 de febrero y el 28 de marzo de 2005. A la fecha no se ha encontrado jurisprudencia emitida por juzgado o sala laboral alguna, pero consideramos que este tema puede acarrear una lógica disputa respecto a la caducidad.

III) Si el proceso fue presentado después del 28 de marzo de 2005, y en la vía constitucional no fue advertido este tema o fue resuelto por la instancia constitucional desestimando la excepción de caducidad propuesta por la demandada en el entendido que hay una violación continuada, entonces el juez laboral podría declarar la caducidad de la acción si esta fuese propuesta vía excepción por la demandada, pudiendo también declararla de oficio.

Fech Despido	30 días hábiles	60 días hábiles	más de 60 días hábiles
31/12/2004	14/02/2005	28/03/2005	del 29/03/2005 en adelante
Proceso Ordinario Laboral	si procede	no procede - ha caducado	no procede - ha caducado
Proceso de Amparo	si procede	si procede	procede sólo si hay violación continuada

Vemos pues cómo el asunto de la caducidad va a traer temas controvertidos, pues al advertir un juzgador que la demanda fue presentada después del 14 de febrero de 2005 puede, aplicando las normas laborales, de oficio declarar la caducidad de la acción pese a que el TC haya ordenado la remisión expresa a la competencia de trabajo, dado que es el mismo Tribunal quien ha dejado abierta dicha posibilidad, al indicar que los procesos deben pasar a los juzgados laborales debiendo el demandante adecuar su pretensión al ámbito laboral, con lo que el Juez debe emitir una resolución previa y luego dictar un auto admisorio corriendo traslado a la demandada, como ya se analizó.

5.3 Respecto a la ampliación o modificación de las demandas

¿El trabajador demandante puede ampliar su demanda o modificar sus pretensiones originales y alternativamente interponer como pretensión principal la de reposición y como accesoria la de indemnización por despido arbitrario, o se encuentra sujeto a la pretensión originaria presentada ante las instancias constitucionales?

Puede generar controversia el hecho de que el demandante al ser solicitada su adecuación de demanda, decida incluir a su pretensión restitutoria una pretensión subordinada de indemnización por despido arbitrario o modificar su

demandada solicitando una indemnización por despido arbitrario y el pago de sus beneficios sociales.

Caben dos posibilidades respecto a este tema: la primera que el demandante tendría la obligación de adecuar su pedido a las normas procesales laborales respetando en todo momento su pretensión original, no pudiendo ampliar ni modificar sus pretensiones originales dado que el TC únicamente ha ordenado "adecuar" la demanda a la vía ordinaria laboral, encontrándose sujeto a la pretensión original planteada en la demanda presentada en cede constitucional.

La segunda posibilidad es que, como se trata de una nueva admisión de la demanda interpuesta, entonces estamos frente a una nueva demanda, y por lo tanto es posible modificar o ampliar la misma.

No se debe descuidar el tema relativo al señalado en el artículo 428° del Código Procesal Civil, norma que regula el tema de la modificación y ampliación de la demanda. Señala el artículo en mención que el demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada. Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.

Pero, pese a que la emplazada ha conocido del texto y de las pretensiones demandadas, el juzgador debe necesariamente otorgar un plazo para que el demandante adecue sus pretensiones al ámbito laboral, lo que constituye una demanda nueva y por lo tanto, de conformidad con el artículo 428° del Código Procesal Civil, puede ampliar o modificar la misma.

No debemos olvidar por otro lado que el fundamento número 4 de la sentencia emitida en el Expediente N° 6655-2005-PA/TC, señala que por ser el asunto controvertido materia del régimen laboral privado, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636, habiendo ordenado el Tribunal únicamente la adaptación de la demanda, más no ordenó su posible modificación o ampliación.

Consideramos que pese a que el TC únicamente ha ordenado la adaptación de estas demandas, por las características distintas de los procesos de amparo y ordinario laboral, es posible ampliarlas o modificarlas, pero sólo en temas relativos a la impugnación del despido, es decir, que si en la demanda de amparo se pretende la reposición en el puesto de trabajo, en la nueva se podría ampliar como pretensión subordinada la indemnización por despido arbitrario; pero no puede, por ejemplo, modificarse la demanda solicitándose el cobro de beneficios

sociales, dado que el amparo justamente se planteó en el entendido que lo que se discutía era la impugnación del despido.

Cabe señalar para redondear esta idea que el artículo 52° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, excluye la posibilidad de presentar una demanda de indemnización por despido arbitrario como pretensión principal y como pretensión subordinada la nulidad de despido, pero en la jurisprudencia laboral se han admitido procesos que tienen ambas pretensiones como subordinadas, en el entendido que no se excluye una de la otra.

5.4 Respecto a los medios probatorios

¿Son válidos los medios probatorios presentados en el expediente ante las instancias constitucionales o el Juzgado debe ordenar nuevamente la remisión del arsenal probatorio? ¿Pueden presentar las partes nuevos medios probatorios?

Los medios probatorios que obran en el expediente, como por ejemplo la prueba documental no debe ser nuevamente presentada por las partes, dado que ya obra en el expediente. Lo que más bien debe hacer el juzgador es dar por ofrecidos dichos medios de prueba, correr traslado de los mismos a la parte contraria y actuarlos en la audiencia única.

Respecto al ofrecimiento de esta prueba, una vez admitida por el juzgado y corrido el traslado de la misma a la contraria, se pueden presentar cuestiones probatorias (tachas u oposiciones) respecto a estos medios de prueba, teniendo el juzgador la obligación de resolver estas cuestiones probatorias en la audiencia única.

Con relación a si se pueden presentar nuevas pruebas consideramos que sí, dado que en el proceso de amparo, como no hay etapa probatoria, las partes por lo general no presentan cierto tipo de pruebas como por ejemplo las declarativas por que saben que van a ser rechazadas.

En el proceso ordinario, como las mismas pueden ser admitidas, creemos que no habría ningún problema si es que las partes presentan nuevos medios de prueba como por ejemplo declaraciones de parte, testigos, pericias o nuevos documentos que acrediten su pretensión.

Esto, a diferencia de lo que ocurre con el tema de las pretensiones demandadas, debe admitirse, al no contar el proceso de amparo con una etapa probatoria claramente definida, por lo que de alguna manera las partes limitan su actividad probatoria en los procesos constitucionales, actividad que podría verse enriquecida en un proceso ordinario laboral, donde existe inclusive la obligación del juez de llegar a la verdad real.

Además, una de las razones por las que el TC remite estos procesos al ámbito laboral es por que en la vía de conocimiento que manejan estos Juzgados existe una etapa probatoria lata, extendida, amplia, en donde se puedan demostrar fehacientemente los hechos discutidos, etapa de la que carece el proceso de amparo.

5.5 Respecto a las medidas cautelares

¿Qué sucede con las medidas cautelares promovidas por la parte demandante que hayan sido admitidas por las instancias constitucionales, deben ser nuevamente solicitadas o han sido dejadas sin efecto al haberse declarado la improcedencia de la demanda?

Si es que en el proceso de amparo existiera una medida cautelar que fue admitida por el juzgado constitucional, al declarar la improcedencia de la demanda el TC, dicha medida cautelar queda automáticamente sin efecto, dada la característica de instrumentalidad que poseen este tipo de solicitudes cautelares[9], debiendo en todo caso la parte demandante solicitar nuevamente dicha medida para que el juez laboral la califique y ampare, de ser el caso.

El Código Procesal Civil en su artículo 630° establece que si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda desestimada de pleno derecho, aunque aquella hubiese sido impugnada. Este artículo no ayuda a resolver esta controversia dado que el contenido de dicho precepto es aplicable a un proceso en el que se ha desestimado la demanda, entendiéndose por desestimar que ha sido declarada infundada la pretensión. En el caso que nos ocupa, la pretensión no ha sido desestimada, sino que se ha ordenado, por razón de la competencia material, que sea otra instancia la que resuelva la controversia, pero insistimos que la medida cautelar debe quedar sin efecto, por el criterio discrecional que tiene el Juzgador respecto de este tipo de medidas, por lo que de ser el caso, las mismas deberán volver a ser presentadas ante el juzgador laboral.

5.6 Respecto a la compatibilidad de procesos

¿Son incompatibles los procesos constitucional y laboral o por el contrario son semejantes respecto a su tramitación y resolución?

9 Al respecto revisar ABAD YUPANQUI, Samuel, citando a MONROY GÁLVEZ, Juan, en El Proceso Constitucional de Amparo, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004, Pág. 497.

Respecto a la tramitación, los procesos laboral y constitucional son evidentemente diferentes, siendo la principal diferencia que en el proceso ordinario laboral existe una etapa probatoria, de la que carece el proceso de amparo.

En lo relativo a la resolución de la controversia (el fondo del asunto), nos parece que son iguales en lo esencial, dado que en ambos deben aplicarse en primer lugar normas de tipo constitucional, teniendo el juez laboral la facultad de utilizar el control difuso si observa contradicción entre una norma legal y la constitución, pero sobretodo, son similares por que en el ámbito laboral se encuentran presentes y tienen mucha relevancia jurídica los principios que han sido recogidos por la Constitución de 1993 como por ejemplo el de igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y por la Ley así como el de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable.

De otro lado, se tienen en materia laboral también muy presentes otro tipo de principios como el de veracidad o verdad-real, el de primacía de la realidad entre otros, los que hacen del derecho laboral un derecho que se ampara o tiene como guía los derechos fundamentales otorgados a los trabajadores, que siempre han sido materia de protección por el ámbito laboral peruano.

VI. CONCLUSIONES

1. Tanto el TC como los juzgados civiles o mixtos, siguiendo la jurisprudencia emitida por el colegiado, están remitiendo los procesos de amparo en los que se solicita la reposición del trabajador de la actividad privada a su puesto de trabajo a los juzgados laborales, instancia en donde se deben tramitar estos proceso por expresa indicación del Tribunal.
2. Los referidos procesos van a tener un tránsito (del ámbito civil al laboral) un tanto complicado, debiendo la judicatura laboral resolver temas pendientes como la caducidad de la acción, la ampliación o modificación de la demanda y la presentación de nuevos medios probatorios.
3. Estos problemas han surgido justamente porque el TC no ha observado los preceptos procesales que determinan cuestiones como por ejemplo las consecuencias de la declaración de improcedencia de las demandas, que conllevan el archivo de las causas, con la oculta voluntad de no perjudicar a los trabajadores con la caducidad de la acción.
4. Para evitar estos inconvenientes procesales, el TC debió terminar con la carga procesal que tenía a su cargo y ordenar que a partir de determinada fecha, las

nuevas demandas que ingresen, se tramiten con las directivas e indicaciones señaladas para este tipo de procesos.

BIBLIOGRAFIA

- ABAD YUPANQUI, Samuel, El Proceso Constitucional de Amparo, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2004.
- ALONSO OLEA, Manuel, Derecho Procesal del Trabajo, Décima Edición Revisada, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, La Constitución Política de 1993. Análisis comparado.
- COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Editorial Depalma, Bs. As. 1988.
- DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Estudios de Derecho Procesal, Zavalía Editores, Bs. As. 1985.
- GÓMEZ VALDÉZ, Francisco, en El Contrato de Trabajo, parte general, Tomo I, Lima s/f, San Marcos.
- MONROY GÁLVEZ, Juan, Introducción al Proceso Civil. Tomo I, Temis – Estudio de Belaúnde Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan, Introducción al Proceso Laboral, Quinta Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid 2000.
- NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo, Ara Editores, Lima, 1997.
- NEVES MUJICA, Javier, en Diálogo con la Jurisprudencia, Especial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, N° 49, Año 8, Gaceta Jurídica Editores, Lima, octubre 2002.
- PALACIOS PAREJA, Enrique, Excepción de incompetencia declarada fundada, en Jurídica N° 96, Suplemento de Análisis Legal del diario oficial El Peruano, martes 30 de mayo de 2006.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Aele, Lima, 1997.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Segunda Edición Actualizada, Depalma, Bs. As.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, Primera Edición, Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2004.

"EL CARÁCTER REMUNERATIVO DE LOS PAGOS RECIBIDOS CUANDO NO EXISTE PRESTACIÓN EFECTIVA DE SERVICIOS: EL CASO DE LOS DESPIDOS NULOS"

*MÓNICA PIZARRO DIAZ**

Sumario

I. Presentación. II. Los posiciones en conflicto. 2.1. La posición del Tribunal Constitucional. 2.2. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR). III. La naturaleza de las remuneraciones dejadas de percibir. IV. Los alcances de la reparación a través del amparo. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

Con la utilización de la vía del amparo como mecanismo procesal de reparación frente al despido, reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional en su Sentencia correspondiente al Expediente N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú S.A.A.)1 y ratificada luego

* Abogada del Estudio González & Asociados. Profesora de Derecho Laboral de la Facultad de la PUCP.

1 "13. b) Sin embargo, el establecimiento de un régimen "sustantivo" de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter "procesal". Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente.
b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (...)
b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional. (el resaltado es nuestro)

de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 0206-2005-PA/TC (César Baylón Flores vs. E.P.S. EMAPA Huacho S.A.)[2], se han generado posiciones disímiles con relación a los efectos accesorios a la sentencia, en las oportunidades en las cuales la demanda es declarada fundada.

Cuando un trabajador es despedido a través de un acto que constituye una lesión a un derecho fundamental, la protección que podrá obtener por medio del amparo será de tipo restitutorio, ordenándose su reposición en su puesto de trabajo. Es decir, a través del amparo se determinará la continuación del contrato de trabajo que pretendió interrumpirse con el acto lesivo. En estas circunstancias, la controversia surge alrededor de los efectos que la sentencia tendrá sobre el lapso de tiempo transcurrido entre el despido declarado inconstitucional y la reposición del trabajador. Al respecto, se ha cuestionado si el trabajador tiene derecho a percibir las remuneraciones y beneficios que se hubieran generado durante dicho período, o si tiene derecho a recibir una prestación sustitutoria (como una indemnización), o si no debe reconocérsele ningún tipo de compensación. Cuestiones alrededor de las cuales el Tribunal Constitucional y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República han mostrado posiciones contrarias.

En este marco, el presente trabajo tiene como propósito presentar un análisis crítico de las similitudes y diferencias que presentan las posiciones del Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR) en lo que respecta al derecho de los trabajadores a recibir algún un pago por efecto del tiempo transcurrido durante la tramitación del proceso de amparo en los casos de despidos que han sido declarados nulos en la vía constitucional. Ello con el propósito de contribuir a evidenciar las contradicciones existentes entre ambas y presentar una propuesta de solución que, considero, permitiría lograr una unidad de criterios que dote al sistema de una mayor predictibilidad y aplicar a los procesos judiciales, soluciones que resulten acordes a la naturaleza de las cosas.

2 "7. (...)los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.° 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".

II. LOS POSICIONES EN CONFLICTO

2.1 La posición del Tribunal Constitucional

Pese a no existir un precedente vinculante sobre esta materia, desde hace varios años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional muestra una posición consolidada con relación a las solicitudes de pago de remuneraciones devengadas presentadas por los trabajadores como pretensión accesoria en los procesos de amparo sobre impugnación de despido.

El Tribunal considera que la remuneración constituye una contraprestación por un servicio realmente efectuado. Por ende, al no existir prestación efectiva de servicios por parte del trabajador durante el período comprendido entre el despido y su reposición, no se generaría el derecho a percibir remuneraciones durante ese lapso de tiempo. No obstante, esta posición, que es mantenida por el Tribunal desde 1997[3], ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo. Así, desde el año 2003 puede observarse que, si bien el TC continúa declarando improcedentes las solicitudes de pago de remuneraciones devengadas porque no existió prestación efectiva de servicios, deja a salvo el derecho de los recurrentes a solicitar el pago de la indemnización que pudiera corresponder[4]. Más aún, a partir del año siguiente, en algunos casos, el TC señala expresamente que el pago de remuneraciones dejadas de percibir tiene naturaleza indemnizatoria, y no restitutoria, por lo que debe solicitarse su abono en la vía correspondiente[5].

Mención aparte merece en este punto la posición del Magistrado del TC, Manuel Aguirre Roca, quien desde el año 2002, sostuvo en numerosos votos singulares que, cuando se producía un despido nulo, el trabajador tenía derecho a cobrar las remuneraciones dejadas de percibir a título de remuneración y no de indemnización, conforme se observa de su voto singular emitido en la resolución del Expediente N° 652-2002-AA/TC: «no concuerdo con la tesis general en el sentido de que la remuneración representa, sólo y únicamente, una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, puesto que, entonces, no se explicarían ni las vacaciones, ni las licencias con goce de haber, ni su

3 Al respecto, puede verse la Resolución aclaratoria correspondiente al Expediente N° 619-96-AA/TC (03.07.1997) y, con más claridad, las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 1112-98-AA/TC (21.01.1999) y N° 725-98-AA/TC (05.11.1999)

4 Al respecto, pueden verse las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 2130-2003-AA/TC y N° 2128-2003-AA/TC (ambas del 25.09.2003).

5 Al respecto, pueden verse las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 1465-2002-AA/TC (21.07.2004) y N° 04229-2005-PA/TC (22.03.2006).

percepción en caso p. ej., de enfermedad. La remuneración mensual, en mi criterio, representa el cumplimiento del contrato en su parte correspondiente»

De lo anterior, somos de la opinión que la posición del Tribunal Constitucional con relación al tema que es objeto de análisis puede resumirse en dos puntos:

(i) La remuneración es contraprestación por el trabajo efectivamente prestado, por tanto, no corresponde su pago cuando no existe prestación efectiva de servicios; y
(ii) El pago de remuneraciones devengadas tiene naturaleza indemnizatoria.

2.2 La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR)

Por su parte, la Sala Constitucional y Social de la CSJR ha presentado a lo largo del tiempo criterios diversos con relación a las demandas de pago de remuneraciones devengadas interpuestas por personas que, luego de haber sido despedidas de su empleo, fueron repuestas en el mismo como consecuencia de acciones de amparo. En un primer momento la Corte denegó el pago de las remuneraciones devengadas conforme a los criterios expuestos en las sentencias recaídas en los expedientes CAS N° 1793-2000, CAS N° 155-2001 y CAS N° 052-2001. En estas resoluciones, la CSJR expuso un argumento similar al utilizado por el TC, indicando que la remuneración es la contraprestación por el servicio que presta y por ende, que en ausencia de este último no corresponde su pago, salvo en los supuestos de excepción específicamente previstos por la norma (vacaciones, licencia sindical, entre otros)[6]. Asimismo, en otros procesos, la Corte denegó el pago de remuneraciones devengadas indicando que éstas eran un beneficio concedido únicamente en los casos de despido nulo previstos en la Ley

6 "Noveno: Que, por tales consideraciones, el artículo mil trescientos sesentiuno del Código Civil referente a la naturaleza obligatoria de los contratos, el artículo mil trescientos sesentidós del Código Civil sobre la ejecución de los contratos según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, así como el artículo cinco del Título Preliminar del acotado Código sobre nulidad de acto jurídico constituyen normas de carácter general, cuyos principios se tiene en cuenta en la legislación laboral; sin embargo, en el caso de autos no pueden sustituir a las normas laborales, para determinar que el empleador está obligado a pagar remuneraciones por labores o trabajos no realizados, pues de conformidad con el artículo sexto del (...) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número setecientos veintiocho, define la remuneración como el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición, es decir que la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio; existiendo excepciones determinadas por la Ley como las vacaciones, suspensión perfecta de labores (sic), nulidad de despido, licencia con goce de haberes, siendo que en ninguno de los casos se encuentra la pretensión del demandante».

de Productividad y Competitividad Laboral, que no podía extenderse a los supuestos de nulidad de despido declarados a través de acciones de amparo[7].

Posteriormente, este criterio fue modificado, estimando la Corte que sí procedía el pago de remuneraciones en este tipo casos, aplicando analógicamente las normas referidas a la nulidad de despido previstas por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como se expresa en la CAS N° 1154-2001 (Publicada el 28 de febrero de 2003)[8], o simplemente equiparando los efectos del despido nulo declarado en la vía del amparo, a los del despido nulo declarado en la vía ordinaria laboral, como consta en la CAS N° 214-2002 (publicada el 30 de setiembre de 2003)[9].

Inclusive, en su jurisprudencia más reciente, la Corte ha hecho expresa referencia a la posición del TC sobre esta materia, explicando las razones de su discrepancia, de la forma siguiente:

7 Así, en la CAS N° 2105-2000 LIMA, publicada el 01 de abril de 2002, se indicó:
"Octavo: Que, en este mismo sentido, la legislación de trabajo, vigente a la fecha de cese de la demandante, Ley de Fomento al Empleo, Decreto Legislativo número setecientos veintiocho, ordenado en el Decreto Supremo número cero cero tres guión noventitrés guión TR y modificado por la Ley número veintiséis mil quinientos trece, regula el pago de remuneraciones devengadas como un derecho accesorio a la nulidad de despido, esto es, cuando el cese unilateral tenga como motivación los supuestos expresamente establecidos en el artículo sesenticinco del citado Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento al Empleo, tramitado en un proceso de nulidad de despido.
Noveno: Que, en consecuencia no se puede pretender el pago de remuneraciones devengadas, sustentadas en la reposición derivada de una acción de garantía, prevista en la Ley de Habeas Corpus y Amparo, en la cual el conflicto jurídico se centra en la amenaza o violación del derecho constitucional del trabajo, por lo que pretendiéndose su protección, una vez reconocido dicho derecho y constatada dicha trasgresión, se dispone se restablezca el vínculo laboral.
Décimo: Que, asimismo, disponer el pago de dichas remuneraciones, significaría atribuirle a dicha situación efectos que la propia legislación laboral no le otorga, razón por la cual no constituiría el caso de autos, una omisión de su regulación ni por ende sería necesario recurrir a la analogía".

8" Octavo: Que, sin embargo, al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador al empleo, se restablece la relación laboral entre las partes, como si ésta nunca hubiese sido interrumpida, 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 si no se le reconoce ningún atributo se estaría desnaturalizando los alcances del artículo primero de la Ley de Amparo y Habeas Corpus; (...)
Décimo: Que, el pago de remuneraciones devengadas por trabajo no realizado producto de una suspensión imperfecta está regulado por el artículo cuarenta del Decreto Supremo número cero cero tres - noventisiete - TR, norma que establece en forma imperativa que el abono por el período no laborado debe efectuarse con deducción de los periodos de Inactividad procesal no imputables a las partes, debiendo aplicarse analógicamente al caso de autos para regular el pago de las remuneraciones devengadas en el sector público, a efecto de lograr una solución razonable de la presente controversia;".

9 "Octavo: Que, conforme se advierte existe una coincidencia en los efectos de los pronunciamientos citados [el de nulidad de despido y el proceso de amparo] pues en ambos se da la reposición del actor en su puesto de trabajo, ya sea al declararse la nulidad del despido o la reposición de las cosas al estado anterior de haberse producido la violación del derecho, en efecto para ambos casos la consecuencia es que el cese jamás se habría producido. En tal virtud, el vínculo laboral en ambos casos ha quedado suspendido en forma perfecta (sic), siendo procedente el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir durante el tiempo que duró el cese. Es así que la acción de nulidad de despido no es la única que puede originar para un trabajador del régimen laboral de la actividad privada el pago de remuneraciones dejadas de percibir, pues conforme a lo expresado anteriormente los efectos de una sentencia de acción de amparo que declara fundada la demanda también puede lograr los mismos efectos para el trabajador, partiendo del presupuesto básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez no habiéndose producido".

"Décimo Quinto: Que, si bien el Tribunal Constitucional vía de acción de Amparo ha concluido que las remuneraciones constituyen una contraprestación por el trabajo efectivamente realizado derivando el cobro de remuneraciones caídas a una pretensión indemnizatoria, (...) dicha tesis del Tribunal Constitucional no puede determinar el sentido de esta decisión ya que incluso este propio Órgano Jurisdiccional ha reconocido atributos pensionables y de antigüedad en el cargo al tiempo de servicios transcurrido entre el cese y la reincorporación al empleo (...) expresando incluso en la sentencia de fecha veintiuno de julio del dos mil cuatro expedida en el Expediente número cero ochocientos treinta y cuatro guión dos mil cuatro guión AA diagonal TC que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir en dicho lapso meren ser discutidas en la vía correspondiente aperturando de este modo la posibilidad que su pago se discuta en una acción distinta a la indemnizatoria como ha acontecido en el caso sub examine; 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"[10].

De lo anterior, somos de la opinión que la posición imperante actualmente en la Sala constitucional y Social de la CSJR sobre el pago de remuneraciones devengadas durante la tramitación del proceso de amparo, puede resumirse en los siguientes puntos:

(i) Existen supuestos en los cuales corresponde el pago de remuneraciones aún cuando no exista una prestación efectiva de servicios.
(ii) La legislación laboral no prevé que el único supuesto de despido nulo frente al cual procede el pago de remuneraciones devengadas sea aquel tramitado en la vía ordinaria.
(iii) Al tener el amparo efectos restitutorios, sus efectos son los mismos a los de la nulidad de despido declarada en la vía laboral ordinaria, es decir, determinar que el cese nunca se produjo, siendo procedente el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

10 Casación N° 1182-2005, publicada el 01 de agosto de 2006.

III. LA NATURALEZA DE LAS REMUNERACIONES DEJADAS DE PERCIBIR

De lo expuesto en los puntos anteriores, considero que el punto central que origina la diferencia entre la posición expuesta por el TC y la asumida por la Sala Constitucional y Social de la CSJR se encuentra en la naturaleza de las remuneraciones dejadas de percibir durante la tramitación del proceso de amparo. Así, mientras el TC ha indicado que, al no existir prestación efectiva de servicios, éstas tienen naturaleza indemnizatoria, la CSJR considera que éstas deben continuar calificándose como remuneraciones, aún cuando durante el período en cuestión no se haya desarrollado trabajo efectivo. En este sentido, lo primero qué deberíamos preguntarnos es si ¿es posible percibir remuneraciones en ausencia de una prestación efectiva de servicios?. Pregunta cuya respuesta requiere analizar cuál es la prestación del trabajador frente a la cual la remuneración es contraprestación.

Al respecto, en la doctrina es posible hallar distintas teorías que, admitiendo el carácter contraprestativo de la remuneración, la contraponen a cuestiones diversas; estas teorías pueden ser clasificadas en tres grupos[11]:

A. La remuneración como contraprestación al trabajo efectivo.

Esta teoría considera que la remuneración es la contraprestación del trabajo efectivamente realizado por el trabajador. Dentro de este esquema, el pago de la remuneración sólo es debido contra trabajo efectivamente prestado[12]. Evidentemente, la posición del TC que venimos comentando se incluiría dentro de este grupo.

Ahora bien, esta posición tiene como inconveniente la dificultad de explicar el carácter remunerativo que los ordenamientos atribuyen a los pagos realizados al trabajador: (i) cuando no lleva a cabo una prestación de trabajo efectivo por culpa del empleador y (ii) cuando por norma legal o acuerdo individual o colectivo tiene derecho a suspender su prestación de servicios sin que se suspenda el pago de su remuneración (v. gr. vacaciones y feriados).

11 Esta clasificación es propuesta por Amauri Mascaro Nascimento en: Lineamientos del concepto de salario. p. 56. En: AAVV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T I. p. 55-78
12 ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. Derecho del Trabajo. Madrid: Civitas. 16ta ed. 1998. p. 316 y 317.

Para dar solución a los problemas planteados por esta forma de entender la contraprestatividad de la remuneración, los defensores de estas teorías presentan los siguientes argumentos:

- La contraprestatividad de la remuneración es una regla a la que se le aplican numerosas excepciones[13]. Por tanto, los pagos recibidos por el trabajador cuando no lleva a cabo su prestación por culpa del empleador o porque una norma o acuerdo lo faculta a ello no serían otra cosa que excepciones a la regla de la contraprestatividad de la remuneración.
- El equilibrio entre contraprestación y prestación dentro del contrato de trabajo no es estricto, ya que se ve alterado por efecto del principio protector del Derecho del Trabajo[14]. Este argumento en realidad se asemeja mucho al anterior al presuponer que los pagos efectuados en ausencia de la prestación efectiva de trabajo son excepciones a la contraprestatividad (desequilibrios), con el agregado de que se atribuye el sustento de esas excepciones al principio protector.
- La remuneración tiene una doble naturaleza: parte de ella es la contraprestación al trabajo efectivamente realizado, mientras que por otro lado, es solo una obligación nacida de la relación de trabajo[15].
- Para los supuestos en los cuales el trabajador no puede llevar a cabo su prestación por culpa del empleador, se sostiene que al no aceptar el ofrecimiento del trabajador para el cumplimiento de la prestación, el empleador incurre en mora; razón por la cual está obligado al pago de la remuneración sin poder exigir una prestación de trabajo equivalente en tiempo posterior[16].

B. La remuneración como contraprestación a la disponibilidad del trabajador.

Habida cuenta que resulta frecuente que el empleador se vea obligado a efectuar pagos que son considerados comúnmente remunerativos sin que el trabajador desarrolle una prestación efectiva de servicios; un sector de la

13 Ibid. loc. cit.
14 KROTOSCHIN, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Depalma. 3ra ed. 1987. p. 79
15 DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. México: Porrua. 1976. V. 2. p. 173.
16 Ibid. p. 94. En este mismo sentido, SALA FRANCO, Tomás (dir). Derecho del Trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch. 6ta ed. 1992. p. 697 y ss; y GAMILLSCHEG, Franz. El que no trabaja no ha de comer. Contribución al sinalagma en el contrato de trabajo alemán. En: AA VV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T I. p. 401- 421.

doctrina[17] sostiene que la remuneración constituye en realidad una contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Esta posición permite atribuir carácter remunerativo a los pagos efectuados durante los períodos en los cuales el trabajador se encuentra a disposición de su empleador pero no realiza una prestación efectiva de servicios porque éste: (i) se lo impide o (ii) no lleva a cabo los actos necesarios para el desarrollo de dicha prestación efectiva.

La adopción de esta noción de contraprestatividad deja aún sin respuesta la naturaleza de los pagos efectuados cuando no existe puesta a disposición por parte del trabajador. Esta circunstancia ha pretendido ser resuelta, de forma similar a lo ocurrido con la teoría anterior, señalando que la contraprestatividad (el sinalagma) no es estricta en el contrato de trabajo, sino que permite que en las circunstancias predeterminadas por la Ley, el empleador se encuentre obligado al pago de la remuneración aún sin contar con la puesta a disposición de la fuerza de trabajo de sus trabajadores[18].

C. La remuneración como contraprestación a la existencia del contrato de trabajo.

Finalmente, en un afán por resaltar el carácter omnicomprensivo del salario, algunos autores afirman que la remuneración se debe como "contraprestación" a la existencia del propio contrato de trabajo[19], lo que permite atribuir carácter salarial a todos aquellos pagos percibidos por el trabajador por su condición de tal, independientemente de que existan o no, prestación efectiva de servicios o puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Un ejemplo de esta tendencia puede ser encontrado en la construcción elaborada por Rodríguez – Piñero, quien

17 Esta posición es defendida por ALMANSA PASTOR, J; quien la expone de la siguiente manera: «Tal concepción sitúa la correspondencia del salario, más allá que en el trabajo efectivo, en el fenómeno jurídico de la cesión de la disposición del trabajo por el trabajador al empresario, de tal manera que lo en verdad retribuido es la disposición por el empresario del trabajo cedido por el trabajador (...)». La ordenación legal del salario en España. p. 482. En: AA VV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T I. p. 463 – 484.
18 Esta tesis ha sido sostenida por V. Russomano, citado por Mascaro Nascimento. op. cit. p. 60.
19 Mascaro Nascimento. op. cit. p. 61. Adicionalmente, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en su sentencia del 9 de febrero de 1987 al señalar: «ha sido constante en nuestra legislación histórica el ensanchamiento del concepto de salario para comprender en él no sólo la retribución directa e indirecta de la prestación de servicios, sino también la totalidad de beneficios que el trabajador obtuviera como consecuencia del contrato laboral (...) el propio artículo 119 del Tratado CEE entiende la retribución como la constituida por el sueldo o salario y cualquier otra gratificación satisfecha directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón no del trabajo prestado, sino de la propia relación laboral». Citado por Matorras Díaz-Caneja, Ana. Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicable). Madrid: Mc Graw Hill. 1999. p. 289.

defiende la teoría de la remuneración como contraprestación a la función laboral[20].

Frente a las tres posibilidades expuestas, resulta necesario dilucidar cual de ellas brinda una explicación más satisfactoria a la interconexión existente entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes del contrato de trabajo. Con este propósito, debe recordarse que el objetivo es dar una respuesta razonable a la pregunta: ¿cuál es la prestación del trabajador respecto de la cual la remuneración es contraprestación?. En consecuencia, atendiendo a la naturaleza contraprestativa del contrato de trabajo, la respuesta sólo podrá ser aquella que se identifique como la prestación principal a cargo del trabajador. Atendiendo a este hecho, considero que la tercera teoría debe ser desestimada, toda vez que no parece posible sostener que la mera existencia del contrato de trabajo sea una prestación y, mucho menos, la prestación principal a cargo del trabajador.

En esta circunstancia, queda la posibilidad de que la prestación principal a cargo del trabajador sea: (i) la prestación efectiva de servicios, o (ii) la puesta a disposición de su fuerza de trabajo. Al respecto, considero que las especiales características del contrato de trabajo traen como consecuencia que deba entenderse que la prestación del trabajador se cumple con la puesta a disposición de su fuerza de trabajo[21]. Ello debido a que el trabajo objeto de protección por el Derecho Laboral es un trabajo desarrollado en relación de subordinación. Por tanto, el trabajador no cuenta con la posibilidad de prestar un trabajo efectivo si es que antes no ha recibido de su empleador las órdenes y las condiciones necesarias para la ejecución. En consecuencia, si se afirmara que la prestación principal a cargo del trabajador es la prestación efectiva de servicios, se estaría admitiendo que el cumplimiento por parte del trabajador se encuentra supeditado a la actuación del empleador, lo que resulta difícil de sustentar.

A ello habría que agregar que sostener que la prestación principal a cargo del trabajador es la prestación efectiva de servicios trae como consecuencia que se dificulte la atribución de naturaleza remunerativa a los pagos efectuados a favor del trabajador cuando él pone su fuerza a disposición pero el trabajo no se lleva a cabo por culpa del empleador. Así, según se ha señalado, para quienes consideran que la interconexión se presenta entre la remuneración y la

20 Referencia realizada por MOLERO MANGLANO, Carlos. Derecho Laboral. Madrid: Reus. 1980. p. 254.

21 Esta opinión es compartida por MEILIJ, G., para quien «la prestación del trabajador (...) se cumple en tanto ponga su fuerza de trabajo a disposición del empleador, aunque éste no la utilice motu propio (...)». Contrato de Trabajo. T. II. Buenos Aires: De Palma. 1981.

prestación efectiva de servicios, estos pagos son una excepción a la contraprestatividad del salario que puede o no tener su fundamentación en el principio protector, o son una consecuencia de la aplicación de la teoría civil de la mora del acreedor.

Sin embargo, en mi opinión, afirmar que la contraprestatividad es un elemento esencial del concepto de remuneración, pero admitir excepciones al mismo, es igual que decir que "la remuneración se otorga siempre como contraprestación a los servicios prestados por el trabajador, aunque también puede otorgarse por otras razones (como por ejemplo la existencia del principio protector)". Como es evidente, esta afirmación tendrá como efecto generar una contradicción interna en la definición.

Por su parte, en lo que se refiere a la aplicación de la figura de la mora del acreedor, debe advertirse que, conforme lo dispuesto por los artículos 1338° y 1339° del Código Civil[22], ésta implica otorgar a los pagos efectuados en ausencia de la prestación de servicios por culpa del empleador naturaleza indemnizatoria. Consecuentemente, esta posición podría ser utilizada para sustentar la postura del TC, que atribuye a las remuneraciones dejadas de percibir durante el proceso de amparo tal naturaleza. Al respecto, la naturaleza indemnizatoria de los pagos efectuados al trabajador en ausencia de prestación efectiva de servicios ha sido sostenida por DE FERRARI al indicar que;

> "cuando el trabajador recibe el salario sin prestar el servicio, no puede decirse que percibe un provecho indebido. En realidad, en tales casos el empleador indemniza la inactividad a que condena al trabajador cuyos servicios contrató, porque sabe que el obrero vive de su trabajo y que el salario es su único ingreso[23]" (el resaltado es nuestro)

Sin embargo, en opinión del autor citado este pago otorgado a título de indemnización sí tendría carácter remunerativo, lo que no se condice con la definición que él mismo propone de la remuneración como "(...) el precio que se paga por la prestación efectiva del servicio o, simplemente, por el hecho de estar a la orden del empleador".

22 «Artículo 1338°.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.
Artículo 1339°.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

23 Derecho del Trabajo. Vol. 2. Buenos Aires: Depalma. 2da ed. 1969. p. 221.

Al respecto, considero que no es posible admitir que un pago tenga a su vez naturaleza remunerativa e indemnizatoria. Ello debido a que la remuneración es una de las prestaciones que se derivan de un contrato, mientras que el concepto de indemnización ha sido generado por la teoría de la responsabilidad civil para calificar a una de las formas en las cuales es posible reparar el daño causado por las conductas antijurídicas[24]. Por tanto, resulta contradictorio sostener que el empleador puede pagar remuneraciones a título de indemnización.

A lo anterior habría que agregar que la figura de la mora del acreedor presupone que el deudor no puede cumplir con su prestación porque el acreedor no quiere recibirla y precisamente debe ser indemnizado porque al no haber ejecutado su prestación, no tiene derecho a recibir la contraprestación prevista. Por tanto, la figura de la mora del acreedor presupone que el trabajador cumpla, con su prestación únicamente con la realización efectiva del trabajo, lo que, según se ha visto, pondría en manos del poder de dirección del empleador el cumplimiento de la obligación del trabajador; resultando contraria a la lógica del Derecho del Trabajo.

Además, el atribuir a las remuneraciones devengadas carácter indemnizatorio implicaría importantes efectos prácticos. Así, debe tomarse en consideración que la percepción de remuneraciones acarrea para el trabajador otra serie de derechos y obligaciones. Por ejemplo, es de las remuneraciones de los trabajadores que se extraen los aportes que éstos realizan a favor del sistema de pensiones al cual se encuentren afiliados. En consecuencia, si las "remuneraciones devengadas" son en realidad una "indemnización" no debería efectuarse sobre ellas ningún tipo de descuento destinado al pago de aportes previsionales, lo que significará que, a la larga, el trabajador tendrá una menor protección por parte del sistema de pensiones, al haber realizado menos aportes. Por tanto, el no haber podido ejecutar efectivamente su prestación para el empleador, por culpa de este último, perjudicaría los derechos previsionales del trabajador, lo que carece de sentido.

Por lo expuesto, considero que no es correcto atribuir a las "remuneraciones dejadas de percibir" durante la tramitación del proceso de amparo, naturaleza indemnizatoria, debiendo ser éstas consideradas remuneraciones, en la medida que el trabajador ha cumplido con su prestación principal al poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador.

24 ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea. 1982. p. 181-182.

IV. LOS ALCANCES DE LA REPARACIÓN A TRAVÉS DEL AMPARO

Ahora bien, el hecho de que las "remuneraciones dejadas de percibir" durante la tramitación del proceso de amparo no tengan naturaleza indemnizatoria no resuelve el íntegro de los problemas que se presentan en esta materia. Por el contrario, partiendo de la calificación de estos pagos como remuneraciones, es necesario analizar si la reposición obtenida a través de un proceso de amparo da al trabajador derecho a recibirlas.

Sobre este punto, debe recordarse que, conforme a lo previsto por el artículo 55° del Código Procesal Constitucional, la sentencia que declara fundada la demanda de amparo incluye la "declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales". De allí que se señale que "la sentencia que otorga la protección al reclamante tiene el carácter de un fallo de nulidad"[25]. Es decir, por efecto de la sentencia que declara fundada la demanda de amparo, el acto lesivo del derecho afectado es declarado nulo y, por ende, eliminado del ordenamiento, como si nunca hubiese existido[26].

Consecuentemente, si el despido calificado como inconstitucional nunca existió, deberá admitirse que durante todo el tiempo transcurrido entre el despido y la readmisión del trabajador el contrato de trabajo se mantuvo vigente.

En este sentido, en tanto el contrato estuvo vigente, el trabajador tendrá derecho a percibir las remuneraciones (y demás beneficios) que se generaron durante ese período, si cumplió con su prestación. Al respecto, deberá admitirse que si el trabajador no realizó trabajo efectivo durante ese período, fue porque el empleador decidió dar por concluido el contrato por un acto arbitrario y le impidió hacerlo. Por tanto, puede suponerse validamente que el trabajador puso su fuerza de trabajo a disposición, pero el empleador decidió no utilizarla. En consecuencia, si, según se ha visto, el trabajador cumple con su prestación, poniendo su fuerza de trabajo a disposición de su empleador, él habrá cumplido y tendrá derecho al pago de la remuneración

25 Héctor FIX-ZAMUDIO, citado por ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 185 – 186.

26 Así, se indica que: "el juez declara la nulidad del acto lesivo, lo que significa que para el caso concreto, inter partes, la eficacia de la sentencia que restablece el derecho se retrotrae en el tiempo. El acto lesivo no existió y, en consecuencia, de acuerdo a las circunstancias, el juez debe determinar la extensión y alcances de la nulidad declarada. En otras palabras, la forma en que el derecho habrá de ser reparado en ejecución de sentencia". MESÍA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 368.

correspondiente. Es decir, el pago de las "remuneraciones dejadas de percibir" es una consecuencia natural de la declaración de nulidad del despido.

Atendiendo a este hecho, es oportuno recordar aquí que el último párrafo del artículo 55° del Código Procesal Constitucional, establece que el Juez deberá establecer "los demás efectos de la sentencia para el caso concreto". Sobre esta base, considero que el Juez que conoce el proceso de amparo, una vez declarada la nulidad del despido, debería también ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, que son un efecto de esa declaratoria de nulidad.

Por lo expuesto, coincido con la reciente posición de la Sala Constitucional y Social de la CSJR, en el sentido que la declaración de nulidad de despido a través del amparo sí da derecho al trabajador a recibir las remuneraciones devengadas durante la tramitación del proceso. Sin embargo, considero que el pago de las mismas debería ser ordenado dentro del propio proceso de amparo, evitando al trabajador la carga de iniciar un nuevo proceso judicial, con la inversión de tiempo y dinero que esto implica.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. El Salario, estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández. 1987. T I y II. 744 y 468 p.
- ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. 598 p.
- ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. Derecho del Trabajo. Madrid: Civitas. 16ta ed. 1998. 1190 p.
- DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. México: Porrua. 1976. V. 2. 802 p.
- DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. Vol. 2. Buenos Aires: Depalma. 2da ed. 1969. 551 p.
- KROTOSCHIN, Ernesto. Manual de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Depalma. 3ra ed. 1987. 355 p.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín RODRÍGUEZ- SAÑUDO GUTIÉRREZ y Joaquín García Murcia. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos. 11ma ed. 2002. 942 p.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. Las percepciones extrasalariales (Estudios del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable). Madrid: Mc Graw Hill. 1999. 427 p.

- MEILIJ, Gustavo Raúl. Contrato de Trabajo. T. II. Buenos Aires: De Palma. 1981. 642 p.
- MESÍA, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. 654 p.
- MOLERO MANGLANO, Carlos. Derecho Laboral. Madrid: Reus. 1980. 544 p.
- RIVAS, Daniel. La Subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1999. 1999 p.
- SALA FRANCO, Tomás (dir). Derecho del Trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch. 6ta ed. 1992. 1046 p.
- ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea. 1982. 384 p.

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

*CÉSAR A. PUNTRIANO ROSAS**

Sumario

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

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

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

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

I. INTRODUCCIÓN

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

El diseño legal de esta condición de trabajo[2] evidencia una evolución de la misma, pues pasamos de una preocupación por el aspecto cuantitativo (reivindicación obrera de la jornada de ocho horas al día) hacia una centrada en los aspectos también a los aspectos cualitativos de la jornada. Esta última perspectiva comprende el interés empresarial de contar con una distribución del tiempo de trabajo de su personal que responda a sus necesidades, y de otra, el interés del trabajador en lograr una conciliación entre el tiempo que dedica a sus actividades laborales y su vida personal y familiar. [3]

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

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

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

3 PEREZ DE LOS COBOS, op.cit. p.58.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 Ibid. p.114.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trabajo decente y dignidad humana

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

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

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

Ahora bien, en el marco de los cambios ocurridos por la mundialización y liberalización de la economía, que en las palabras del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha trastocado las relaciones entre el Estado, el mundo del trabajo y el ámbito empresarial[11] se afirma que el trabajo decente es el punto de convergencia de los cuatro objetivos estratégicos de la organización: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social[12].

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

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

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

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

11 Oficina Internacional del Trabajo, 1999. "Trabajo Decente", Memoria del Director General. 87ª reunión Conferencia Internacional de Trabajo. (Ginebra, Suiza).
12 OIT.op.cit. p.4
13 TAPIA, FRANCISCO. "Seguimiento del grado de cumplimiento de las normas fundamentales y de las relaciones laborales y el impacto de las políticas económicas en el sector público en la zona del Mercosur más Chile". Organización Internacional del Trabajo. Abril 2003.
14 Ibid.

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

III. EL PRECEDENTE: ANTECEDENTES Y DETALLE DEL MISMO

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

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

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

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

contenida en los artículos 209°[15], 210°[16], 211°[17] y 212°[18] del D.S. N° 003-94-EM, Reglamento de la Ley General de Minería, era incompatible con la Constitución Política del Perú, estableciendo que los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41 de la Sentencia en cuestión constituyen un precedente vinculante inmediato, conforme a lo prescrito en el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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

15 Artículo 209.- Para los casos a que se refiere el numeral 2) inciso a) del Artículo 206 de la Ley, el titular de actividad minera podrá establecer un sistema minero especial de trabajo que mantenga la proporción entre los días de trabajo y de descanso tal como dispone el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 713.

16 Artículo 210.- El régimen especial de trabajo está dirigido a cualquier titular de actividad minera, sea que inicie sus actividades a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley N° 26121, realicen ampliaciones de su capacidad productiva en proyectos existentes, inicien nuevos proyectos de inversión minera o aquellas que se adecuen al régimen previsto en este Reglamento.
Tratándose de trabajadores con contrato vigente a la fecha de entrada en vigencia de este Reglamento, los titulares de actividad minera que se encuentren proporcionando las facilidades previstas en el Artículo 206 de la Ley observando la jornada normal de trabajo, podrán continuar con el mismo sistema respecto de tales trabajadores, o sustituirlo por el previsto en el presente Reglamento, celebrando acuerdos directos con sus trabajadores. A falta de éstos se podrá solicitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo que resuelva de acuerdo a lo previsto en el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 692, previo informe técnico favorable emitido por el Ministerio de Energía y Minas.

17 Artículo 211.- Los titulares de actividad minera que se acojan al régimen especial de Trabajo deberán comunicar tal decisión, al Ministerio de Energía y Minas, informando sobre el número de trabajadores comprendidos en el sistema, los puestos y la modalidad de trabajo establecida y las jornadas y turnos para cada uno. Copia del cargo de dicha comunicación deberá ser presentada al Ministerio de Trabajo y Promoción Social para su conocimiento.
De existir cualquier variación al régimen establecido ésta deberá ser comunicada en la forma prevista en el párrafo anterior, dentro del mes siguiente.

18 Artículo 212.- En estos casos, la jornada de trabajo será establecida por el titular de actividad minera teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 713, el Decreto Ley N° 26136, sus reglamentos, normas modificatorias y lo establecido en la presente Sección:
a) Se podrá establecer una jornada ordinaria de trabajo para laborar turnos diarios de hasta doce (12) horas consecutivas, durante un determinado período de días, el que no podrá ser menor de cuatro (4) días consecutivos, para descansar luego hasta el número total de días que mantenga la debida proporción.
b) La jornada ordinaria de trabajo comprenderá los horarios para refrigerio y descanso, que en total no podrán ser mayores de una (1) hora.
c) Se podrá establecer cronogramas mensuales de turnos diurnos y nocturnos, para una más eficiente y equitativa distribución de trabajo.
d) De conformidad con el Artículo 7 del Decreto Ley N° 26136, la jornada ordinaria del trabajador minero será de cuarenta y ocho (48) horas semanales, no siendo de aplicación el límite diario. Las horas de trabajo semanal que superen el límite de cuarenta y ocho (48) horas serán remuneradas extraordinariamente.
e) La jornada extraordinaria será remunerada de acuerdo a lo que establece el Decreto Ley N° 26136 y sus reglamentos y, en su caso, los convenios que se adopten.
f) El cómputo del récord vacacional se realizará conforme lo establece el Decreto Legislativo N° 713.

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

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

Precedentes vinculantes

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

- El TC estima que, en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho (8) horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, y que en el caso de la sentencia, afirma el TC, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física (12 horas durante 4 días seguidos, y en algunos casos hasta 5 días), en un contexto de alto riesgo para su salud (trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m.); alimentación deficiente; y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida. (Fundamento 28).
- Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias, ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N.° 1 de la OIT. Considerando que el Artículo 25° de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora. (Fundamento 29).
- Un sistema de turnos de trabajo como el implementado por la empresa demandada[19] no es compatible con el parámetro constitucional descrito, puesto que afecta la dignidad de las personas, principio-derecho que

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

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

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

Esta posición radical del TC sobre las jornadas atípicas motivó una reacción del sector empresarial cuestionando la declaratoria de inconstitucionalidad de normas que regulaban la jornada atípica o acumulativa minera y la limitación excesiva de dicha jornada en otros sectores económicos, sistema de trabajo que obedecía a la naturaleza productiva de los sectores minero, hidrocarburos, entre otros, motivó un retroceso del TC el cual se materializó a través de la resolución aclaratoria a su sentencia, publicada el 8 de junio de 2006 en su portal web[20].

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

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

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

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

Alternativamente, también podrá exigirse la siguiente condición:

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

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

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

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

4.1 Génesis y sentido del Convenio N° 1 de la OIT[21]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1 Reconocimiento de las jornadas atípicas en nuestro ordenamiento

Como sabemos, el ciclo de jornadas alternativas y acumulativas comprende aquellos que establecen un período de labor o de trabajo seguido de un período de descanso[22].

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

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

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

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

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

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

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

22 Revista Análisis Laboral Volumen XXVII N° 315, Setiembre 2003. p.23.

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

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

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

El Reglamento a que se refiere el dispositivo legal[23], declarado incompatible con la Constitución de acuerdo al TC, reconoce que el titular de actividad minera podrá establecer un sistema minero especial de trabajo que mantenga la proporción entre los días de trabajo y de descanso, pudiendo fijar una jornada ordinaria de trabajo para laborar turnos diarios de hasta doce (12) horas consecutivas, durante un determinado período de días, el que no podrá ser menor de cuatro (4) días consecutivos, para descansar luego hasta el número total de días que mantenga la debida proporción.

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

4.2.2 Reconocimiento de las jornadas atípicas o acumulativas por la OIT

Como lo señala el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Juan Somavia[24], "la presión para lograr una mayor flexibilidad se

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

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente, la propia OIT en un estudio del año 2005[27] denominado Horas de trabajo ¿de lo fijo a lo flexible?,la OIT reconoce la existencia de modalidades de ordenación con distribución variable de las horas de trabajo, definiendo a las mismas como formas de organizar el tiempo de trabajo que permiten adaptar los horarios en función de las variaciones del volumen de actividad laboral durante cierto período, ampliando en determinados días el horario de trabajo y acortándolo en otros, de modo que el número total de horas trabajadas durante tales períodos no exceda de ciertos límites.

25 Ibid.p.61.
26 Ibid. p.62.
27 Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 93° reunión, 2005. op.cit.

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

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

En ese supuesto, tratándose de actividades que se prestan en lugares alejados de la ciudad[28], la prohibición de pactar jornadas de trabajo atípicas o acumulativas perjudicaría al trabajador, pues al otorgarle únicamente un día de descanso a la semana (descanso semanal obligatorio), se le estaría limitando la posibilidad de compartir más tiempo con su familia[29]. No debe perderse de vista que para trasladar al trabajador a la ciudad se puede tomar varias horas de viaje, situación que va disminuyendo aquellas que el trabajador había previsto para gozar de su descanso físico en compañía de sus seres queridos.

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

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

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

28 Nomalmente en estos lugares operan las empresas que requieren una jornada atípica o acumulativa.
29 Ello sin perjuicio de su descanso vacacional.

En ese sentido, y de acuerdo a la posición tomada en el párrafo precedente, nuestra norma constitucional, interpretada conjuntamente con las disposiciones que la desarrollan, en lo referido al establecimiento de regímenes de trabajo flexibles, reiteramos resultaría ser más favorable para el trabajador y por ende no vulnerarían la dignidad de aquél[30].

Por consiguiente, tratándose de una norma internacional que entra en conflicto[31] con una norma nacional, debemos recurrir a un principio especial del Derecho Laboral formulado para afrontar situaciones de conflicto, el de la norma más favorable. De acuerdo a este principio, cuando dos normas regulen de manera incompatible el mismo hecho, debe seleccionarse la que conceda más ventajas para el trabajador[32], en este caso, a nuestro entender la Constitución (bloque constitucional).

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, podemos concluir que las jornadas atípicas no atentan contra el trabajo decente ni contra la dignidad del trabajador[33], y que, como hemos visto, nuestro ordenamiento constitucional primaría sobre el Convenio N° 1 de la OIT en cuanto a dicha ordenación flexible del tiempo de trabajo. Es más creemos que el propio TC ha advertido de la inviabilidad de declarar inconstitucionales a las jornadas atípicas pues, como veremos más adelante, ha establecido un test que permitiría que dicha forma flexible de trabajo se mantenga.

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

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

Recordemos que en materia de prueba, el principio de contradicción requiere, como requisito de validez (o eficacia si se quiere) de la prueba, que la misma se haya producido con el conocimiento de la parte contra quien se hará valer la misma, otorgándole una oportunidad razonable para fiscalizarla o discutirla[34].

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

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

Este principio implica "el derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria, a tomar conocimiento oportuno de los medios de prueba ofrecidos, admitidos e incorporados de oficio por el juzgador, así como el derecho a intervenir en su práctica o actuación, sea para cuestionarlos o discutirlos – de ser el caso- e incluso para analizarlos con el propósito de hacer presente al juzgador su grado de fuerza o valor probatorio[35]".

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

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

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

Ahora bien, somos de la opinión que la decisión del TC vulneró el derecho al debido proceso de la empresa demandada, en su faz adjetiva o procesal. Recordemos pues que el derecho al debido proceso posee un carácter complejo, componiéndose de una serie de elementos algunos, entre los cuales debemos resaltar al derecho de contradicción o defensa, y al derecho a probar o a producir prueba, incluyendo este último al "derecho a ofrecer medios probatorios, el derecho a que se admitan los medios probatorios ofrecidos, el derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba, y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios probatorios que hayan sido actuados o practicados[36]".

Como vemos, el derecho a probar o a la prueba, es un derecho de naturaleza procesal que forma parte del derecho fundamental a un debido proceso, "de tal suerte que allí donde no exista o no tenga una vigencia real o efectiva no habrá proceso o procedimiento justo[37]".

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

35 Ibid. p.262-263.
36 BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. Lima Ara Editores. 2001. p.214-215.
37 BUSTAMANTE. El derecho a probar.. op.cit. p. 81

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

VI. CONSECUENCIAS DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TC

6.1. Determinación del carácter vinculante del precedente

Un precedente vinculante es aquella regla jurídica contenida en una decisión del TC que resuelve un caso concreto y debe ser observada de manera obligatoria por el propio TC (precedente vinculante horizontal), así como por todos los jueces y tribunales inferiores (precedente vinculante vertical) en aquellos casos sustancialmente iguales[38].

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

Esta disposición a entender de Abad[39] busca establecer un mayor orden y seguridad para definir cuándo una decisión del Tribunal Constitucional adquiere la condición de precedente de observancia obligatoria.

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

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

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

38 ADRIAN, Javier. Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante. Lima, Gaceta del Tribunal Constitucional, N° 2, abril- junio 2006. p.15
39 ABAD YUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo. Lima. Gaceta Jurídica. noviembre 2004. p. 552.

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3. Duración de las jornadas atípicas

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

17 de la aclaración de sentencia[40], se deberá analizar si las jornadas atípicas no exceden en promedio las 48 horas a la semana durante un período de tres semanas, lo cual debemos precisar no significa que las jornadas atípicas deban tener una duración de tres semanas.

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

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFIA

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

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

TEMA III

NUEVOS DESAFÍOS DEL SISTEMA PREVISIONAL PERUANO: MODELO COMPLEMENTARIO O ALTERNATIVO DE PENSIONES

Ponencias Oficiales

Alfonso de los Heros Pérez Albela
Javier Neves Mujica

Ponencias Libres

César Abanto Revilla
Fernando García Granara
César Gonzalez Hunt
Giuliana Higuchi Matsuda,
Eduardo Hurtado Arrieta
Francisco Monge Zegarra
Jorge Luis Mayor Sánchez
Alvaro Vidal Bermúdez
Christian Sánchez Reyes

NUEVOS DESAFÍOS DEL SISTEMA PREVISIONAL PERUANO: MODELO COMPLEMENTARIO O ALTERNATIVO DE PENSIONES

*Alfonso de los Heros Pérez Albela**

Sumario

Introducción; I. Marco jurídico y doctrinario de la seguridad social; II Situación actual de los regímenes pensionarios; III. El Sistema Nacional de Pensiones; IV. Sistema Privado de Pensiones; V. Desafíos de los sistemas previsionales; VI. Opciones a futuro de los sistemas previsionales a manera de conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo, es plantear las opciones que pueden presentarse al país en materia previsional, partiendo de la realidad existente, tanto en lo que se refiere a los sistemas de pensiones, cuanto a la realidad socio laboral subyacente.

El debate que periódicamente se suscita en torno a los regímenes pensionarios imperantes en el Perú, se refiere a la discrepancia existente entre los enfoques estatal y privado respecto de lo que debe entenderse por seguridad social en materia de pensiones, subsistiendo, a pesar de encontrarnos en el siglo XXI, la histórica desconfianza, en unos, de lo que nos reserva la presencia del Estado en el manejo de un tema tan delicado, que puede derivar, como ya ha ocurrido en el pasado, en soluciones políticas populistas, perjudiciales para la efectividad de los derechos y beneficios sociales provenientes de la seguridad

* Miembro del Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echecopar.

social; y, para otros, en la desconfianza que provoca en algunos la presencia del empresariado privado, en el manejo de los fondos previsionales, a pesar de tratarse de meros administradores de los fondos pertenecientes a los afiliados.

Esta situación es propia de una sociedad en la que el desarrollo se ve limitado no solamente por una educación deficiente y una cultura de exclusión, sino por una falta de confianza social que nos coloca en los últimos lugares de la larga fila de países subdesarrollados que no logran superar esta limitación porque no optan por la educación y el desarrollo como la mejor solución para la equidad social.

El paradigma tradicional de una seguridad social pública, autónoma, solidaria y universal, se pierde en la realidad cuando observamos el recorrido que esta ha tenido en nuestro país debido a la incompetencia del Estado para mantenerla vigente de manera eficiente.

Su carácter público y autónomo ha sido confundido permanentemente para convertirla en objeto de los intereses políticos de la coyuntura o del gobierno de turno. Su carácter solidario se ha perdido por falta de previsión de cómo debería organizarse para enfrentar el cambio demográfico y económico que se venía produciendo desde las últimas décadas del siglo XX y su carácter universal se pierde porque el Estado no ha sabido cumplir con el más elemental de los deberes que le corresponde: el de mantener el orden bajo el imperio de la ley, el de abanderar el bien común y el de cumplir con las expectativas de la ciudadanía, y ha permitido que la informalidad se apodere del país, que los aportantes disminuyan y que la carga que el erario público tiene que soportar termine cayendo cada día con más fuerza, en los hombros de los contribuyentes y no en el de los beneficiarios futuros de los derechos derivados de tal estructura.

El régimen de reparto resultante de esta concepción ha devenido en una carga para el estado, que debe cubrir la mayor parte de las pensiones, monto que va en crecimiento, con fondos provenientes del tesoro generados por los impuestos y que deberían destinarse más bien a educación, salud, infraestructura, combate a la pobreza y seguridad ciudadana, principalmente.

Por otro lado, el régimen privado de pensiones, que nace debido al colapso del régimen público, si bien ha reunido a más de un treinta por ciento de la población laboral, ha visto limitado su crecimiento y posibilidades por similares razones a las del régimen público, pero vistas desde la otra orilla. En efecto, este régimen nace con la Ley 25897 e inicia sus actividades en 1993, con las características de ser un régimen prefinanciado de capitalización, pero con la

limitación de ser privado en un país de mentalidad estatista, con la permanente y limitante gama de iniciativas legislativas que en todo momento han pretendido restringirlo y hasta desmontarlo, sin entender que se trataba de una reforma estructural fruto, de alguna manera, de la necesidad, pues el sistema público estaba perdido (más aún con la carga de la Ley 20530 que en ese momento no había sido modificada) y también era fruto de una concepción nueva o distinta de enfocar el problema, la que, no por ser privada, era mala en sí misma y que además contaba con todas las garantías de control, transparencia y hasta intervención del Estado, como ha quedado demostrado en los trece años de vida del sistema.

Se trata ahora, pasado el tiempo y visto el futuro demográfico y económico que nos espera, de determinar cuáles pueden ser los aportes que ayudarían a mejorar, en general, la estructura de las pensiones, sea dentro del régimen público o del privado, sea en un mundo de coexistencia pacífica o de complementariedad entre ambos, o en un mundo de prevalencia de uno y desaparición del otro.

I. MARCO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La doctrina nos señala que la seguridad social está basada en ciertos principios, propios de su naturaleza. Tales principios son los de universalidad, integralidad, solidaridad, unidad e internacionalidad.

Para efectos de nuestro análisis, deseo detenerme en dos de estos principios: la universalidad y la solidaridad.

El primero, la universalidad, establece que la seguridad social pretende alcanzar a la población entera, es decir, que es progresiva pues no solamente protege o debe proteger a los asalariados, quienes son los primeros que han alcanzado este derecho por obvias razones históricas, sino que, poco a poco, debe ser abarcativa de sectores de ciudadanos diferentes, sean o no asalariados y sea cual fuere el nivel de sus ingresos.

El segundo, la solidaridad, está identificada con el régimen económico, al que todos deben contribuir. Hay un sentido de responsabilidad social, por lo cual si bien en un momento la contribución es tripartita, cuando se trata de trabajadores, pues deben contribuir también los empleadores y el Estado, en realidad debe llegar el momento en que la contribución sea social, a través de los impuestos, en especial cuando la protección alcance a ciudadanos que no son trabajadores formales.

"La solidaridad amalgama al sistema de seguridad social, como expresión de la primacía del interés colectivo sobre el individual y, por tanto, impone la participación- en el sistema- de todos los miembros de la sociedad"[1]

"La solidaridad es esencial para la Seguridad Social. No se trata de un ingrediente opcional o contingente, que puede existir o no. Es un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser"[2]

Veremos más adelante cómo juega o debe jugar este principio tratándose del sistema privado de pensiones. Por el momento baste decir que la solidaridad puede revestir variadas formas de participación social, desde la contribución tripartita propia del sistema estatal, hasta la subvenciones directas que debe dar el Estado en determinadas circunstancias, como sucede con las pensiones mínimas o las subvenciones a la pobreza.

La seguridad social en el Perú en materia de pensiones, tiene larga data. Como se verá a continuación, la protección en materia de vejez (jubilación) tiene más de siglo y medio y ha sido, junto con la salud, lo que ha caracterizado en la mayor parte de ese tiempo lo que en el Perú se ha considerado como seguridad social, a pesar de su limitado alcance a un sector de la población perteneciente al mundo estructurado y formal. Revisaremos este panorama[3].

La Ley de Goces de Castilla de 1850, tuvo un siglo de duración y quedó plenamente reemplazada recién en 1973 por el Sistema Nacional de Pensiones creado por el Decreto Ley 19990. La transición entre estos sistemas generó el Decreto Ley 20530, cuyo régimen ha sido recientemente modificado.

Ya en el año de 1936, sin embargo, se había promulgado la Ley 8433, que tenía que ver exclusivamente con los trabajadores obreros y entró en vigencia en 1941.

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se señalaba:

> "Toda persona, en calidad de miembro de la sociedad, tiene derecho a la"seguridad social.

Es decir, que toda persona tiene derecho a un nivel mínimo en todos los aspectos que tiene que ver con su vida, como son la salud, la edad, la invalidez,

1 Carballo, César A.,"Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social", en Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y sus Principios, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Lima, Setiembre 2001, p.412.

2 Plá Rodriguez, Américo,"Estudios de la Seguridad Social", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 408.

3 de los Heros, Alfonso, Notas del Curso Derecho Laboral Parte General, Universidad de Lima, 1985-2006.

la desocupación y demás contingencias sociales.

En el año 1974, se promulgaron las normas sobre la Caja de Pensiones Militar Policial y finalmente en 1992, se promulgó el Decreto Ley 25897, que establece las normas de funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones.

Durante el Siglo XX, se recoge constitucionalmente por primera vez, en el artículo 48° de la Constitución de 1933, el concepto moderno de la seguridad social, en los siguientes términos:

> "La Ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias "económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y "fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de"ahorros y de seguros, y las cooperativas".

Puede verse en este enunciado general y más programático que real, el germen o semilla de la legislación que posteriormente fue creando las distintas figuras de la seguridad social.

Más tarde, la Constitución de 1979, contiene todo un capítulo, el Capítulo III, dedicado a la seguridad social, la salud y el bienestar. En su artículo 12° garantiza el derecho de todos a la seguridad social, y en el 13° se señala los riesgos cubiertos que incluyen la enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada por la ley.

Su artículo 14° encarga la seguridad social a una institución autónoma, descentralizada y de derecho público, de dirección tripartita, señalando que sus fondos provienen del Estado, los empleadores y los asegurados. La misma norma permite la existencia de entidades privadas en la seguridad social"siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados". Aquí puede encontrarse la semilla de los sistemas privados de pensiones y salud.

En el año 1993, entra en vigencia la actual Constitución, y en su artículo 1° señala que"la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"

Esta declaración, como derecho fundamental, implica que la persona humana debe gozar de una serie de derechos y cumplir frente a la sociedad una serie de deberes que le permitirán mantener su calidad y su dignidad de persona humana.

Dentro de los derechos sociales y económicos que permiten la realización del paradigma enunciado, se encuentra el derecho a la seguridad social.

Así, el artículo 10° de la Constitución dispone:

> "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la "seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise "la ley y para la elevación de su calidad de vida".

La norma señala un derrotero muy claro. La seguridad social constituye un derecho, este derecho es de carácter universal, es decir alcanza a todos los ciudadanos y es progresivo, pues obviamente la sociedad requiere la organización, desarrollo y medios suficientes para cumplir esta meta.

A su vez, en materia de pensiones, el artículo 11° de la Constitución "garantiza el libre acceso" a las mismas, "a través de entidades públicas, privadas o mixtas", dotando a los fondos y reservas de la seguridad social de un carácter intangible.

Interesa pues entender cuál es el alcance de estos derechos y cómo se engarzan en las obligaciones del Estado social y democrático de derecho que consagra el artículo 43° de la Constitución.

A este respecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente 0050-2004[4] en el que se acumulan diversas demandas de inconstitucionalidad contra las leyes N° 28389 y N° 28449, contiene diversos criterios que vale la pena señalar, pues conforman el marco jurídico de lo que debemos entender por seguridad social en el ámbito pensionario.

En su fundamento 43, la sentencia señala:

> "En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber "social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de "aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio "de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de "los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas "las personas".

4 Tribunal Constitucional, Sentencia del Pleno Jusrisdiccional de 3 de junio de 2005, Expedientes Acumulados, sobre proceso de inconstitucionalidad contra las leyes 28389 y 28449.

Con relación a la economía social de mercado consagrada en el artículo 58° de la Constitución, señala en su fundamento 44, que los elementos de aquella son:

- El bienestar social, que se traduce en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- El mercado libre, que supone respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a la libre competencia regida, prima facie por la oferta y la demanda y por el combate a los monopolios y oligopolios.
- El Estado subsidiario y solidario que obliga a este a intervenir cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado o contravenga el bienestar social.

Respecto a la pensión, el Tribunal Constitucional considera que la dignidad humana es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales y conforme lo ha expresado en el fundamento 161 de la Sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC en el caso Tineo Silva, la dignidad humana es el mínimo inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover (fundamento 46).

En este sentido, defiende el principio de solidaridad respecto a la pensión, criterio que deberá servir más adelante para fijar una posición respecto a las soluciones que podrían darse a la realidad pensionaria en el Perú.

Dice en su fundamento 48, citando a su vez el fundamento 16 de la Sentencia N° 2945-2003-AA del caso Meza García, que la solidaridad es un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política, es el deber de aportar al fin común. Por ello en la sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI en el caso Herrera Otiniano, fundamento 14, se reconoce el fuerte contenido axiológico de la seguridad social. Solidaridad de carácter general que se manifiesta por ejemplo en las prestaciones de salud y solidaridad intergeneracional, que se manifiesta específicamente en el caso de las pensiones en los sistemas de reparto.

En su fundamento 54, la sentencia señala que "la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado- por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la "doctrina de la contingencia y la calidad de vida".

Por ello, según lo señala el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC, "la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el

proyecto de vida de la comunidad".

Por último, tenemos, en materia de legislación internacional, el Convenio N° 102 de OIT de 4 de junio de 1952, que entró en vigor el 27 de abril de 1955[5], que establece las bases de lo que se considera la norma mínima de seguridad social, estableciendo las prestaciones que debe comprender cada tipo de beneficio. Al tratar sobre la vejez, señala la garantía de cubrir la contingencia más allá de una edad prescrita que no debe exceder de 65, salvo excepciones, con alcances cuantitativos en materia de cobertura de asalariados y de población económicamente activa.

Teniendo en cuenta los elementos antes citados, en especial el de la solidaridad, como forma social de aportar al fin común, pasaremos a analizar la situación actual para luego incidir en los regímenes vigentes y finalmente en una posible solución.

II. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS REGÍMENES PENSIONARIOS

Actualmente en el Perú coexisten dos sistemas de pensiones:

1. El modelo de reparto representado en el Sistema Nacional de Pensiones por el cual las pensiones de los jubilados son financiadas por el aporte de los trabajadores activos. Estas pensiones provienen de un fondo común formado por las aportaciones de los afiliados al sistema nacional y por los aportes del estado provenientes del tesoro público.
2. El sistema de cuentas individuales de capitalización, en el cual la pensión de cada jubilado es financiada con los aportes que el mismo trabajador fue efectuando durante su vida laboral. Este sistema utiliza el modelo de cuentas individuales de capitalización.

   Hay que tener en cuenta, antes de pasar a analizar estos sistemas, que la coexistencia de un sistema nacional y un sistema privado, no es casual. Proviene de la realidad que se ha vivido durante el siglo XX respecto de varios factores que han hecho necesaria la presencia de un sistema alternativo en materia de pensiones.

   Vale la pena señalar que actualmente coexisten cinco grupos de trabajadores y que no todos gozan de la protección de los beneficios pensionarios:

5 OIT, Convenio 102, Convenio Relativo a la norma mínima de la seguridad social, Ginebra, 1985.

A) Los trabajadores afiliados al Sistema Nacional de Pensiones. Se trata de trabajadores formales, que aportan 13% sobre sus ingresos laborales. Su número bordea los 400,000 aportantes y además existen 720,000 jubilados que reciben un subsidio importante del estado como se verá más adelante.
B) Los trabajadores afiliados al Sistema Privado de Pensiones, que son también trabajadores formales, que aportan 10% de sus ingresos al fondo de pensiones. Son algo más de 3'500,000 afiliados nominales, de los cuales aporta casi un 50% y actualmente existen 60,000 pensionistas en este sistema. Sus pensiones provienen de la capitalización de sus aportes.
C) Los trabajadores independientes, que no aportan a ningún sistema y con sus impuestos subsidian a los jubilados del Sistema Nacional de Pensiones. Son alrededor de 2'500,000 personas y no tienen pensión de jubilación.
D) Los trabajadores informales que no tienen acceso a ningún sistema, pagan impuestos indirectos y también contribuyen a subsidiar al grupo de pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones. Son alrededor de 5'700,000 personas y no tienen pensión de jubilación.
E) Los ciudadanos en extrema pobreza, alrededor de 3'000,000 de personas, que en todo caso pagan impuestos al consumo y subsidian a los pensionistas del régimen público. Desde luego que estas personas no tienen ningún tipo de pensión.

Este es pues el universo hacia el cual debemos dirigir nuestra preocupación e interés en buscar soluciones efectivas que aseguren el futuro de estas personas.

Podemos apreciar que esta realidad implica una gran deficiencia y una crisis de soluciones adecuadas, que hasta ahora no se implementan. El Consejo Asesor de la Reforma Previsional Chilena (2006)[6] dice a este respecto que "un sistema de pensiones no requiere estar inmerso en una crisis para que sea necesario reformarlo. Basta con que esté expuesto a mayores exigencias de la sociedad".

Y de eso se trata precisamente. En el Perú tenemos que empezar a solucionar, en la medida de las posibilidades económicas del país, todas aquellas carencias que se reflejan de la realidad señalada en la relación de casos anterior.

6 Iglesias, Augusto, "Propuesta de Reforma al Sistema de Pensiones de Chile", PrimAmerica Consultores, 2006.

III. EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

La crisis económica del sistema nacional ha sido provocada, no solamente por el mal manejo de los fondos previsionales que sucesivos gobiernos utilizaron para fines distintos al propósito de su creación a pesar de su carácter intangible (significativa deuda estatal esfumada virtualmente por la inflación y gastos excesivos de tipo administrativo para sostener el sistema, los cuales consumían más de la mitad de lo ingresado, sin contar con la evasión y la mora de los empleadores), sino, en especial, por el fenómeno de la disminución del empleo formal, el crecimiento del sector informal y el cambio de patrón demográfico en que se basaba el sistema de reparto.

Como señalan Morón y Carranza[7] en la simulación realizada para determinar hasta cuando puede ser sostenible el sistema de reparto se señala *"la simulación realizada arroja resultados preocupantes... si el apoyo del Estado al SNP se limitara a proporcionar recursos para cubrir el 40% de la planilla de la Ley 19990 , el sistema nacional no podría seguir operando más allá del año 2009. Para el año 2009 se habrían agotado por completo los recursos del fondo consolidado de reservas, el fondo donde capitalizan los aportes de los afiliados activos al SNP y que financian el pago de las pensiones de la Ley 19990. A partir de ese año, el Estado tendría que cubrir con sus recursos ordinarios la totalidad de las pensiones del D. Ley 19990"*.

Desde luego que, el sistema podría seguir funcionando más allá del 2009 si el Estado redujera el monto de cobertura de las pensiones. No tendría sentido que el Estado continúe financiando la planilla de pensionistas hasta límites inaceptables, en perjuicio del Tesoro Público y de otros grupos sociales del país, en especial el de extrema pobreza y los que viven dentro de sectores sumergidos o no estructurados o informales, como se les quiera llamar.

De esta manera y mientras continúe el sistema de reparto, sin financiación y sin futuro demográfico, como se verá luego, habrá una competencia indebida de un sistema con condiciones de ineficiencia, como el Sistema Nacional de Pensiones, en detrimento de la sociedad y sin que se cumpla el objetivo de prestar pensiones dignas a quienes se jubilan.

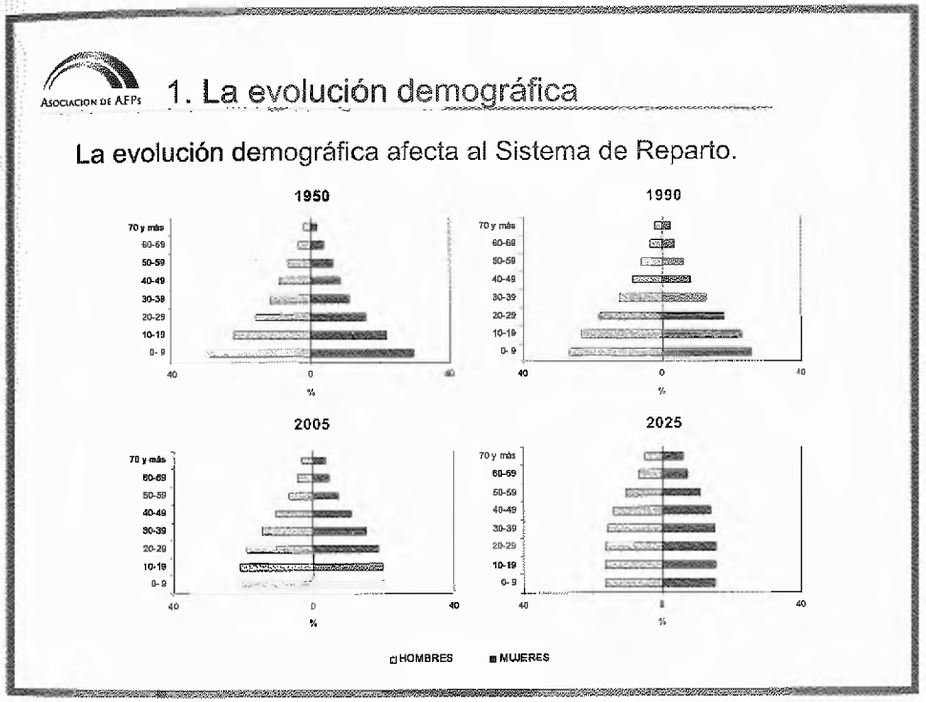
Es así como, en los últimos años, la caja fiscal ha llegado a financiar el 80% de los fondos de pensiones del sistema nacional, correspondiendo tan sólo un

7 Morón, Eduardo y Carranza, Eliana, "Diez Años del Sistema Privado de Pensiones, Avances, Retos y Reformas", Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, 2003. p 59.

20% a las aportaciones de los afiliados, y ni se comente lo que ha ocurrido con el régimen de la Ley No. 20530, en el cual prácticamente el 100% de las aportaciones requieren financiamiento de la caja fiscal. Basta decir que en el Sistema Nacional de pensiones hay 400,000 aportantes y 720,000 pensionistas.

Por otro lado resulta insostenible desde el punto de vista demográfico, la posibilidad de seguir manteniendo un sistema de reparto por cuanto, si analizamos la evolución del crecimiento de la población entre 1950 y el año 2005, podremos apreciar que ya no es posible que una base previsional amplia de gente joven sostenga las pensiones de los que se van jubilando en el sistema. (Ver gráfico No. 1)[8].

Gráfico No. 1

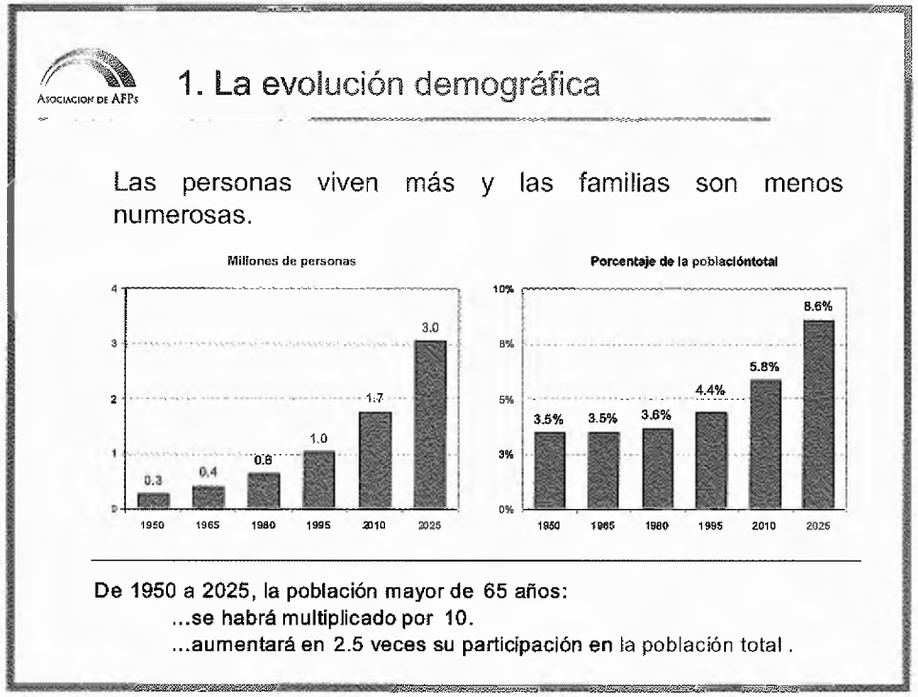


Fuente: Asociación de AFP

8 Asociación de AFP, "Ventajas del Sistema de Cuentas Individuales de Capitalización", 2006.

Más aun, entre 1950 y el año 2025, la población mayor de 65 años se habrá multiplicado por 10 y habrá aumentado 2.5 veces su participación en la población total. Es decir, las personas viven más y las familias son menos numerosas. Según las estimaciones del INEI, la tasa de crecimiento que en 1955 era de 2.69% se reduce al año 2006 a 1.40%. Entre los años 2027 y 2032 será de 0.84%, y entre el año 2042 y 2047 será de 0.50%. (Ver gráfico No. 2)[9].

Gráfico No. 2



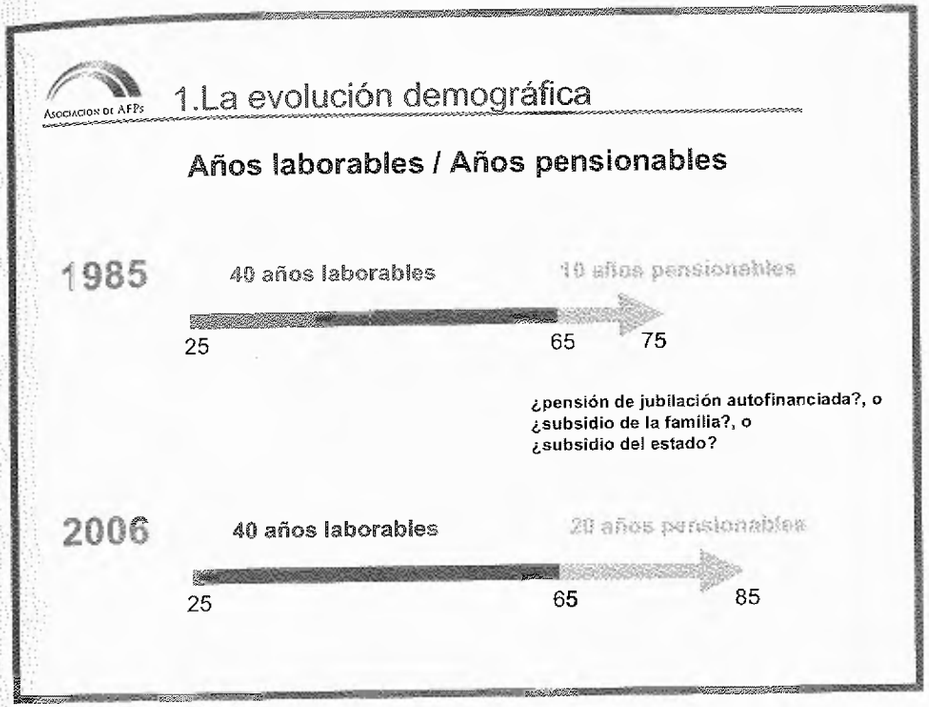
Fuente: Asociación de AFP

Esta realidad lleva a que, mientras por las expectativas de vida en el año 1985 una persona de 65 años que había tenido 40 años de trabajo tenía una posibilidad o futuro de 10 años pensionables, hoy por hoy, en el año 2006, con los mismos

9 Ibidem., p. 9.

años de trabajo, la expectativa de vida al pensionarse habiendo cumplido los 65 años, es de 20 años pensionables (Ver gráfico No. 3)[10].

Gráfico No. 3

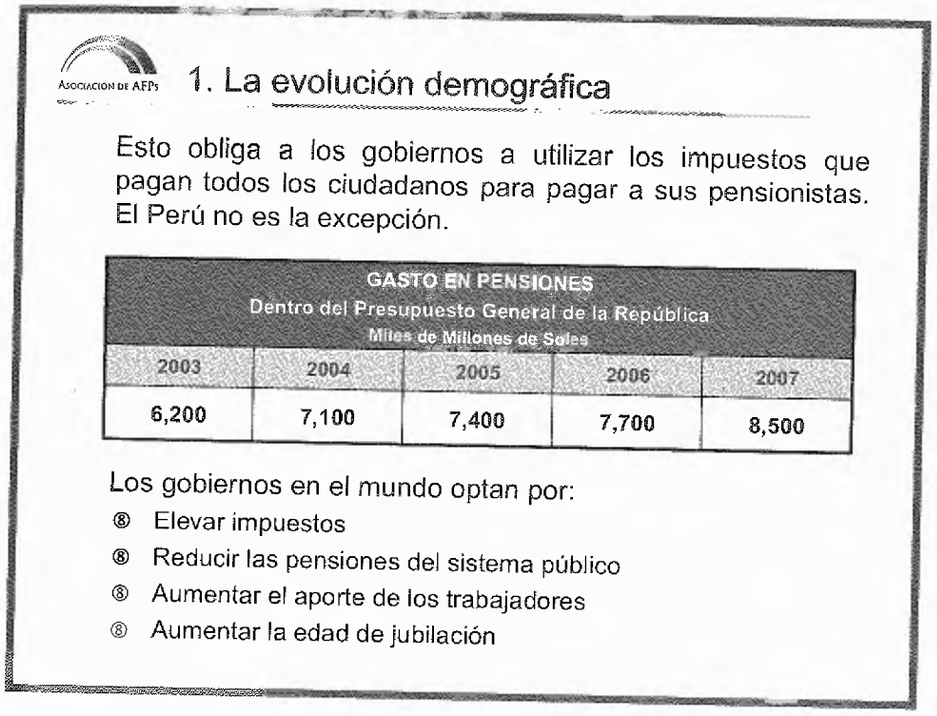


Fuente: Asociación de AFP

Esta situación demográfica ha llevado a los gobiernos a utilizar los impuestos que pagan todos los ciudadanos y que deberían estar destinados a servicios como la educación, la seguridad, la salud y la infraestructura, entre otros, se vea destinada actualmente en importante proporción a pagar pensiones de jubilación (Ver gráfico No. 4)[11].

10 Ibidem., p.10
11 Ibidem., p.11

Gráfico No. 4



Fuente: Asociación de AFP

Ante esta realidad, los gobiernos optan, bien sea, por elevar los impuestos o por reducir las pensiones, o por aumentar los aportes, o también por aumentar la edad de jubilación.

Resulta evidente entonces, que ante esta realidad se hacía necesario buscar una solución alternativa al sistema de reparto que se tornaba en insostenible al resultar cada vez más difícil que los trabajadores activos sostuvieran con sus aportaciones las pensiones de los jubilados.

Es así, que en la década pasada mediante Decreto Legislativo 724 publicado el 11 de noviembre de 1991, se crea el Sistema Privado de Pensiones como paralelo o alternativo al Sistema Nacional, pero ante la necesidad de una legislación compleja y específica, recién se pone en marcha mediante Decreto Ley No. 25897 publicado el 6 de diciembre de 1992, norma que rige hasta ahora el Sistema Privado de Pensiones.

Lo que ha ocurrido entonces hasta el momento, es la coexistencia de dos sistemas alternativos, el público y el privado que los trabajadores deben elegir libremente al momento de ingresar al trabajo.

Sin embargo, habida cuenta de la insostenibilidad del sistema de reparto frente al sistema de capitalización y, a las necesidades de la población que deben ser cubiertas por este beneficio, debemos plantearnos alguna opción a fin de resolver de una manera definitiva el problema, y evitar que el Estado siga soportando una carga innecesaria con detrimento de los derechos efectivos de los trabajadores que continúan acogiéndose al sistema de reparto sin saber que al final de su vida laboral van a recibir una pensión limitada y precaria que no va a ser suficiente para subvenir a las necesidades que les presente el periodo de jubilación que, como hemos visto anteriormente, se extiende por razones demográficas cada vez más.

IV. SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

El Sistema Privado de Pensiones cuyo funcionamiento se inicia en 1993, como señalamos anteriormente, en virtud del Decreto Ley 25897, se establece como una forma de resolver el problema suscitado por la falencia del sistema público.

Funciona como un sistema alternativo por razones constitucionales y políticas, ya que el marco jurídico no permitía en ese entonces, el cierre del Sistema Nacional de Pensiones. Pero, al mismo tiempo, se modificó el manejo de este sistema público entregándole a la Oficina de Normalización Previsional, ONP, la administración previsional a partir de enero de 1994, entidad que supuestamente tendría a su cargo la paulatina reducción del sistema publico a pesar de que la afiliación seguía siendo libre en cualquier sistema y que en la practica han existido y existen trabajadores que pueden optar por afiliarse o volver al Sistema Nacional de Pensiones.

En el tiempo transcurrido entre su formación y el presente, en muchas oportunidades, políticos y sindicalistas han señalado su preferencia por el sistema publico, la conveniencia de la desafiliacion del sistema privado y hasta la creación de un nuevo Sistema Nacional de Pensiones, pensando seguramente, que el Estado es el único capaz de conducir un sistema de seguridad social, cuando en realidad lo que interesa es que los sistemas funcionen, que los beneficios sean efectivos y no solamente nominales y que el Estado siempre está presente en la supervisión de todo aquello que tenga que ver con el bienestar

social. Más aún, en el caso del Sistema Privado de Pensiones, lo ha hecho bien, lográndose altos estándares de seguridad en métodos, prestaciones e inversiones.

Entre tanto, considero que el Sistema Privado de Pensiones hasta el día de hoy, ha demostrado que tiene aspectos positivos, aunque es perfectible, y que puede cubrir mejor las expectativas de pensión de los trabajadores que se jubilan.

A este respecto, se pueden indicar algunos aspectos importantes que hacen necesaria la permanencia y mejora de este sistema.

Una primera ventaja es que en el sistema de capitalización el dinero aportado pertenece siempre al trabajador y nunca se pierde ante la eventualidad de la desaparición o cambio de la administradora. El fondo tiene cuentas separadas y cambia de administradora en caso de quiebra o liquidación de una AFP.

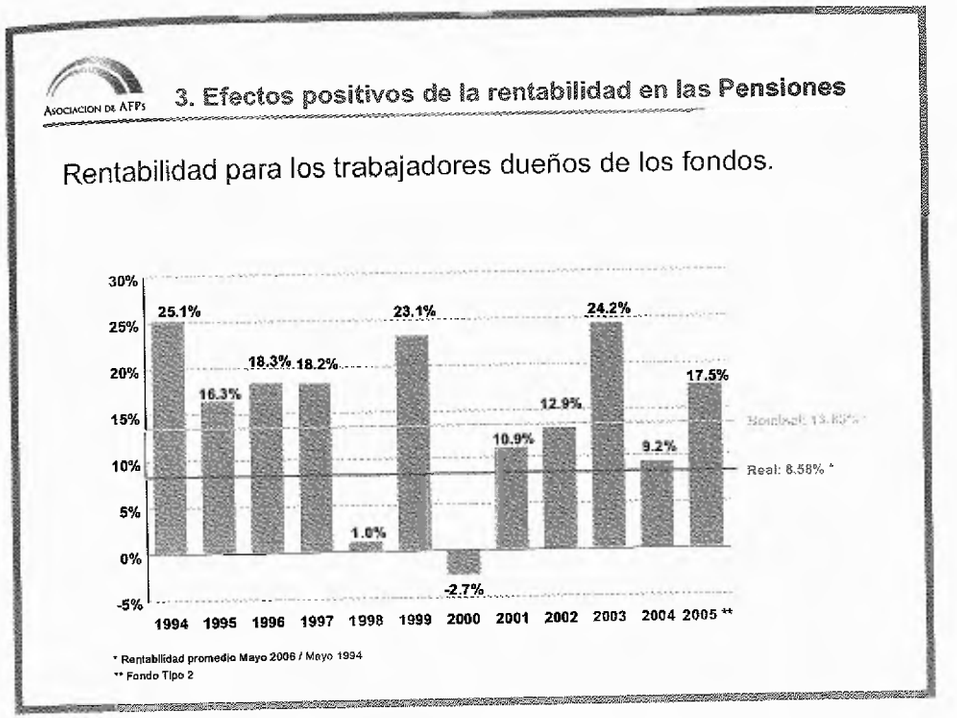
Además, no es necesario un número mínimo de aportaciones como ocurre en el sistema nacional que exige 20 años y que implica la perdida de lo aportado si no se llega a cubrir dicho periodo aportativo.

Contrariamente, en el sistema de capitalización el trabajador percibe la pensión al cumplir los 65 años de acuerdo al fondo que ha logrado acumular durante su vida laboral siendo propietario, no solamente del integro de lo aportado, sino también de la rentabilidad, sumas con las cuales financia su pensión. Existe también la garantía de pensión mínima para quienes no alcanzan la acumulación necesaria.

En la historia transcurrida entre 1994, fecha en que se inicia el rendimiento de los fondos de capitalización y 2005, podemos ver que la rentabilidad nominal promedio ha sido de 13.83% y la real de 8.58% a mayo de 2006. (Ver gráfico 5)[12].

12 Ibidem., p.13.

Gráfico No. 5

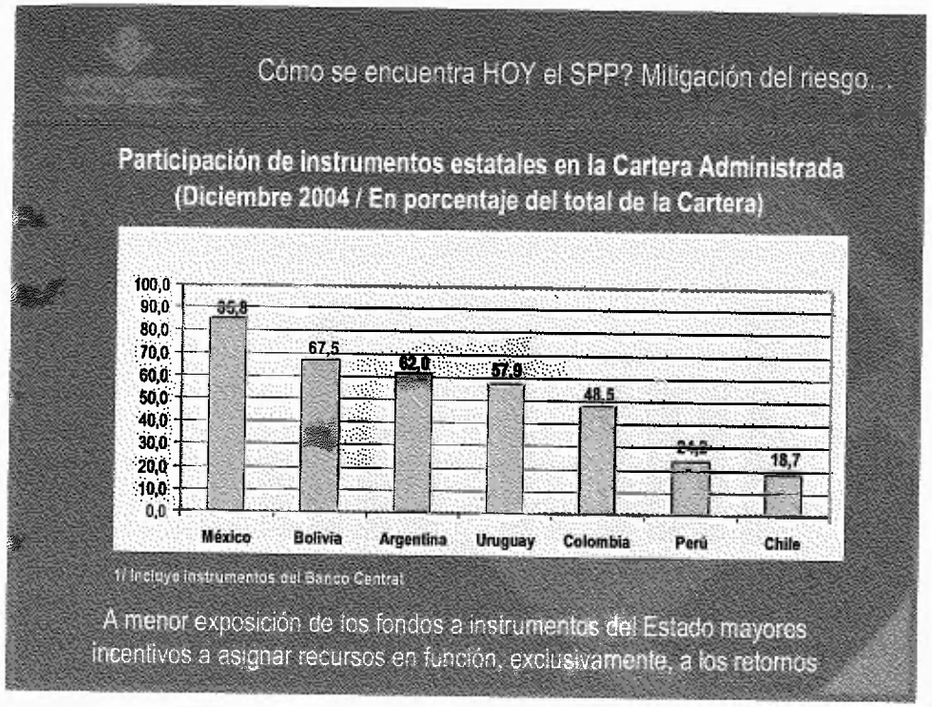


Fuente: Asociación de AFP

Esto indica que el manejo y la estabilidad de estos fondos ha sido positivo a pesar del escaso volumen del propio mercado nacional, la limitada posibilidad de diversificar los fondos con inversiones en el exterior y el hecho de que el compromiso de este fondo en papeles del Estado es el menor de toda América Latina (ver gráfico 6)[13].

13 Cusman Veramendi, Héctor, Intendente de AFP, Superintendencia de Banca y Seguros, "Evolución del Sistema Privado de Pensiones: Situación Actual y Lineamientos de la Reforma", p.11.

Gráfico No. 6

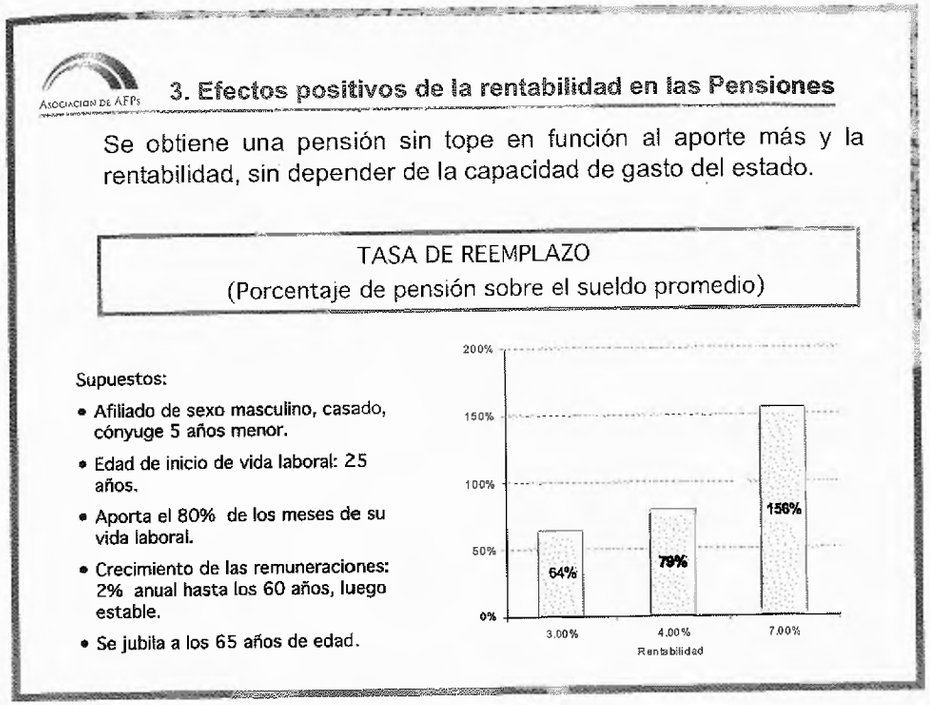


Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

La ventaja que se tiene en el sistema de capitalización es que no se depende de la capacidad de gasto del estado y que no hay topes en la rentabilidad; y si nos referimos a la tasa de reemplazo, es decir al porcentaje de pensión sobre el sueldo promedio podemos apreciar que dependiendo de la rentabilidad, las pensiones pueden llegar a montos muy importantes sobre la ultima remuneración del trabajador e incluso superarla. (Ver gráfico 7)[14].

14 Asociación de AFP, ob. cit. p. 14.

Gráfico No. 7



Fuente: Asociación de AFP

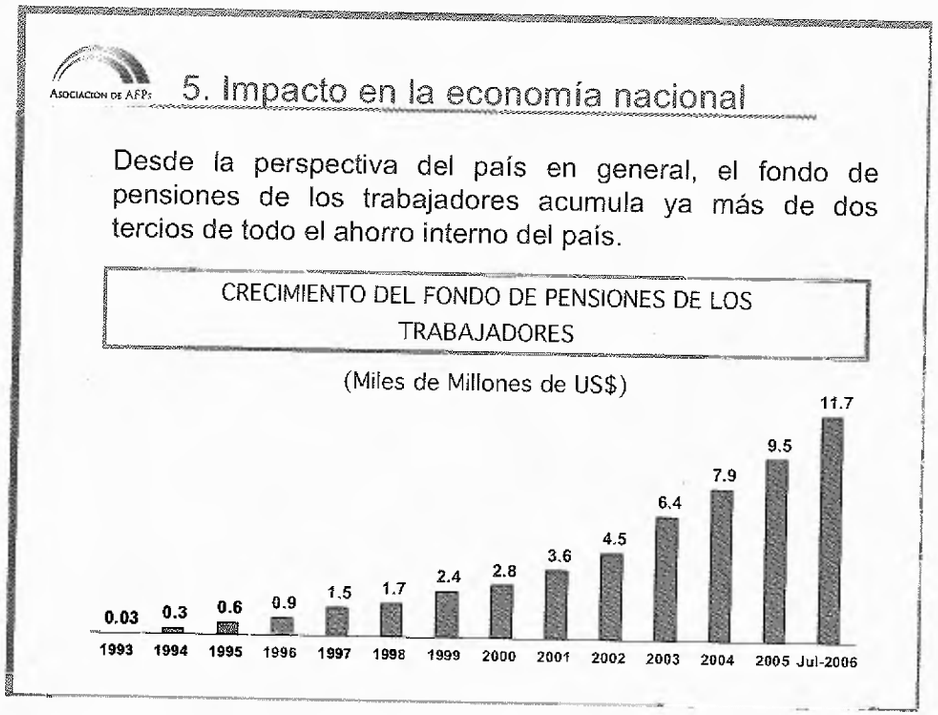
Además, el sistema de capitalización mantiene los mismos beneficios básicos del Sistema Nacional de Pensiones, a saber:

- el derecho de una pensión mínima.
- el pleno acceso a Essalud para afiliados y pensionistas.
- el otorgamiento de pensiones de sobrevivencia e invalidez.
- el otorgamiento de gastos de sepelio.
- la jubilación anticipada para trabajadores de riesgo.

Actualmente y pese a la corta existencia del sistema de capitalización existen 57,643 pensionistas de los cuales 27,913 son pensionistas de jubilación, 3250 de invalidez y 26,480 de sobrevivencia, con pensiones promedio cercanas a los mil soles.

Además resulta evidente el impacto que tiene el sistema privado de pensiones en la economía nacional pues acumula más de 2/3 del ahorro interno del país bordeando actualmente los 12,000 millones de dólares. (Ver gráfico 8)[15].

Gráfico No. 8

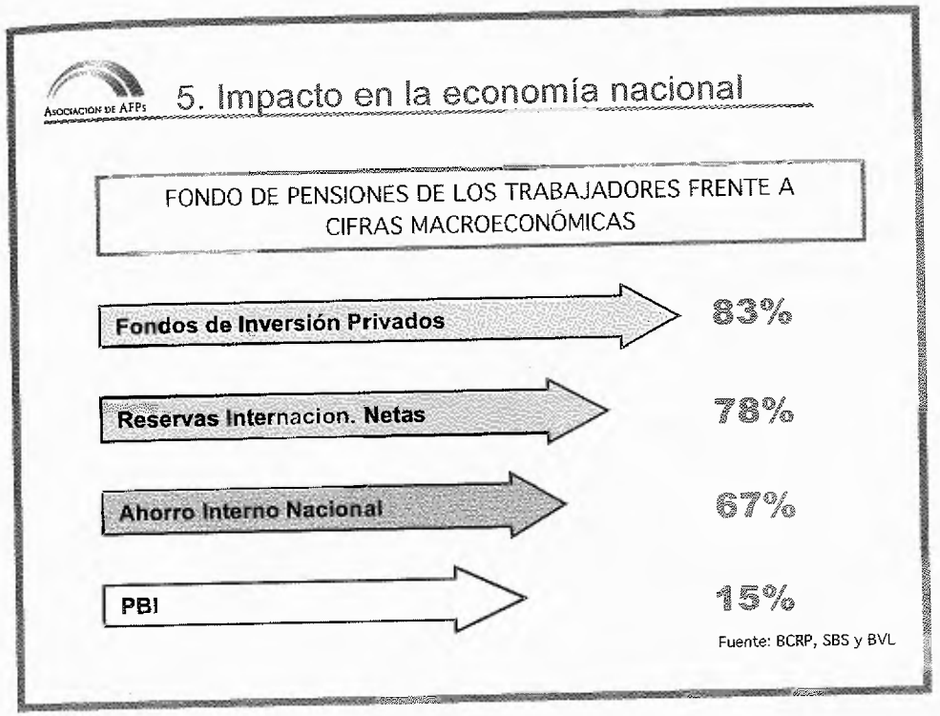


Fuente: Asociación de AFP

Al mismo tiempo, el fondo de pensiones constituye el 83% de los fondos de inversión privados, el 78% de las reservas internacionales netas el 67% del ahorro interno nacional y el 15% del PBI. (Ver gráfico 9)[16].

15 Ibidem., p. 18
16 Ibidem., p. 19.

Gráfico No. 9

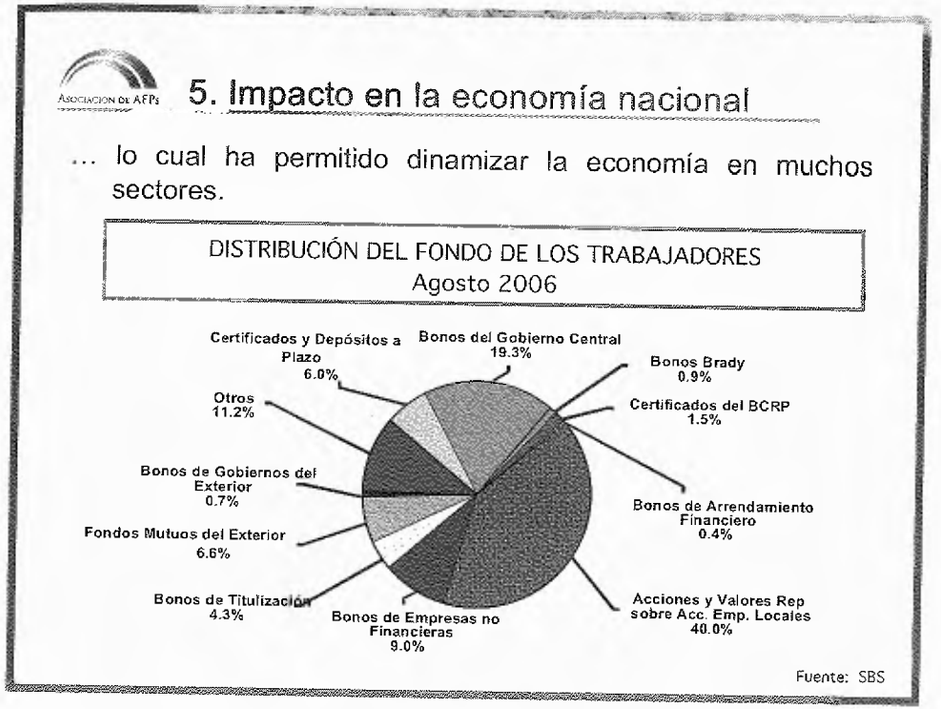


Fuente: Asociación de AFP

La distribución del fondo respecto a su impacto en la economía nacional también ha servido para dinamizar algunos sectores pudiendo apreciarse que en especial ha invertido en el desarrollo empresarial, al cual tiene destinado el 40% de sus fondos. (Ver gráfico10)[17].

17 Ibidem., p. 20.

Gráfico No. 10

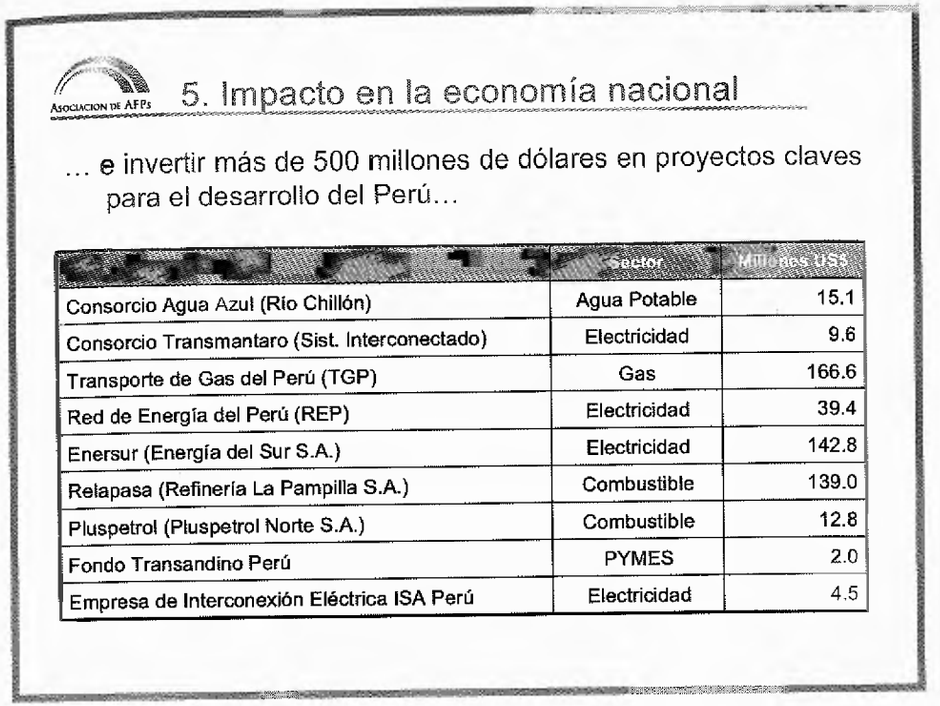


Fuente: Asociación de AFP

También el fondo ha invertido en proyectos claves para el desarrollo nacional más de 540 millones de dólares, tal es el caso de inversiones en agua potable, gas, combustibles y Pymes. (Ver gráfico 11)[18].

18 Ibidem., p. 21.

Gráfico No. 11



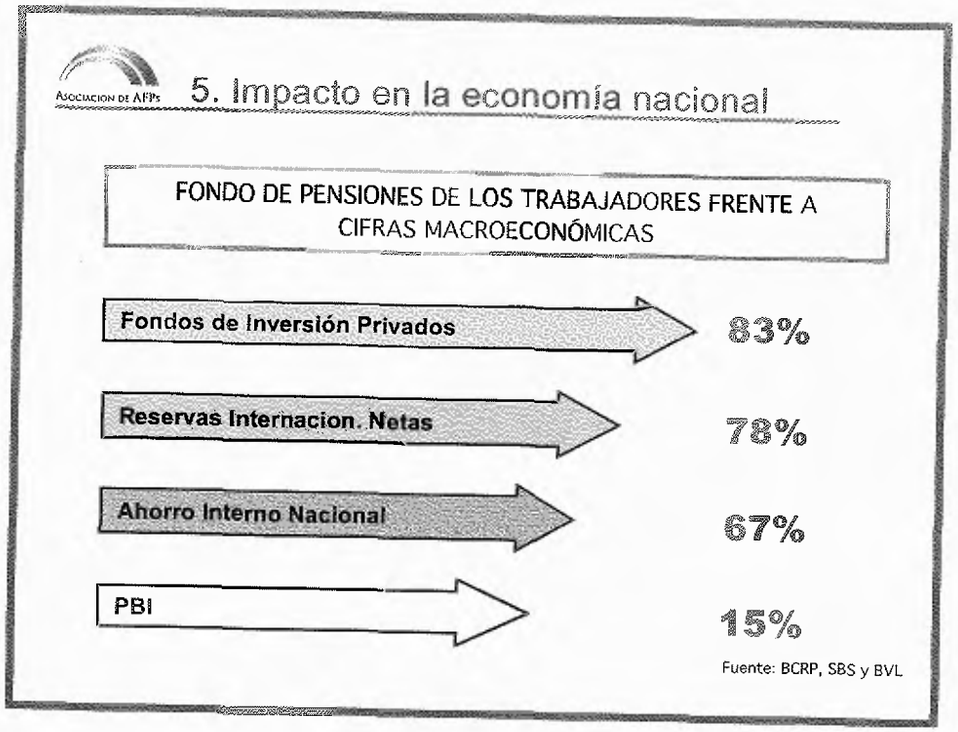
	Sector	Millones US$
Consorcio Agua Azul (Río Chillón)	Agua Potable	15.1
Consorcio Transmantaro (Sist. Interconectado)	Electricidad	9.6
Transporte de Gas del Perú (TGP)	Gas	166.6
Red de Energía del Perú (REP)	Electricidad	39.4
Enersur (Energía del Sur S.A.)	Electricidad	142.8
Relapasa (Refinería La Pampilla S.A.)	Combustible	139.0
Pluspetrol (Pluspetrol Norte S.A.)	Combustible	12.8
Fondo Transandino Perú	PYMES	2.0
Empresa de Interconexión Eléctrica ISA Perú	Electricidad	4.5

Fuente: Asociación de AFP

Por otro lado, vale la pena señalar el impacto que tiene el fondo sin descuidar su objetivo principal, garantizando una buena rentabilidad a los dueños de los fondos, es decir a los afiliados, rentabilidad acumulada que llega al 238% de los fondos y que si se compara con otras inversiones, las supera largamente (ver gráfico 12)[19].

19 Ibidem., p. 22.

Gráfico No. 12



Fuente: Asociación de AFP

V. DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS PREVISIONALES

En el caso peruano, la realidad nos plantea desde el punto de vista social y financiero, un desafío: tener un sistema sostenible que garantice pensiones dignas a los trabajadores en su etapa jubilatoria o a sus derechohabientes en el caso de que éste falte. Se trata, en el complejo mundo de hoy, de otorgar seguridad a los ciudadanos ante los eventos sociales de la jubilación o de la supervivencia.

Hay que tener en cuenta, además de los factores demográficos y sociales, el factor económico, pues éste normalmente, es el que ha contribuido al desfase de los sistemas de protección social.

En otras palabras, el Estado no debe simplemente contemplar pasivamente el cambio demográfico, de valores y de sistemas de vida social que se producen

a pesar de su intervención sino, en especial, debe comprometerse a que toda su acción administrativa deba estar dirigida al aseguramiento de que las bases económicas de estos sistemas tengan eficacia en el tiempo, lo cual implica sanas políticas económicas, prudencia fiscal, control del gasto publico, adecuada inversión social, lucha contra la corrupción, y aplicar políticas que tengan por objeto convertir al Estado en un ente eficiente y garantizar la estabilidad económica y social necesarias para evitar siniestros sociales o siniestros económicos que dan al traste con cualquier sistema previsional.

Cabe pues plantear como opciones posibles:

1. La desaparición de uno de los dos sistemas y la prevalencia del otro (en un sistema darwiniano, tendría que desaparecer probablemente el sistema nacional, por su avanzado estado de desfinanciación y prevalecer el sistema de capitalización, situación que ha ocurrido en otros países);
2. La complementariedad entre ambos sistemas a través de una pensión mínima a cargo del Estado y una pensión complementaria a cargo del sistema de capitalización; siendo este el sistema de pilares en el que los trabajadores aportarían a una cuenta individual y a un fondo colectivo;
3. La complementariedad por defecto, en la que el Estado contribuiría con los montos necesarios no alcanzados por el afiliado, para completar la pensión mínima, pero superado el mínimo por la pensión de capitalización, el Estado no tendría que intervenir;
4. La complementariedad compleja, en la que habría una pensión mínima para toda aquél ciudadano en edad crítica (65 años), proveniente del impuesto a la renta, con límites cuantitativos calculados actuarialmente, más la complementariedad por defecto para quienes han cotizado al fondo de capitalización y la pensión complementaria a cargo del sistema de capitalización.

Hemos señalado anteriormente que el artículo 11° de la Constitución vigente garantiza el libre acceso de los ciudadanos a las prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas y el artículo diez de la misma Carta reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social.

Debe tenerse en cuenta que la Constitución, de acuerdo a lo señalado, establece la coexistencia de sistemas públicos, privados o mixtos, de tal manera,

que si cumplimos el mandato constitucional podríamos establecer en materia pensionaria, un sistema mixto que racionalizara estas prestaciones de tal manera que el Estado pueda asumir un rol de aseguramiento básico, mientras que el sistema de capitalización proveniente de las cuotas de los propios trabajadores asegurase la prestación adecuada para el periodo jubilatorio, hoy más extenso.

Habría que analizar en este caso qué hacer con regímenes especiales de trabajadores que gozan de jubilación temprana como los mineros, o los trabajadores pesqueros, o con el caso de la Caja de Pensiones Militar Policial o el de los miembros del cuerpo diplomático, pues en un nuevo régimen aplicable sin excepciones a todos los trabajadores, debería evitarse situaciones singulares.

VI. OPCIONES A FUTURO DE LOS SISTEMAS PREVISIONALES A MANERA DE CONCLUSIÓN

Dentro de las opciones que se presentan como renovadoras están citadas con más frecuencia la opción de los pilares, por la cual podríamos hablar de varios niveles de protección social:

1. Pilar Solidario: un primer nivel de protección universal o pilar universal por el cual el Estado pudiera llegar a la población no protegida con pensiones o ayudas mínimas vitales;
2. Pilar Complementario: un pilar de pensión mínima que tendría un carácter complementario y que obligaría al Estado a otorgar la diferencia entre dicha pensión mínima y el monto que pudiera haber obtenido el trabajador en su vida laboral si éste fuera menor.
3. Pilar de capitalización: que sería un pilar de ahorro de cuenta individual a cargo de las AFP.

La reciente propuesta de reforma en Chile formulada por el Consejo Asesor Presidencial para la reforma previsional plantea precisamente una estructura multipilar con un primer nivel solidario para los más pobres, un pilar contributivo que incorpore a los trabajadores independientes con subsidios iniciales en los primeros 24 meses de cotización, para los trabajadores de bajos ingresos y un pilar de ahorro voluntario.

Si tenemos en cuenta el recorrido del sistema previsional en Chile, por su antigüedad y por resultados, parecería que en el caso peruano no sería fácil llegar rápidamente al sistema multipilar con una base solidaria para los más pobres

debido básicamente a que el nivel de informalidad en el Perú es de tal magnitud que el Estado terminaría destinando una enorme porción de los impuestos para cubrir esta zona.

Parece más prudente que en el Perú se comience por un sistema de dos pilares:

1. un primer pilar complementario en que el Estado complete hasta su límite las pensiones que están por debajo de la pensión mínima; y
2. un segundo pilar de capitalización en el cual habría que incluir a los trabajadores independientes y a los trabajadores informales de manera obligatoria. Esto último podría lograrse a través de incentivos y de detección del trabajo informal.

En una etapa posterior, habría que llegar, en virtud de la solidaridad social y el alcance universal de la seguridad social, al pilar solidario en que recibirían el apoyo correspondiente, los ciudadanos que, sin tener los requisitos de ser trabajador estable o formal, requiere el subsidio social para gozar de una vida digna.

¿Cuál sería la fuente de financiación del primer pilar? Considero que debería provenir de los impuestos y no de una contribución adicional de los trabajadores formales, pues si la conceptuáramos como solidaria, todos deberían contribuir.

De lo que se trata es que el Estado, que actualmente cobra impuesto a la renta sobre la parte de la remuneración que constituye las contribuciones a los sistemas de pensiones, destine esos fondos para cubrir el monto complementario a fin de que alcancen la pensión mínima aquellos trabajadores que no llegan a ese nivel.

No hay que olvidar que el Estado nunca cumplió con la cuota de sostenimiento tripartito de los regímenes de seguridad social, aunque en la práctica, ha tenido que ir cubriendo con fondos del Tesoro Público sus propias ineficiencias en la administración de los fondos de la seguridad social, mientras que empleadores y trabajadores formales lo han venido cumpliendo.

Tampoco hay que olvidar la influencia que tiene en cualquier proyecto de seguridad social la presencia del sector no estructurado o informal, cuyo volumen es de tal magnitud en el Perú, que convierte al Estado en un depredador económico del mundo formal para poder subsistir. La solidaridad no debe caer sobre el tercio formal de la población laboral. Debe ser responsabilidad de toda la ciudadanía.

No estoy de acuerdo por ello, con quienes señalan que la pensión mínima debería garantizarla el Estado creando una contribución complementaria de porcentaje menor, que pese sobre los hombros de quienes contribuyen al sistema.

Hay que inclinarse a este respecto, por una solución "beveridgiana" de protección social más amplia, no con aportes sobre el salario para esta pensión mínima, sino con impuestos generales.

Existe pues una concepción conmutativa y una distributiva, como señala Plá citando a Dupeyroux[20] . La primera como contrapartida del aporte, lo que conduce a concebir la seguridad social como un sistema de garantía de los ingresos obtenidos por la actividad profesional. La segunda como solidaria, en que cuenta la necesidad del individuo, revistiendo un sistema de garantías de un mínimo social.

No veo por que no puedan coexistir estas dos formas en el sistema de pilares, pues en el primer pilar, se trataría de una aportación solidaria por parte del Estado proveniente de los impuestos, y en el segundo pilar, se trataría del resultado de lo aportado a través de la vida útil laboral.

En el caso del aporte solidario, mientras esté ligado al trabajo, a través de completar la pensión mínima, estará ligado a la historia laboral del individuo, pero cuando se pasa a la etapa de la pensión social, para todo aquél ciudadano en situación de pobreza que no se encuentre en la situación de cotizante a un sistema de pensiones, pueden establecerse bases sociales que obviamente estarían vinculadas a la edad y situación económica del ciudadano.

Lo que conviene, al descargar al Estado de las obligaciones que significa el sistema de reparto, es que éste, a través del impuesto a la renta contribuya con lo necesario para el complemento que permita alcanzar la pensión mínima. Es evidente que esta carga será cada vez menor en la medida que el desarrollo, la cultura del ahorro, la formalización del país, la masa crítica de cotizantes al sistema de capitalización y la eficiencia del aparato estatal vayan mejorando.

Hay que asegurar que los trabajadores no tengan que contribuir al fondo para garantizar la pensión mínima pues éste es un deber solidario de la sociedad que se debe hacer efectivo a través del Estado. Hay que terminar con la existencia del sistema de reparto para que todos los trabajadores se incorporen al sistema de capitalización desde luego con el primer pilar complementario a cargo del Estado para garantizar una pensión mínima.

20 Plá Rodriguez, Américo, "Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios" en Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p 625.

Una siguiente etapa sería la de la pensión de solidaridad para aquellas personas en estado de pobreza que no han contribuido a un sistema de pensiones. Esta etapa no es posible aún, a nuestro juicio, en el caso peruano, mientras el Estado no se libre de la carga del sistema de reparto y se empiecen a dar las condiciones económicas y sociales antes comentadas. El tránsito a esta etapa será paulatino y dependerá de la eficiencia del Estado para superar sus propias limitaciones.

Un aspecto que es necesario destacar, es la necesidad de promover una cultura previsional. Sin ella no será posible que los trabajadores y afiliados a un sistema previsional sientan y entiendan que los fondos les pertenecen. La educación en el hábito del ahorro y en el sentido que tienen los regímenes previsionales es un deber del Estado. El problema es que la mayor parte de personas que destinan sus fondos, bien sea al fondo de reparto en manos del Estado o al fondo de capitalización en manos de las AFP, ven lejano el día de la jubilación y no se preocupan por este problema. Además, han bebido de la fuente del paradigma estatista, habiéndose acostumbrado a no preguntar ni exigir, y a bajar la cabeza cuando el Estado personificado en algún gobernante, ha dispuesto como ha querido de algo que nos pertenece a todos los peruanos.

El tomar conciencia de que el afiliado es propietario del fondo es un paso importante para que el mismo afiliado se preocupe por sus derechos y se dé cuenta de que es un problema no solo de la sociedad o del Estado sino del individuo y que el estar atento a la solvencia del sistema, a la competencia de los administradores, a los rendimientos, y aún al ejercicio responsable del derecho al voto cuando se elige a un gobernante para garantizar la estabilidad económica y política del propio país a lo largo del tiempo, son elementos indispensables que garantizan al ciudadano la efectividad de la pensión al finalizar su vida laboral.

Como señala Andras Uthoff[21] hay varias posibles líneas de acción:

1. La transparencia de la función distributiva en el pilar básico: solidaridad financiada debidamente y si alguien debe recibir un subsidio, tiene que provenir de impuestos generales.
2. Establecer claramente el tipo de prestaciones sin crear incentivos perversos o negativos evitando la evasión del sistema contributivo hacia el primer pilar.

21 Uthoff, Andras, "Cobertura", en Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual, OIT, 2004, p. 75.

3. Fomentar la participación en los sistemas de capitalización para aumentar la cobertura.
4. Permitir que la persona siga cotizando aunque se quede sin trabajo formal.
5. Mejorar la cultura previsional, incorporando en la educación el hábito del ahorro.

A su vez, Luis Benedossi[22] señala que además, "habrá de reforzarse la visión estratégica de la previsión social para que la estabilidad de las políticas en esta materia se independice de la alternancia gubernamental (algo a todas luces deseable) y también el compromiso con la educación. Así como tenemos que educar al cotizante, también ha de ir creándose una conciencia de que ciertos estamentos (en la medida en que tengan estabilidad) favorecen al desarrollo de los sistemas".

El mensaje es muy claro:

- Se requiere que el Estado deje el sistema de reparto porque es ineficiente.
- Es razonable entrar a un sistema de pilares como el propuesto líneas arriba, con la progresividad propuesta para evitar daños económicos al sistema.
- Es recomendable que el Estado se concentre, por etapas y de acuerdo a las posibilidades, en el pilar solidario, con recursos fiscales, primero para satisfacer los ingresos mínimos de las personas cuyo recorrido laboral no les permite alcanzarlo y más adelante el de las personas que no tienen medios ni posibilidad de formar un ahorro personal.
- Debe usarse de manera transparente el pilar solidario para evitar el abuso tanto del lado del ciudadano beneficiario, como de los gobiernos populistas que pueden depredar los dineros públicos por clientelismo político.
- El sistema de capitalización debe continuar siendo eficiente y competitivo y ser debidamente supervisado como hasta ahora para garantizar su transparencia y resultados.
- Es necesario fomentar la cultura del ahorro desde la educación en la escuela.

Finalmente, cabría añadir que nada de esto es posible si el Estado y los ciudadanos no cumplen su parte en el compromiso de garantizar que la seguridad social no sea un mito y se transforme en instrumento de desarrollo.

22 Benedossi, Luis, Ibidem. p. 98.

Ello sólo se logra con políticas económicas estables y eficientes y con responsabilidad ciudadana preocupada por el futuro personal y familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- Benedossi, Luis, "Cobertura", en "Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual", OIT, 2004.
- Carballo, César A., "Relaciones entre lo individual, lo colectivo y la seguridad social", en "Repensar las Fronteras del Derecho del Trabajo y sus Principios", V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Setiembre 2001.
- Cusman Veramendi, Héctor, Intendente de AFP, "Evolución del Sistema Privado de Pensiones: Situación Actual y Lineamientos de la Reforma", Superintendencia de Banco y Seguros.
- De los Heros, Alfonso, "Notas del Curso Derecho Laboral, Parte General, Universidad de Lima, 1985-2006.
- Iglesias, Augusto, "Propuesta de Reforma del Sistema de Pensiones de Chile", PrimAmerica Consultores, 2006.
- Morón, Eduardo y Carranza Eliana, "Diez años del Sistema Privado de Pensiones, Avances, Retos y Reformas", Universidad del Pacifico, Centro de Investigación, 2003.
- Plá Rodríguez, Américo, "Estudios de la Seguridad Social", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.
- Plá Rodríguez, Américo, "Personas Protegidas, Asegurados y Beneficiarios", en "Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997.
- Uthoff, Andras, "Cobertura", en "Regulación de los Sistemas de Pensiones de Capitalización Individual", OIT, 2004.
- Asociación de AFP, "Ventajas del Sistema de Cuentas Individuales de Capitalización", 2006.
- OIT, Convenio 102, "Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social", Ginebra, 1985.
- Tribunal Constitucional, Sentencia del Pleno Jurisdiccional de 3 de junio de 2005, Expedientes Acumulados sobre Proceso de Inconstitucionalidad contra las leyes 28389 y 28449.

LOS SISTEMAS PUBLICOS Y PRIVADOS DE PENSIONES: DE LA RELACION ALTERNATIVA A LA COMPLEMENTARIA

*JAVIER NEVES MUJICA**

Sumario

I. Antecedentes. 1.1 Solo sistemas públicos de pensiones. 1.2 La Constitución de 1979. 1.3 La imposición de la tesis privatizadora. 1.4 La creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones. 1.5 La Constitución de 1993. II. El fracaso del modelo alternativo. III. Hacia un nuevo modelo complementario. 3.1 El carácter público del primer pilar. 3.2 El esquema contributivo. 3.3 La aplicación a todos los trabajadores. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES

1.1 Solo sistemas públicos de pensiones

Desde su introducción en el Perú, a mediados del siglo XIX, hasta inicios de la década de los noventa, la previsión social ha estado a cargo del Estado. Se encontraba estructurada en dos grandes campos: el de la salud y el de las pensiones. Los regímenes generales existentes en cada caso, denominados Régimen de Prestaciones de Salud (Decreto Ley 22482 del 27/3/79) y Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990 del 24/7/73), respectivamente, eran gestionados por una entidad autónoma y descentralizada, llamada Instituto Peruano de Seguridad Social, en la que obligatoriamente debía haber afiliación de los trabajadores dependientes y aportación de estos y de sus empleadores. La

* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

tasa era del 9% de la remuneración para cada régimen y se cubría en 2/3 por el empleador y 1/3 por el trabajador. Los fondos eran declarados como intangibles por el ordenamiento.

La lógica de dichos sistemas era distinta. El primero se dirigía a trabajadores en actividad -aunque también protegía a los pensionistas-, que sufrieran contingencias temporales, como la enfermedad y la maternidad, que provocaban en ellos un mayor gasto o, eventualmente, una incapacidad para el trabajo. A través de prestaciones asistenciales se cubría la necesidad de consultas médicas, productos farmacéuticos, pruebas de laboratorio, etc.; y mediante prestaciones económicas, conocidas como subsidios, se sustituía la remuneración dejada de percibir.

El segundo beneficiaba a quienes habían cesado de modo definitivo en el empleo, por contingencias permanentes, como la vejez y la invalidez; o a los familiares sobrevivientes del titular fallecido. Su preocupación era únicamente la de reemplazar la remuneración y, por ello, otorgaba solo prestaciones económicas, llamadas pensiones.

En los dos ámbitos existían, sin embargo, algunos regímenes especiales. El más importante de estos, se mantenía en el campo de las pensiones y era el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado (Decreto Ley 20530 del 26/2/74).

La actividad privada había tenido presencia marginal en el sector previsional, reservada al campo de la salud, en el que actuaba en forma adicional al Régimen de Prestaciones de Salud, en favor del reducido grupo poblacional que podía pagar las primas de un seguro privado. No operaba en el ámbito de las pensiones.

1.2 La Constitución de 1979

La Constitución de 1979, a tono con la evolución que se registró en el mundo desde la vigencia de sus predecesoras (de 1920 y 1933), se pronunció sobre la previsión social de modo avanzado. En primer lugar, reguló la previsión social como un derecho fundamental, en un Capítulo específico y diferente al referido al trabajo y los derechos laborales, ratificando la reconocida independencia entre ambas. En segundo lugar, estableció –con caracteres diversos- dos modelos de previsión: uno universal, asimilable a la seguridad social y de eficacia aplazada, y otro laboral, asimilable al seguro social y de eficacia inmediata.

Había tres elementos esenciales en la consagración constitucional del sistema universal:

a) Se trataba prioritariamente de un sistema de seguridad social, esto es, del más avanzado mecanismo de previsión, cuya protección alcanza a todas las personas (universalidad) y cubre todas las contingencias (integralidad).
b) Al interior de este campo universal, se diferenciaba entre quienes tuvieran la condición de trabajadores o familiares suyos, de un lado, y el resto de la población, del otro. Respecto de este último sector, se disponía que podrían actuar como entidades aseguradoras otras distintas de las que tenían a su cargo la protección del primer sector (el Instituto Peruano de Seguridad Social).
c) La implantación del sistema sería progresiva, pudiéndose entender la gradualidad en el acceso tanto respecto de la población protegida (horizontal), como de las contingencias cubiertas (vertical).

Los elementos esenciales del sistema laboral eran los siguientes:

a) Se constituía un típico sistema de seguro social, fase históricamente previa a la del surgimiento de la seguridad social, caracterizada por la protección exclusiva a los trabajadores (y a los familiares dependientes de estos), en sus necesidades más vinculadas a eventualidades en su actividad laboral.
b) Actuaba como institución aseguradora el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), entidad de la que se proclamaba su personería de derecho público, su carácter autónomo y descentralizado, así como su gobierno tripartito (Estado, empleadores y asegurados) y la obligación del Estado, asegurantes y asegurados de aportar a su financiamiento. Conforme a la legislación entonces vigente, los trabajadores dependientes eran asegurados obligatorios y los independientes podían ser facultativos.
c) El IPSS debía brindar protección, de un lado, a todos los trabajadores, y del otro, solo a estos (y sus familiares). Esto suponía que los regímenes independientes que aún subsistían debían integrarse al IPPS (unidad) y que esta entidad no podía comprender a sectores no laborales de la población (exclusividad).
d) El IPSS cubría las contingencias de enfermedad, maternidad o sepelio, a través del Régimen de Prestaciones de Salud, y de vejez, invalidez y sobrevivencia, mediante el Sistema Nacional de Pensiones, ambos a favor de los trabajadores. El primero, por consiguiente, se ocupaba de situaciones temporales, y el segundo, de las definitivas. El Régimen de Prestaciones de Salud brindaba prestaciones asistenciales y económicas (llamadas subsidios y asignaciones). El Sistema Nacional de Pensiones, solo económicas

(llamadas pensiones). Un tercer sistema, después suprimido y restablecido, denominado Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, se ocupaba de las contingencias de este origen, pero únicamente en beneficio de los obreros.

e) Podrían actuar como entidades aseguradoras de este sector laboral, concurrentemente con el IPSS, otras entidades públicas o privadas, que ofrecieran prestaciones mejores o adicionales y siempre que se contara con el consentimiento de los asegurados. De este modo, los trabajadores dependientes (asegurados obligatorios del IPSS) podrían, sin desafiliarse ni dejar de aportar a este, afiliarse y aportar simultáneamente a aquellas otras entidades. Si los beneficios de estas fueran mejores (suplementarios: de la misma naturaleza, aunque de cantidad mayor), los trabajadores dependientes podrían ser autorizados a rebajar su tasa de contribución al IPSS, la cual mantendrían siempre por solidaridad y aportarían, a la vez, a la entidad respectiva. Si dichos beneficios fueran adicionales (complementarios: de naturaleza distinta), los trabajadores dependientes deberían conservar su tasa de aportación al IPSS y aportar acumulativamente a la otra entidad. Este planteamiento puede sostenerse por interpretación constitucional, aunque carece de base normativa expresa.

1.3 La imposición de la tesis privatizadora

Una severa crisis afectaba a la previsión social hacia fines de la década de los ochenta. Sin duda que la indebida disposición por los sucesivos gobiernos de los fondos del Seguro Social del Perú, primero, y del Instituto Peruano de Seguridad Social, después, para fines ajenos y en cuantía incalculable, es un factor muy relevante en el desencadenamiento de dicha crisis. Frente a ella, habían surgido dos enfoques que diferían acerca de sus causas y, por tanto, de la viabilidad de su superación, así como de los medios para lograrla: para unos, la situación podía corregirse mediante algunas modificaciones legislativas, una mejor gestión administrativa, otra voluntad política del gobierno, etc.; para otros, en cambio, la cuestión era insalvable y solo cabía otorgar un mayor margen de acción a la empresa privada en la cobertura de la salud y de las pensiones. Queda claro que esta tesis fue la que terminó imponiéndose cuando se instaló el régimen de Fujimori a mediados de 1990.

Los principales antecedentes a la creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones fueron, primero, la dación del

Decreto Legislativo 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, que se ocupó sorpresivamente de la cuestión en dos de sus preceptos: artículo 264 y 16ª disposición final y transitoria. Estos permitían a las empresas de seguros establecer sistemas de salud, pensiones, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, configurados como alternativos (en el primer precepto) y -contradictoriamente- como complementarios (en el segundo) a los brindados por el IPSS. Estos sistemas entrarían en operación apenas se dictara el decreto supremo correspondiente, que no llegó a producirse.

El segundo fue la dación de los Decretos Legislativos 718 y 724, que crearon los Sistemas Privados de Salud y de Pensiones, gestionados por las Organizaciones de Servicios de Salud (OSS) y Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), respectivamente. Estas normas también fueron inesperadas, porque se dictaron al amparo de la Ley 25327, que confería al Poder Ejecutivo facultades delegadas para legislar sobre pacificación nacional, fomento del empleo y crecimiento de la actividad privada, pero no sobre previsión social. Los sistemas privados se diseñaron como alternativos al del IPSS, reconociéndose al trabajador dependiente el derecho de elegir entre unos y otro, y modificándose la distribución de la aportación a cada sistema: se mantenía el 9% global, pero ahora el empleador aportaba el 1% y el trabajador el 8%. Mientras el Decreto Legislativo 718 nunca fue implementado, el 724 fue derogado por el Decreto Ley 25897, que creó el Sistema Privado de Pensiones.

Consolidada la tesis privatizadora, en el marco del programa económico neoliberal ejecutado por Fujimori, el debate se centraba en determinar el grado de participación que debía corresponder al sector privado. El dilema consistía en si se debía mantener las entidades públicas, a cargo de prestaciones básicas, con afiliación y aportación obligatoria de los trabajadores dependientes, aunque la tasa de la contribución se rebajara y reservar la presencia privada para la cobertura adicional; o si se debía permitir que los trabajadores eligieran entre la afiliación y aportación exclusiva a una entidad pública o a una privada, las que competirían por la prestación del mejor servicio. En otras palabras, un esquema complementario o alternativo, respectivamente.

La fórmula adoptada fue la última en materia de pensiones, a partir de la creación del Sistema Privado de Pensiones en 1992 (Decreto Ley 25897 del 7/12/92) y la primera en el campo de la salud, con la llamada modernización de la seguridad social en 1997 (Ley 26790 del 15/5/97).

1.4 La creación del Sistema Privado de Pensiones y la reforma del Sistema Nacional de Pensiones

La Constitución de 1993 se produjo tras la implementación de las principales reformas laborales y previsionales llevadas a cabo por el régimen de Fujimori, especialmente en su fase dictatorial, entre abril y diciembre de 1992. En concreto, después de la introducción del Sistema Privado de Pensiones y la modificación de las reglas del Sistema Nacional de Pensiones, que operaron coincidentemente para favorecer al primero y perjudicar al segundo.

Los principales cambios que afectaron al Sistema Nacional de Pensiones los resumimos a continuación. Primero se elevó el número de años de aportación necesarios para percibir una pensión de jubilación de 15 y 13, para hombres y mujeres, respectivamente, a 20 para todos; segundo, se modificó la base de cálculo de la remuneración de referencia, que era el promedio de las últimas 12 remuneraciones y pasó a ser el promedio de las últimas 36, 48 ó 60, según el tiempo de aportación; y tercero, se fijó la pensión máxima en 600 soles mensuales, que fue elevándose lentamente hasta llegar actualmente a 857,36 soles mensuales (por Decreto Ley 25967). Asimismo, se aumentó la edad para la jubilación de 60 y 55 años, para hombres y mujeres, respectivamente, a 65 para todos y se atribuyó a los trabajadores el íntegro del aporte, el que se incrementó en dos tramos, primero de 9 a 11% de la remuneración y luego a 13% (por Ley 26504 del 17/7/95).

En ese contexto, se creó el Sistema Privado de Pensiones, con notorias ventajas, como las siguientes: primero, el acceso o traslado al Sistema Privado de Pensiones es mucho más fácil de obtener que al Sistema Nacional de Pensiones, el retorno a este último tendría que producirse antes de 1994, y solo podrían efectuarlo los trabajadores varones mayores de 55 años y mujeres mayores de 50, cuando la razón determinante para su afiliación al Sistema Privado de Pensiones hubiera sido la creencia equivocada de que tenían derecho a un bono de reconocimiento; segundo, se confirió diversos beneficios a los trabajadores que se pasaron al Sistema Privado de Pensiones, por ejemplo, el aumento en sus remuneraciones que sería de un 10.23%, en sustitución de la obligación del empleador de aportar al Sistema Nacional de Pensiones; tercero, se rebajó la tasa de aportación al Sistema Privado de Pensiones y se elevó la del Sistema Nacional de Pensiones, invirtiendo la relación original entre ambas; etc.

La gestión unitaria de los sistemas de salud y de pensiones, que estaba a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social, se desdobló en dos entidades,

una ocupada de la salud, llamada Seguro Social de Salud (ESSALUD) (creada por la Ley 27056 del 29/1/99) y la otra de las pensiones, denominada Oficina de Normalización Previsional (ONP) (creada por el Decreto Ley 25967). Se perdió, además de la unidad, la autonomía, ya que la primera pasó a depender del -entonces llamado- Ministerio de Trabajo y Promoción Social y la segunda, del Ministerio de Economía y Finanzas. Esta Oficina de Normalización Previsional centralizó la administración de las pensiones del Estado.

1.5 La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 vino a consagrar las transformaciones que el Poder Ejecutivo, básicamente por vía de decretos legislativos y decretos leyes, había efectuado desde la asunción del gobierno por Fujimori.

La previsión social está regulada en dos preceptos centrales –además de algunas disposiciones transitorias y finales- que son los artículos 10 y 11. Las ideas principales contenidas en ellos, por contraste con la Constitución de 1979, son las siguientes:

a) Se proclama un modelo universal, aunque de eficacia diferida. La seguridad social es derecho de toda persona, pero se obtiene progresivamente.
b) La Constitución no determina la relación de contingencias cubiertas, ni siquiera en fórmula abierta, sino remite esta tarea a la ley.
c) El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, las supervisa.

Vamos a detenernos en este último punto por resultar crucial para esta ponencia. Según él, de un lado, deben existir, al menos, entidades públicas y pueden existir las privadas o mixtas, dado que el Estado no puede forzar su constitución y funcionamiento, aunque sí fomentarlas. De otro lado, si operan entidades privadas o mixtas, además de las públicas, debe haber en la relación entre ellas unas reglas que permitan su subsistencia. Sólo de ese modo puede garantizarse la libre elección de los trabajadores.

La Constitución -en su artículo 11- permite que se establezcan relaciones complementarias o alternativas entre los sistemas públicos y privados. Pero supone la presencia necesaria de los primeros y contingente de los segundos. Lamentablemente, el comportamiento del Estado, desde comienzos de la década de los noventa en adelante, parece encaminado a la aniquilación de los sistemas

públicos, especialmente en materia pensionaria. Las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Pensiones, en coincidencia con la creación del Sistema Privado de Pensiones, son indicios elocuentes de tal intención.

Si se plasmara la extinción de los sistemas públicos, la infracción al citado precepto constitucional sería flagrante, ya que la oferta se limitaría solo a la opción privada. Sin perjuicio de ello, el Estado abdicaría, además, de una de las funciones centrales que cumple en una sociedad moderna y que justifican su existencia, cual es la de brindar seguridad social a su población.

II. EL FRACASO DEL MODELO ALTERNATIVO

El modelo alternativo consiste en la existencia de entidades públicas y privadas, entre las que los trabajadores deciden excluyentemente su afiliación y aportación. En nuestro caso, tenemos, de un lado, el Sistema Nacional de Pensiones y, del otro, el Sistema Privado de Pensiones.

El problema de este tipo de relación, evidenciado en la experiencia peruana, es que se ha producido una competencia muy inequitativa entre ellos. Todas las reglas han alentado el abandono del Sistema Nacional de Pensiones y han favorecido la inscripción en el Sistema Privado de Pensiones. En esos términos, como se ha demostrado en el Informe Defensorial N° 99[1], con el impulso hacia el Sistema Privado de Pensiones se generó un traslado masivo de trabajadores, que afectó la relación entre activos y pensionistas en el Sistema Nacional de Pensiones y, por tanto, su equilibrio financiero. Se hizo necesaria, pues, la contribución del Estado, a través del Tesoro Público, para asegurar su sostenibilidad. Como esta es insuficiente, los beneficios que provee el sistema son deficientes.

Por otra parte, a pesar de todas sus ventajas, el desempeño del Sistema Privado de Pensiones, tampoco ha sido realmente satisfactorio. Hay numerosos factores que dan cuenta de ello, entre los que cabe resaltar la opinión de la propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFP[2], que ahora propone la reforma de los sistemas pensionarios. En diversos documentos[3] se destaca sus principales limitaciones: baja cobertura, al no haber podido atraer a los trabajadores informales; gran diferencia entre afiliados y aportantes, que representan apenas el 37% de los primeros; cobro de altas comisiones, por excesivos costos

1 Defensoría del Pueblo. El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado. Noviembre de 2005.
2 Evolución del Sistema Privado de Pensiones: Situación actual y lineamientos de la reforma. Julio de 2006.
3 Por ejemplo, los citados en las dos notas anteriores.

administrativos; salvo en el 2005, ha habido una mínima movilidad interna en el sistema, donde más del 50% de los traspasos se efectuaron hacia una AFP de menor rentabilidad y 75% hacia una AFP de mayor costo; ínfimos aportes voluntarios; configuración de un mercado oligopólico; etc. En esta misma línea, se inscribe la insistencia en los proyectos de ley sobre libre desafiliación, que estarían cerca de obtener finalmente un consenso político.

La percepción sobre el desempeño del sistema privado no es solo nacional, sino que también se verifica en el análisis comparado. Así, la Organización Internacional del Trabajo, tras recordarnos que "los sistemas capitalizados no proporcionan protección adicional frente al envejecimiento de las poblaciones; los sistemas privados no son necesariamente más baratos de administrar que los públicos, ni tampoco son necesariamente más eficientes a la hora de invertir el dinero de los cotizantes", concluye: "No pueden proporcionar una pensión de jubilación garantizada ni tampoco el grado de solidaridad necesario para proporcionar pensiones mínimas para combatir la pobreza. Cuando son obligatorios, pero su gestión se deja en manos privadas, no satisfacen el principio de gestión democrática. Es mucho más difícil que estos sistemas proporcionen prestaciones que se hallen totalmente indizadas con relación a la inflación. Y, cundo se encuentran en manos de organismos privados, requieren un elevado grado de regulación y supervisión estatales"[4].

III. HACIA UN NUEVO MODELO COMPLEMENTARIO

La mejor manera de superar los problemas que aquejan al Sistema Nacional de Pensiones y al Sistema Privado de Pensiones, tanto en sí mismos, como en su relación entre ellos, es la de rediseñar su vinculación, sustituyendo el modelo alternativo por el complementario.

La propuesta fue formulada, desde diversos frentes, en el debate inmediatamente previo y posterior a la creación del Sistema Privado de Pensiones, pero fue desoída[5]. Ahora viene respaldada por el Banco Mundial[6] y la Organización Internacional del Trabajo[7] y recogida por la Superintendencia de

4 Obra citada. Páginas 591 y 592.
5 Javier Neves Mujica. Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica. Thémis N° 25. 1993. Página 10.
6 Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. 1994. Páginas 269 y siguientes.
7 Colin Gillion, John Turner, Clive Bailey y Denis Latulippe. Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma. Página 592.

Banca, Seguros y AFP, en aparente entendimiento con la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones[8]. Sin duda, hay importantes diferencias entre el planteamiento de estas últimas entidades y el que vamos a presentar aquí.

El sistema complementario se funda en la integración del sistema público y del privado, en una estructura de dos pilares básicos[9]. El primero sería un sistema público, de reparto, con solidaridad, que garantizaría una pensión mínima. El segundo, un sistema privado, de capitalización individual, que proporcionaría pensiones adicionales. La afiliación del trabajador sería obligatoria a ambos sistemas y el aporte sería diferenciado a cada uno de ellos, naturalmente mucho mayor al segundo que al primero.

Según el Banco Mundial, para ser "a la vez una red de seguridad social y un instrumento del crecimiento", los programas de protección deben cumplir tres funciones: de ahorro o de reemplazo del salario, de redistribución o de alivio de la pobreza y de seguro, además de minimizar los costos ocultos, ser sostenibles y trasparentes[10]. Estos objetivos pueden alcanzarse con un sistema de pilares múltiples, más que con uno de pilar único, porque ello permite "apartar la función de ahorro de la función de distribución, y establecer mecanismos separados para el financiamiento y la administración de cada una" [11]. Sostiene dicho organismo: "Este sistema de pilares múltiples tendría las siguientes ventajas: redistribución mejor focalizada, ahorro más productivo y costo social más bajo. Además, es el que mejor cumple el tercer objetivo de los programas de seguridad económica en la vejez –el seguro- pues los trabajadores están menos expuestos a los riesgos políticos, a los riesgos de las inversiones y a los riesgos propios de cada país. En cambio, en los sistemas de pilar único los trabajadores es la juegan todo a una sola carta, y sufren graves problemas si esa carta –pública o privada- no gana. Dado que es imposible siquiera imaginar hoy en día los riesgos de los próximos 60 años, la diversificación amplia entre diversas fuentes financieras y administrativas constituye la mejor manera de asegurarse en un mundo incierto"[12].

El pilar público reemplazaría a todos los sistemas públicos existentes: el Sistema Nacional de Pensiones, como régimen general, y todos los regímenes

8 Así lo informa el Suplemento "Día 1" de "El Comercio", del 3 de julio de 2006.
9 Esta propuesta sintetiza las formuladas por la Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial que, en rigor, prevén un esquema de tres pilares: asistencial, contributivo y voluntario.
10 Obra citada. Páginas 269 y 270.
11 Obra citada. Página 275.
12 Obra citada. Página 276.

especiales que subsisten, principalmente el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador y la Caja de Pensiones Militar-Policial. En pilar privado se sustentaría en el actual Sistema Privado de Pensiones, con las indispensables reformas que deben efectuársele.

Pensamos que la implementación del modelo complementario, requeriría la previa respuesta a tres cuestiones fundamentales: 1) ¿El primer pilar debería ser público o podría ser privado?; 2) ¿Beneficiaría a toda la población o solo a los trabajadores? En este último caso, ¿también comprendería obligatoriamente a los independientes?; y 3) ¿Se aplicaría a los trabajadores que se inscribieran en el futuro o también a los actualmente pertenecientes a los sistemas existentes? Si se optara por lo segundo, tendría que diseñarse un régimen de transición entre el esquema vigente y el nuevo.

Vamos a abordar a continuación estas tres interrogantes. Hay que advertir de antemano que el enfoque jurídico resulta insuficiente para dar una cabal respuesta a ellas, pero es el que corresponde con la disciplina que manejamos y con la naturaleza del Congreso al que se presenta esta ponencia, por lo que tendremos que limitarnos aquel.

3.1 El carácter público del primer pilar

En la experiencia nacional, el Estado no ha sido solo un regulador y un supervisor de la seguridad social, sino también un gestor, muchas veces único. Esta última función corresponde con un Estado social y democrático de derecho, como el que configura la Constitución, que le atribuye importantes responsabilidades en la provisión de los derechos económicos, sociales y culturales de la población: "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana... "(artículo 43); "Son deberes primordiales del Estado:... garantizar la plena vigencia de los derechos humanos... y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación... "(artículo 44);"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura" (artículo 58); etc. Por ello, pensamos que el primer pilar tendría que ser público.

Adicionalmente, el artículo 11 de nuestra Constitución no permitiría que el primer pilar fuera privado. En efecto, según hemos sostenido, dicho precepto

hace necesaria la existencia de un sistema público y contingente la de los sistemas privados. Si se instaurara el mecanismo de los pilares, el sistema público, de funcionamiento indispensable, tendría que configurarse como primer pilar. La ley no podría convertirlo en prescindible. Sí podría, en cambio, aunque no sin dificultades, transformar el sistema privado también en obligatorio, como segundo pilar.

Para las normas internacionales del trabajo, sin embargo, en ciertas condiciones, la gestión podría ser privada. La Organización Internacional del Trabajo señala que "el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplen las condiciones de los regímenes de pensiones y se suministran las prestaciones. Esto incluye no sólo el establecimiento del marco de los sistemas, sino también la responsabilidad de su gestión y eficiencia generales que se deriva de la misma naturaleza obligatoria de los regímenes. Pero no implica necesariamente que el propio Estado deba participar directamente en la gestión de los regímenes. Esta se puede dejar en manos de otras organizaciones (organismos paraestatales o incluso instituciones del sector privado), pero, cuando el Estado no gestione los sistemas por sí mismo, deberá establecer una amplia gama de regulaciones cautelares, asociadas a rigurosos procesos de auditoria, que salvaguarden las cotizaciones individuales a lo largo de un espacio de tiempo amplio y aseguren que las prestaciones son suministradas de manera eficiente"[13].

3.2 El esquema contributivo

Tendría que optarse entre el esquema asistencial y el contributivo. En el primero, serían beneficiarias de la articulación en pilares del sistema pensionario, todas las personas, financiándose con impuestos; mientras en el segundo, lo serían solo los trabajadores, en principio dependientes, aunque podría incorporarse además los independientes, a través de sus aportaciones.

Es claro que el esquema asistencial guarda más afinidad con el modelo universal de seguridad social, que proclaman la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En nuestro país está teóricamente vigente en el campo de la salud, a cargo del Ministerio de Salud, pero no en el de las

13 Obra citada. Página 587.

prestaciones que brinda ESSALUD, inscritas en el esquema contributivo. Menos aun en el campo de las pensiones.

Creemos que, en concordancia con la meta fijada por el artículo 10 de la Constitución, debe llegarse gradualmente a la protección universal. La aplicación a toda persona es, también, la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo y del Banco Mundial. Pero, pensamos que en las actuales circunstancias, resulta más viable económica y políticamente mantener el modelo laboral. La extensión generaría un complejo debate acerca de las prioridades de la política social.

En cuanto a los trabajadores independientes, sí pensamos que se podría disponer su inscripción obligatoria en el sistema, porque la previsión social es un derecho pero también un deber de toda persona. Las dificultades de hacer efectiva esta regla serían, sin embargo, enormes.

3.3 La aplicación a todos los trabajadores

El nuevo sistema pensionario articulado en pilares podría regir solo para los trabajadores que empiecen su actividad en el futuro y, por tanto, no se encuentran afiliados a ningún sistema actual, o también para los que ya están inscritos en alguno de ellos: el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

Proponemos que, como se hizo cuando se implementó el Sistema Privado de Pensiones, el nuevo mecanismo tenga aplicación para todos los trabajadores. Para quienes están registrados en el Sistema Nacional de Pensiones, no habría mayor problema. Una porción de su contribución se dirigiría al pilar público, como ocurre hoy con el íntegro, donde se redistribuiría solidariamente, para garantizarles una pensión mínima; el resto iría, en cuenta individual, al pilar privado, para proveerles un adicional a dicha pensión. Los que se encuentran inscritos en el Sistema Privado de Pensiones tendrían que diferenciar dos momentos: a futuro, se sujetarían a las mismas reglas expuestas, que no suponen una ruptura descomunal con las actuales, en las que ya se prevé una pensión mínima. Respecto de los fondos ya acumulados, debería garantizarse su intangibilidad, aunque podría gravárseles por solidaridad.

Sería indispensable que las disposiciones transitorias previeran en detalle los efectos de la sustitución del modelo alternativo por el complementario sobre las diversas situaciones que pudieran presentarse.

BIBLIOGRAFÍA

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado. Noviembre de 2005.
- EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES: Situación actual y lineamientos de la reforma. Julio de 2006.
- NEVES MUJICA, Javier. Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica. Thémis N° 25. 1993. Página 10.
- ENVEJECIMIENTO SIN CRISIS. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. 1994. Páginas 269 y siguientes.
- COLIN GILLION, John Turner, Clive Bailey y Denis Latulippe. Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma. Página 592.

LA FORMACIÓN DEL NUEVO SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL: EN BUSCA DEL MODELO ADECUADO

*César Abanto Revilla**

"Se decía y con razón, que la Seguridad Social no podía ser objeto de negocio para nadie, no podía ser objeto de mercadería, en definitiva que Seguridad Social y ánimo de lucro era incompatibles (...) incluso en las épocas de mayores privatizaciones, las pensiones han mantenido su cerco con la señal de prohibido el paso".

José Luis Tortuero Plaza

Sumario

I. Introducción (y justificación) II. El estado actual: La reforma y sus opciones (¿sólo reparto vs. capitalización?) III. La reforma en América Latina IV. La reforma en el resto del mundo V. Bosquejo de un modelo peruano hipotético. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN (Y JUSTIFICACIÓN)

El 18 de noviembre de 2004, luego de un debate de varios meses, fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley N° 28389, mediante la cual se formalizaba la aprobación - por el Congreso de la República - de la reforma de los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final de la Constitución Política de 1993, con lo cual se abrió paso a las primeras medidas para

* *Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

reestructurar el régimen estatal de pensiones, empezando por el cuestionado Decreto Ley N° 20530[1].

Si bien la reforma del Sistema de Pensiones en el Perú empezó - en la práctica - en 1992, cuando el Decreto Ley N° 25897[2] originó la puesta en movimiento del Sistema Privado de Pensiones (en adelante SPP), permitiendo no sólo el ingreso de la actividad privada en el campo previsional sino la creación de un sistema de pensiones paralelo (público, de reparto, y privado, bajo capitalización), es recién con posterioridad a la aprobación de la reforma constitucional mencionada que se ha iniciado el debate de una reformulación integral del sistema pensionario, ante lo cual es necesario (e indispensable) pasar revista de los modelos que se vienen aplicando - y evaluando, también en miras de futura reformas - en el mundo, para determinar sobre la base de las particularidades de la situación concreta nacional cuál sería el esquema que nos sea más adecuado.

Como correctamente anotaba Hurtado Pozo hace muchos años[3], en el Perú aún se mantiene la costumbre de tomar las normas extranjeras - casi sin modificarlas - para aplicarlas a nuestra realidad, lo cual genera una distorsión de sus efectos, en tanto cada país tiene factores económicos, sociales, demográficos y políticos que deben ser tomados en cuenta al elaborar las normas legales que se aplicarán en determinada materia. La reforma pensionaria puede efectuarse en cualquier país del mundo, pero debe ser adaptada a las condiciones locales. Es un desafío que debe ser enfrentado a nuestra manera, pues no existe un modelo universal que se considere perfecto. Se deben estudiar las opciones aplicadas y su desempeño, a fin de diseñar una reforma interna que sea adecuada a nuestra realidad concreta.

Efectivamente, no podemos simplemente limitarnos a tomar un modelo aplicado en otro país - aunque sea latinoamericano o tenga relativo éxito - y pretender que funcione en el nuestro, pues el escenario social, político, económico y jurídico, es de seguro distinto, razón por lo cual debemos evaluar las opciones en debate, ver la viabilidad de su aplicación individual, conjunta o

(1) Por Ley N° 28449, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de diciembre de 2004, se establecieron las nuevas reglas para el tratamiento de las prestaciones reconocidas en dicho régimen, en especial, para las pensiones de cesantía y sobrevivientes.

(2) Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 6 de diciembre de 1992. En la actualidad, las reformas a dicha norma están consolidadas en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (SPP). Se debe recordar, empero, que la norma que dispuso en 1991 la creación originaria del SPP fue el Decreto Legislativo N° 724, aunque con características distintas a las vigentes.

(3) HURTADO POZO, José. "La Ley "Importada". Recepción del Derecho Penal en el Perú". Lima, 1979, CEDYS, 152 páginas.

complementaria, y - a partir de su cotejo con los factores internos - decidir el sistema que resulte más idóneo.

Para finalizar este punto, cabe recordar al lector que la elección del sistema de pensiones que en definitiva se adopte corresponderá a una decisión política, sin embargo, para ello será necesario que se cuente con el sustento técnico mediante el cual se fundamente el escoger un determinado esquema, lo que requiere de un debate previo en que participen todos los interesados, para lograr el objetivo final de una reforma previsional: mejorar significativamente el nivel de las prestaciones, y mantenerlas en el tiempo, para brindar una pensión digna a todos los peruanos. Se pueden contemplar objetivos adicionales, pero todos deberán estar - al final - subordinados a la obtención de dicho propósito.

II. EL ESTADO ACTUAL: LA REFORMA Y SUS OPCIONES (¿SÓLO REPARTO VS. CAPITALIZACIÓN?)

Desde hace más de un cuarto de siglo asistimos a una etapa de reformas en el campo de los sistemas de pensiones, que tuvo su punto de partida en Chile hacia el año 1981 cuando entró en vigencia el Decreto Ley N° 3.500, por el cual se creó un régimen previsional basado en la capitalización individual plena, quedando así de lado el antiguo modelo de reparto entonces imperante de manera universal. La citada medida tuvo el efecto de un cataclismo que remeció las bases de lo que en ese entonces era un esquema clásico de pensiones, pasando de la teoría a una aplicación práctica de un sistema en el cual se deja de lado uno de los principios fundamentales de la Seguridad Social, el de solidaridad[4].

Esta situación de exclusión de la solidaridad dentro de los regímenes privados de pensiones que funcionan en un sistema de capitalización individual plena, lleva a la mayoría de estudiosos del tema a señalar que son opciones de administración de pensiones que no forman parte de la Seguridad Social[5].

En efecto, si nos remontamos a los orígenes del concepto de Seguridad Social (y sus antecedentes: beneficencia, mutualismo, y seguro social), pasando

(4) Como señala de manera clara y objetiva: MESA-LAGO, Carmelo. "La reforma estructural de pensiones en América Latina: Tipología, comprobación de supuestos y enseñanzas". En: Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma. Perú, 1999, OIT, página 80. Los especialistas chilenos tratan de justificar la presencia de una solidaridad de orden exógeno con el subsidio del Estado para el pago de la pensión mínima, empero, ello no es parte del sistema mismo: GUZMÁN M., José Antonio. "Revisión de algunas críticas al Nuevo Sistema Previsional". En: Quince años después. Una mirada al Sistema Privado de Pensiones, Santiago, 1995, Centro de Estudios Públicos, página 21-22.

(5) Por todos, ver: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social? En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1998, OISS, páginas 169-179. En palabras del autor: "...allí donde la Seguridad Social se basa en la solidaridad, el sistema privado se basa en el individuo".

inclusive por su acepción moderna (labrada por Bismarck y Beveridge)[6], podremos apreciar que la base fundamental sobre la cual se concebía dicha institución, era el fin de brindar al individuo - con el apoyo colectivo - una prestación (sanitaria o dineraria) que le permitiese afrontar una situación objetiva que hubiera afectado temporal o definitivamente su capacidad para trabajar (la denominada contingencia: vejez, enfermedad, accidente, muerte, etc.). El esquema de reforma que se nos plantea desde Chile, con anuencia del Banco Mundial y los economistas, nos acerca a un ideal de prevalencia financiera respecto de la tutela de los derechos sociales.

La idea que se nos pretende imponer es que el sistema de reparto (basado en el intercambio generacional) ha colapsado por la prolongación de la etapa de vejez y los problemas financieros, derivados de un manejo deficiente de la administración por parte del Estado y la morosidad en el pago de las contribuciones, ante lo cual se debe dar paso a un sistema de capitalización individual plena[7] (en el que cada afiliado tenga una cuenta personal que se nutre con sus aportes y el rendimiento que generen las inversiones de la administración privada, a cargo del régimen) en el cual el Estado participa solamente de manera subsidiaria para atender aquellos asegurados cuyos magros aportes nos les permiten acceder a la pensión mínima.

Si bien coincidimos en el hecho que el sistema de reparto (en adelante, SR) debe ser revisado para su reestructuración, también es cierto que no existen pruebas concretas respecto de un impacto positivo del sistema de capitalización individual plena (en adelante, CIP) en la economía de los países que lo han implantado[8], por el contrario, se ha abierto la puerta al riesgo de vincular las futuras pensiones a la volatilidad de los mercados financieros, en los cuales se

(6) Al concebirse en Prusia (1889) el primer sistema de reparto y al ser publicado en Inglaterra el reconocido Informe Beveridge ("El Seguro Social y sus servicios conexos", 1942).

(7) También existe - en teoría - el modelo de capitalización parcial colectiva, en el cual los aportes se acumulan (e invierten) por períodos de 15 ó 20 años, vencidos los cuales se procede a realizar un estudio actuarial que determine si la tasa de contribución debería ser aumentada para financiar las pensiones del período siguiente (prima escalonada). Como indica: MESA-LAGO, Carmelo. Obra citada, páginas 80-81.

(8) A mediados del 2005 el Ministro de Trabajo y Previsión Social de Chile, Yerko Ljubetic, ha reconocido que en el Sistema de Pensiones las deficiencias se centran en su limitada cobertura, ya que de 7,3 millones de afiliados sólo 3,8 millones cotizan regularmente, con lo que sólo un bajo número logrará pensiones dignas con los fondos acumulados. Citado por: JIMENEZ FERNÁNDEZ, Adolfo. "Reflexiones sobre las reformas en los Sistemas de Pensiones en América Latina". En: Seminario sobre la Reforma de la Seguridad Social en tiempos de estabilidad y crecimiento económico. Santander, 2005, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Número Extraordinario), páginas 84-85. En el mismo sentido, el Informe Econométrico del Sistema de Pensiones de Chile por el período 1981-1995, en el cual se concluye - entre otros puntos - que el régimen de CIP no ha sido un factor decisivo o un componente importante para el desarrollo del mercado financiero (HOLZMAN, Robert. "Pension reform, financial market development, and economic growth: Preliminary evidence from Chile". Washington, agosto 1996, FMI Working Paper. Citado por: MESA-LAGO, Carmelo. Obra citada, páginas 131-132).

invierte la mayor parte de los fondos y reservas previsionales derivados de dicho sistema, amén de generar una brecha social entre quienes ganan más y los que ganan menos[9].

El principal argumento de quienes impulsan la CIP como el modelo ideal, parte del siguiente silogismo: si todos los trabajadores (afiliados) aportan a sus cuentas y éste fondo se invierte en la estructura productiva nacional, se origina un desarrollo económico interno (y regional). El problema es que la evaluación de una reforma no sólo debe darse desde el punto de vista macroeconómico, sino que hay que atender especialmente el aspecto social (distribución de la riqueza y participación en los beneficios del desarrollo económico). En la búsqueda de la mayor eficacia empresarial se pretende rebajar los costos, impactando los derechos sociales[10]. A nuestro parecer, este diseño está pensado para un determinado segmento social, el de los trabajadores con ingresos elevados y con empleo estable, y pretende dar prevalencia al ahorro sobre la redistribución, eliminando la necesaria solidaridad.

Estamos de acuerdo con la participación de la actividad privada, sin embargo, el Estado debe estar presente - y no sólo de manera subsidiaria - en el desarrollo y aplicación efectiva de la política de Seguridad Social en pensiones, sea cual fuere el modelo elegido, pues no se puede permitir que se sustraiga de dicha obligación y permita que ésta garantía social se traslade a las reglas puras del mercado, en la medida que los inversionistas seguirán en el escenario mientras el negocio les sea rentable, dejando sin cobertura a los más desprotegidos.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tomarse en cuenta que no sólo existen el SR y la CIP como opciones, pues cabe la utilización de fórmulas combinadas de pilares múltiples[11] o la innovación de sistemas que utilicen por períodos específicos y de manera alterna ambos modelos, creando así una opción viable en el Perú (que es justamente la que expondremos en el presente trabajo).

En suma, ni el SR es un desastre sin solución ni la CIP es una panacea. En todo caso, la solución al problema pasa por evaluar los modelos reformados que

(9) En este sentido opina también la OIT. Ver: "Seguridad Social: Un nuevo consenso". Suiza, 2002, Oficina Internacional del Trabajo, página 100.

(10) En expresión que compartimos: TORTUERO PLAZA, José. "Los Sistemas de Pensiones en Europa y Latinoamérica: Realidades, expectativas e ideas para un debate". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 54, Madrid, 2004, páginas 55-56.

(11) Propuesto por el Banco Mundial en su informe denominado: "Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Washington, 1994, Oxford University Press, 457 páginas. Según éste esquema, debe propenderse a un sistema con tres pilares: el primero, que permita obtener una pensión mínima; el segundo, que se constituya por los aportes derivados de la remuneración y permita diferenciar los montos de las pensiones de las personas con mayor o menor ingreso; y, el tercero, que se formaría con los aportes voluntarios de los afiliados. Los dos primeros serían obligatorios.

están siendo aplicados en el mundo y los efectos que han generado en cada país, acto que - a renglón seguido - nos va a permitir seleccionar el sistema adecuado, en el cual - como referimos - el Estado deberá estar presente como un partícipe, y no sólo como un invitado de piedra. La solución lógica (lograr un punto de equilibrio) es, sin duda, la más difícil de compatibilizar al existir tantos intereses en juego.

III. LA REFORMA EN AMÉRICA LATINA

Como referimos anteriormente, dentro de la tendencia mundial de reconocimiento e intento de reestructuración de los sistemas de pensiones corresponde a Chile la titularidad del modelo planteado como opción de reemplazo al clásico SR.

En efecto, una vez puesta en marcha en el año 1981 la reforma previsional en el citado país, no tardaron mucho sus vecinos - incluido obviamente el Perú - en dar una mirada al nuevo modelo para evaluar su implantación, aunque en la mayoría de casos, con variantes muy particulares.

Esta situación, ha originado que en la actualidad tengamos hasta cuatro sistemas de pensiones que vienen siendo aplicados en América Latina:

a) Los sustitutivos, en los que el sistema público (de reparto) es reemplazado totalmente por uno privado (bajo el esquema de CIP). Dentro de este grupo tenemos a Chile (1981), Bolivia (1997), México (1997), El Salvador (1998), República Dominicana (2003) y Nicaragua (2006).
b) Los paralelos, en que el sistema público (de reparto) y el privado (de CIP) compiten, pudiendo el trabajador elegir uno de ellos. Este modelo se aplica tanto en Perú (1992) como en Colombia (1994).
c) Los mixtos, que combinan en un sistema unificado el SR y CIP, brindando una pensión básica (pilar público de reparto) con una complementaria (pilar de capitalización). Se adscriben a este régimen: Argentina (1994), Uruguay (1996), Ecuador (1996) y Costa Rica (2001).
d) Los públicos, que aún no han introducido el sistema del CIP en su modelo de pensiones. En dicha opción se mantienen: Paraguay, Cuba, Guatemala, Panamá, Haití y Honduras. Brasil y Venezuela también mantienen el SR público, pero están por introducir reformas estructurales de importancia.

Como hemos referido, el SR se basa en el aporte presente de los trabajadores en actividad (afiliado), cuya contribución permite atender las necesidades de quienes tienen hoy la calidad de pensionistas, y que los trabajadores futuros (intercambio generacional) aportarán para la manutención de aquellos. En resumen, existe un fondo común en el cual ingresan las cotizaciones de todos los afiliados, perdiendo la titularidad e identificación del aporte efectuado. La contribución y prestación se encuentran definidas, y para determinar el monto de la pensión se aplicarán los parámetros máximos y mínimos que exigen la solidaridad y equidad. Al contrario, la CIP se sustenta en un esquema de cuentas individuales para cada afiliado que se forman con sus aportaciones, la rentabilidad generada por las inversiones que la entidad privada realice (llámese AFP, AFJP, AFAP, AFORE, etc.) y el bono que se pueda generar por las cotizaciones anteriores efectuadas en el SR público.

En la medida que los sistemas sustitutivos (donde se aplica la CIP), los públicos (en que se mantiene el SR administrado por el Estado) y los paralelos (en los que tenemos en competencia a ambos modelos) no requieren mayor explicación, más allá de algunas diferencias[12] (en especial el caso boliviano)[13], nos centraremos en la revisión de los sistemas mixtos, para verificar su adecuación a nuestra realidad.

En Argentina[14], el nuevo sistema está formado por dos componentes:

(i) El programa público reformado, que paga una pensión básica universal y - de ser el caso - una prestación compensatoria (o bono de

(12) Por ejemplo, en México la totalidad de los trabajadores fueron transferidos a las AFORES (que pueden ser privadas o públicas), sin opción de elegir entre el antiguo y el nuevo sistema. El Instituto Mexicano de Seguridad Social recauda todas las contribuciones. No existe bono de reconocimiento, pero los años aportados al antiguo régimen se contabilizan para alcanzar los 24 mínimos. Para profundizar sobre este régimen: DE BUEN LOZANO, Néstor. "La Reforma de la Seguridad Social en México (un cuento y no de hadas)". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 151-166; también ver, KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. "Contexto jurídico y social de la Reforma (en México)". En: El Nuevo Derecho de las Pensiones en América Latina. México, 2005, CIESS, páginas 353-419.

(13) Existen dos AFPs seleccionadas por la Superintendencia de Pensiones en un concurso internacional que se dividen en mitades iguales a todos los afiliados por zonas geográficas (La Paz, Cochabamba y Santa Cruz), dependiendo de la fecha de nacimiento. La comisión de las AFPs es muy baja, fijada por la Superintendencia. Durante cinco años se prohibió la competencia entre ambas entidades para evitar el costo de transición. Las AFPs tienen a su cargo dos fondos por afiliado: la cuenta de CIP y el Fondo de Capitalización Colectiva, financiado con el producto de las privatizaciones, materializado con el BONOSOL, que es un bono de solidaridad que se otorga a todos los ciudadanos con 21 ó más años al 31 de diciembre de 1995 (asegurados o no). Para ampliar sobre este sistema ver: GUÉRARD, Y. y KELLY, M. "The Republic of Bolivia pension reform: Decisions in designing the structure of the system". En: Sobeco - Ernst & Young. La Paz, abril 1997. Citados por: MESA-LAGO, Carmelo. Obra citada, páginas 90-93).

(14) Para profundizar en las características de este sistema: ACUÑA, Nelda y otros. "Contexto jurídico y social de la Reforma (en Argentina)". En: El Nuevo Derecho de las Pensiones en América Latina. México, 2005, CIESS, páginas 3-46; también, MARTÍNEZ VIVOT, Julio. "La privatización en la Seguridad Social"; y, VÁSQUEZ VIALARD, Antonio "Organismos de Gestión Privada encargados de la administración de la Seguridad Social en la Argentina". Ambos publicados en: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 19-26 y 27-47, respectivamente.

reconocimiento), para quienes aportaron al antiguo régimen. Está a cargo del Estado, que la gestiona por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

(ii) El programa de CIP que provee pensiones complementarias basadas en el fondo acumulado en la cuenta individual de cada afiliado. Está bajo cargo de las Administradoras de Fondos de Jubilación y Pensiones (AFJP).

Las contribuciones de todos los afiliados pasan a una agencia pública central, que las distribuye entre las instituciones de la Seguridad Social, incluidas las AFJPs. A diferencia de Chile, Bolivia y El Salvador, pero similar a México, las AFJPs no son exclusivamente privadas ni deben dedicarse solamente a este negocio, sino que pueden ser propiedad de bancos, compañías de seguros e instituciones públicas.

Cabe destacar que subsiste de manera paralela el sistema público reformado, que opera junto con el mixto, otorgando una pensión básica (que requiere 30 años de aportaciones y es fijada anualmente por el presupuesto) y una adicional, que es calculada como un porcentaje del salario básico. En puridad, se podría incluir a la Argentina dentro de los países con sistemas de pensiones paralelos.

En Uruguay[15], el modelo reformado comprende una pensión básica administrada por el Estado a través del Banco de Previsión Social bajo el esquema del SR, y la pensión adicional (complementaria) administrada por entidades privadas (AFAPs) con el sistema de la CIP. A diferencia de Argentina, el antiguo régimen público fue cerrado y todos los asegurados que tenían menos de 40 años al entrar en rigor la reforma (en marzo de 1996) ingresaron obligatoriamente al nuevo sistema mixto; los mayores de 40 años tuvieron la opción (por un periodo de seis meses, que ya venció) de elegir entre permanecer en el antiguo régimen o ingresar en el nuevo, luego de lo cual el sistema público ha seguido operando, pero sin competir (como en el esquema paralelo), pues ya no registra la captación de nuevos afiliados.

La tasa de contribución (aportación) se divide de la siguiente manera:

(i) La aplicación a los ingresos hasta S/.5,000 pesos se destina al componente público de reparto (primer pilar, que garantiza la pensión básica).

(15) Con relación a este régimen: PLA RODRÍGUEZ, Américo. "La Reforma de la Seguridad Social en el Uruguay". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 225-247.

(ii) La aplicación por encima de S/.5,000 y hasta S/.15,000 pesos es asignada a la cuenta bajo CIP, administrada por la AFAP (segundo pilar obligatorio).

(iii) La aplicación por el exceso de los S/.15,000 pesos puede ser agregada de manera voluntaria por el afiliado a su cuenta (tercer pilar, facultativo).

Las AFAPs pueden ser privadas o públicas (es más, el Banco de Previsión Social estableció la primera, además, está a cargo de recaudar las contribuciones y de mantener la historia laboral de los asegurados). No se creó una superintendencia, sino que el Banco Central ejerce las funciones reguladoras y de supervisión.

Como se aprecia de lo expuesto en los puntos precedentes, los sistemas mixtos que funcionan en América Latina han procurado aplicar el esquema de los pilares, bosquejado por el Banco Mundial en el citado informe de 1994, empero, no vemos que sea viable su utilización en el Perú, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque dudamos que se pueda efectuar una eficiente labor operativa conjunta entre el Estado y las AFPs en el manejo unificado de las pensiones únicas, divididas en una parte pública (bajo el esquema del SR) y una privada complementaria (regida por la CIP);

b) En segundo lugar, porque vemos que dicha variación - amén de los costos que generaría por su instalación - no significa una solución real al principal problema de nuestro sistema: el financiamiento (y la morosidad); y,

c) En tercer lugar, porque estamos convencidos que una cuenta individual en CIP se verá afectada en el tiempo por los desequilibrios financieros como la inflación y el cambio de moneda, que se han producido cíclicamente en el país (al momento de solicitar su pensión la mayor parte de los fondos de la cuenta individual habrán perdido su valor nominal, a lo cual debe agregarse el alto riesgo por la volatilidad de las inversiones en mercados de valores).

IV. LA REFORMA EN EL RESTO DEL MUNDO

En la medida que el proceso de reforma de los sistemas de pensiones constituye un problema de índole global, en esta parte de la ponencia trataremos

de dar una mirada al estado actual del tratamiento de la materia previsional en las diferentes regiones del mundo, empero, en la medida que Europa constituye punto referente cotidiano para la proyección de nuestra legislación, procuraremos efectuar sobre dicho continente una revisión más detallada del debate sobre este tema.

En Asia, la mayoría de países carecen de un régimen obligatorio de pensiones de jubilación. Los que fueron antiguas colonias británicas tienen fondos de previsión para los empleados del sector privado. Aquellos que estuvieron menos expuestos a dicha influencia, como Corea, Filipinas y Vietnam, instauraron - a finales de los setenta - sistemas de jubilación para trabajadores dependientes e independientes. En China, se evalúa una reforma en base al esquema de los tres pilares. En India, funcionaba un fondo de previsión para los trabajadores dependientes desde 1952, aunque un tanto rústico, que fue modernizado en 1971; desde 1995 se introdujo un régimen de pensiones relacionado a los ingresos de los empleados[16], en forma de prestaciones definidas de jubilación, invalidez y sobrevivencia. En Tailandia, el régimen de pensiones sólo comprendía a los empleados públicos, pero a partir de 1998 (pese a que la reforma data de 1990) se instauró por decreto real un sistema que abarca a todos los trabajadores dependientes. En Japón, existe desde 1961 un régimen universal del Seguro Nacional de Pensiones que comprende a todos los trabajadores a partir de los 20 años; para jubilarse es necesario acreditar 65 años de edad y 40 años de aportes (con un mínimo de 25: no se pagará ninguna prestación con una cotización inferior a aquella); este sistema, administrado por el Estado, coexiste con regímenes que cubren a los diferentes grupos profesionales y los planes de jubilación establecidos por las empresas privadas[17].

En África, debemos efectuar un análisis dividido por zonas. En el Norte, producto de su proximidad con Europa, se encuentran los sistemas de pensiones de mayor antigüedad (datan de los años 50), sobre los esquemas clásicos de la Seguridad Social, como los de Argelia, Egipto, Libia, Marruecos y Túnez. En las colonias francesas, británicas y portuguesas del Centro y Sur, se dio prioridad a regímenes de accidentes de trabajo, como en Ghana, Nigeria, Kenia, Tanzania, Zimbawe y Zambia; en Angola y Mozambique, las consecuencias de las guerras

(16) Comprende sólo a empleados dependientes, pero según la OIT ("The ILO pension model". Génova, 1997), de los 375 millones de trabajadores que conformarían la fuerza laboral de dicho país, sólo el 10% tiene cobertura formal de Seguridad Social.

(17) Para mayor información sobre los regímenes de pensiones en Asia, ver: GILLION, Collin; TURNER, John; BAILEY, Clive; y, LATULIPPE, Denis. "Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma". Madrid, 2002, Colección Informes OIT N° 57, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, páginas 723-743.

civiles han impedido la consolidación de los regímenes de jubilación bajo el SR. En países como Etiopía, Somalia, Liberia y Congo, los primitivos sistemas públicos que se formularon en los sesenta han sido suspendidos en casi su totalidad. En Sudáfrica las pensiones son financiadas directamente con los impuestos generales. Según cálculos de la OIT, el problema del envejecimiento no afectará a África - al menos antes del 2050 -, pero el financiamiento de la Seguridad Social se deriva por otras vertientes: problemas económicos, producto de la pobreza; la deficiente gestión de las entidades públicas; y, un amplio sector de trabajadores informales[18].

En los países Árabes de Oriente Medio existe una larga tradición de solidaridad social y familiar que se reproduce en sus sistemas de Seguridad Social, los cuales se empezaron a instaurar a partir de los años cincuenta, siempre bajos las pautas establecidas por la OIT (desde el Convenio N° 102, Normas Mínimas sobre la Seguridad Social) y la Organización Árabe del Trabajo. A pesar de las altas tasas de natalidad en la mayoría de países (con excepción de Kuwait, que presenta una población en descenso), y los considerables ingresos económicos derivados del petróleo - salvo el caso de Yemén, que es un país pobre - el principal problema en la región para el sostenimiento financiero y documental de la Seguridad Social lo representa la continua presencia de conflictos bélicos (Irán, Irak, Líbano, etc.). La administración está a cargo de entidades estatales, con la participación activa de los empleadores y trabajadores, y el esquema que se impone es el SR[19].

En los Estado Unidos de Norteamérica, las pensiones son pagadas por el régimen de vejez, sobrevivientes e invalidez (Old age, Survivor and Disability Insurance), que es administrado por el Gobierno Federal a través de un organismo cuyo jefe rinde cuentas directamente al Presidente. Las aportaciones son recaudadas como parte del proceso de cobro de los impuestos regulares a las personas naturales, y las prestaciones son abonadas por el Departamento del Tesoro. Este sistema fue creado en 1935 para atender a los trabajadores del sector privado de la industria y el comercio, que representaban entonces el 60% de la fuerza laboral, empero, en la actualidad la cobertura se ha ampliado de tal manera que aproximadamente el 96% de las personas con empleo remunerado están afiliados a este régimen, que funciona bajo el esquema del SR y otorga una

(18) Para ampliar respecto a los regímenes de pensiones en África ver: GILLION, Collin y otros. Obra citada, páginas 745-765.

(19) Para profundizar sobre los regímenes de pensiones en los países Árabes: GILLION, Collin y otros. Obra citada, páginas 785-794.

pensión de vejez o jubilación a los 65 años de edad (se proyecta ampliarla a 67 años en los próximos años), aunque se puede acceder desde los 62 años (con una reducción permanente)[20]. Ha sido materia de discusión en los últimos años la reforma del sistema para introducir el modelo chileno de la CIP (propuesto por la administración Bush), sin embargo, el proyecto ha quedado estancado a nivel del Congreso[21].

En Europa, el proceso de reforma ha generado posiciones encontradas entre los países que han incorporado la CIP en sus sistemas de pensiones (como Hungría, Letonia, Polonia y República Checa. En Suecia, Alemania y Finlandia, funciona un sistema mixto similar al uruguayo: participación conjunta en SR y CIP del público y el privado) y aquellos que prefieren defender un régimen estatal bajo el SR (con España y Portugal a la cabeza). En el Reino Unido, desde 1946 el Estado asume el pago de una pensión básica, con cargo a recursos públicos y los aportes de los trabajadores en activo, pudiendo aquellos elegir entre percibir únicamente dicha asignación o contratar con una entidad privada una pensión bajo el esquema de la CIP, que recibe del Estado un porcentaje por sus aportaciones[22]. En todo caso, se percibe un consenso europeo respecto a considerar que la Seguridad Social en pensiones es un ámbito del cual el Estado no puede sustraerse[23].

El principal problema en la mayoría de países europeos es el envejecimiento de la población y sus bajos niveles de natalidad, lo que si bien es un dilema con origen demográfico, tiene consecuencias eminentemente económicas, razón por la cual se postula activar políticas encaminadas a incentivar la formación de familias con más de dos hijos (subsidios, guarderías públicas gratuitas, exenciones tributarias, etc.) para obtener un equilibrio entre los ratios de longevidad y natalidad.

(20) Como explica claramente: THOMPSON, Lawrence H. "Seguimiento del Sistema Público de Jubilaciones de los Estados Unidos" En: Reforma de las jubilaciones y concertación social. Suiza, 2002, OIT, páginas 29-41.

(21) A pesar que se calcula que para el año 2012 más del 20% de los trabajadores tendrá 55 ò más años de edad, producto del envejecimiento de los últimos baby boomers (nacidos en la explosión demográfica de 1946 a 1964, luego de la Segunda Guerra Mundial), existe un fuerte arraigo social en la modalidad del SR, sobretodo por los fraudes vinculados a varios seguros de jubilación de empleadores privados, como anota: SMITH, Marie F. "La Reforma de la Seguridad Social en Estados Unidos. Cuestiones principales en consideración". En: Seminario sobre la Reforma de la Seguridad Social en tiempos de estabilidad y crecimiento económico. Santander, 2005, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Número Extraordinario), páginas 29-38.

(22) VÁSQUEZ MARISCAL, Andrés. "Las Reformas de los Sistemas de Pensiones en Europa". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 54, Madrid, 2004, páginas 47-48; y, STANTON, David. "La Reforma del Sistema de Pensiones en el Reino Unido: Desafíos y experiencias". En: Seminario sobre la Reforma de la Seguridad Social en tiempos de estabilidad y crecimiento económico. Santander, 2005, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Número Extraordinario), páginas 39-58.

(23) En 1999 se llevó a cabo la Cumbre de Lisboa (Portugal), en la cual se establecieron cuatro objetivos principales en materia de protección social. En la misma línea, en España fueron aprobados el 6 de abril de 1995 por la Cámara de Diputados los "Pactos de Toledo", en los cuales se establecen las recomendaciones básicas para las reformas en pensiones.

La mayoría de los autores que defienden el SR respecto a la CIP coinciden en el hecho que la protección social con respaldo estatal e intercambio generacional es parte de su cultura, por lo cual, no debe verse como una carga insoportable, sino como la protección de la solidaridad ante el individualismo[24]. En su defensa, creen que podrían formularse soluciones normales para reajustar dicho sistema:

a) Aumentar progresivamente la edad de jubilación hasta 65 ó 70 años[25].
b) Incrementar la tasa o porcentaje de aportación mensual, hasta un nivel que bordee el 20% de la remuneración del trabajador en actividad.
c) Reducir el monto de las prestaciones, fijando pensiones máximas (tope) de acuerdo a los años de aportación, pero garantizando un mínimo vital.
d) Ampliar la cobertura o base subjetiva de asegurados aportantes[26].

En resumen, si bien existe actualmente en Europa (y el resto del mundo) un claro interés por incluir el régimen de CIP en sus sistemas de pensiones, consideramos que el SR no podrá ser desterrado totalmente de los esquemas imperantes, por lo cual deben estar perfilándose las condiciones para el establecimiento de modelos de naturaleza mixta, que sigan las pautas fijadas por el Banco Mundial en 1994.

V. BOSQUEJO DE UN MODELO PERUANO HIPOTÉTICO

Como señalamos al inicio de la presente ponencia, la reforma en pensiones debe ser realizada tomando en cuenta los factores económicos, sociales, demográficos y políticos que caracterizan a nuestro país, sin dejar de lado - además - que dicho sistema debe respetar los parámetros establecidos en la Constitución de 1993, los Convenios Internacionales suscritos por el Perú, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional.

(24) Ver: TORTUERO PLAZA, José. Obra citada, páginas 53-78; OJEDA AVILES, Antonio. "La Seguridad Social y su futuro: ¿Ajuste o reconversión?". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 59, Madrid, 2005, páginas 15-32; ALONSO OLEA, Manuel. "Las propuestas de privatización de la Seguridad Social en Iberoamérica. La situación en España"; y, DE LA VILLA GIL, Luis. "Protección Social Privada y Protección Social Pública. Dos técnicas convivientes". Ambos publicados en: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 89-126 y 127-147, respectivamente.

(25) La edad de jubilación promedio en Europa es de 60 años, como nos informa: VÁSQUEZ MARISCAL, Andrés. Obra citada, página 40.

(26) En Europa, el fenómeno de los inmigrantes o desplazados por conflictos bélicos origina un factor capaz de modificar la composición y el tamaño de la mano de obra, constituyéndose en una variable positiva en el intercambio generacional.

En ese escenario, considerando que al SR presenta una serie de deficiencias que deben aceptarse y necesitan subsanarse, pero que la CIP - a nuestro entender - no es el modelo ideal, pues no sólo carece de la esencia del concepto mismo que soporta a la Seguridad Social (la solidaridad), sino que genera un alto riesgo para la garantía de una prestación futura digna (pues la inversión de los fondos estará supeditada a un manejo financiero eficiente de la AFP y la estabilidad en el tiempo del mercado nacional y extranjero[27]), debemos bosquejar los lineamientos de un modelo peruano hipotético, que pueda atender las necesidades de los ciudadanos sin colisionar con las reales posibilidades económicas y operativas del país.

Si bien es cierto en la actualidad existe un aparente consenso respecto de evaluar la reformulación del sistema de pensiones peruano sobre la base de un esquema unificado de orden complementario que cuente con dos pilares (el primero, bajo el SR, que garantizaría una pensión mínima y sería administrado por el Estado; y, el segundo, que funcionaría con una CIP y sería gestionado por entidades privadas), como se apreciará de las propuestas del Ministerio de Economía y Finanzas[28], la Defensoría del Pueblo[29], y la Superintendencia de Banca y Seguros[30], mismo que fuera postulado originariamente en nuestro país en el año 2004[31], por las razones expuestas en los literales finales del numeral 3 de la presente ponencia, optamos por formular un modelo distinto, en el cual se le de prioridad al SR.

En efecto, nuestra principal preocupación en cuanto a un esquema de CIP es que los fondos de las cuentas individuales de los afiliados al SPP (en el sistema actual o en el segundo pilar del modelo complementario; el de mayor porcentaje) estarán a merced de los factores económicos, financieros y bursátiles del mercado interno y externo. La aparente rentabilidad del modelo actual no puede ser debidamente calibrada en tanto no sufra las distorsiones derivadas de procesos inflacionarios o sucesivos cambios de moneda, como los acontecidos en los

(27) En los últimos años, los fondos privados de pensiones en países relativamente estables en materia económica como Chile y Japón han sufrido caídas considerables, producto de las repentinas depresiones en sus respectivos mercados de valores.

(28) Como consta en el punto iii del Recuadro 4 del "Marco Macroeconómico Multianual 2007-2009", publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de mayo de 2006.

(29) Recomendación cuatro del Informe Defensorial N° 99, aprobado por la Resolución N° 031-2005-DP, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de noviembre de 2005.

(30) Proyecto que sería presentado por la SBS en coordinación con las AFP en marzo de 2007, según declaración brindada al Diario "Gestión" (edición del 12 de julio de 2006, página VII) por el Superintendente Adjunto de AFPs.

(31) GONZALES HUNT, César. "La necesaria Reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones: ¿De la fórmula alternativa entre el Sistema Público y el Privado a una relación de complementariedad con prevalencia del Sistema Privado?" En: Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Trujillo, 2004, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Libro de Ponencias del Primer Congreso Nacional), páginas 315-348.

ochenta, por tanto, la realidad es que estamos aún en una fase de prueba - catorce años después de la entrada en funcionamiento del SPP - que en algunos países ya presenta fallas.

De lo expuesto en los puntos precedentes, concluimos que es necesario proceder al cierre de los regímenes previsionales del Estado[32], estableciéndose un sistema unificado de pensiones que comprenderá un pilar obligatorio bajo el SR que podrá ser administrado por el Estado o los particulares (a través de las AFPs), en el cual se depositarán los aportes mensuales de todos los trabajadores (dependientes e independientes, públicos o privados), subsistiendo el segundo pilar bajo CIP como un régimen de carácter facultativo, bajo exclusiva administración privada.

Al nuevo sistema unificado de pensiones (en adelante, SUP) se incorporarán como asegurados todos los afiliados a los regímenes existentes - sin distinción - que al momento de entrar en vigencia la reforma cuenten con 45 o menos años de edad, así como los trabajadores que ingresen a laborar por primera vez a partir de dicha fecha. Las aportaciones efectuadas con anterioridad a los antiguos regímenes se entregarían a la entidad pública o privada que el trabajador elija.

El SUP planteado debería tener las siguientes características mínimas:

a) La tasa o porcentaje de aportación para el primer pilar obligatorio sería del 15% (las AFPs fijarán libremente su comisión). Para el segundo pilar, que - como se indicó - sería facultativo, la aportación adicional sería del 5%.
b) La pensión de jubilación se otorgaría cuando el asegurado cumpla 65 años de edad y 20 de aportación, con lo cual obtendría una pensión mínima que sería equivalente al ingreso mínimo de los trabajadores en actividad (lo que se denomina actualmente remuneración mínima vital: RMV). Si cuenta con más de 25 pero menos de 30 años de aportación, la pensión se incrementa en media RMV adicional. Al asegurado con 30 o más años de aportaciones se le pagaría una pensión equivalente a dos RMV, que sería el tope[33] [34].

(32) Entiéndase, el Decreto Ley N° 19990 y la Caja de Pensiones Militar Policial, puesto que el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 fue cerrado por la Ley N° 28389.

(33) Los asegurados que tengan menos de 20 años de aportación tendrían derecho al pago, durante un periodo improrrogable de 5 años, al equivalente de 50% (si tienen más de 10 pero menos de 15 años de aportes) o 75% de una RMV (con más de 15 pero menos de 20 años de aportes). Vencido ese periodo mantendrían únicamente el derecho a prestaciones de salud. En ambos supuestos no se generaría derecho a pensión de sobrevivientes.

(34) Los trabajadores que realizan actividades riesgosas, como los mineros o de construcción civil, podrían jubilarse a partir de los 55 años de edad.

c) La pensión de invalidez se otorgaría únicamente a los asegurados que una Comisión Médica de EsSalud[35] declare incapacitados física o mentalmente para trabajar, siempre que además acrediten una aportación previa mínima de 10 años. El monto de esta pensión sería el equivalente a media RMV, y el beneficiario debería someterse a una evaluación obligatoria anual, para comprobar la subsistencia de la incapacidad que originó dicha prestación.

d) La pensión de sobrevivientes correspondería solamente a los familiares del pensionista o asegurado (con derecho a pensión de jubilación o invalidez) que fallece, siempre que cumplan los requisitos establecidos por la ley[36].

Como se aprecia, el SUP mantendría el SR como un pilar obligatorio, empero, se permitiría la convivencia de la CIP en un segundo pilar facultativo, al cual podrían afiliarse los trabajadores que perciban mayores remuneraciones, permitiéndoles - eventualmente, pues ello dependerá de las inversiones de las AFP y el desarrollo de los mercados nacionales y extranjero - obtener en el futuro una pensión mayor.

Este modelo es compatible con los artículos 10° y 11° de la Constitución de 1993, en la medida que el Estado participaría de la Seguridad Social en pensiones de manera directa, asimismo, se debería crear una nueva Superintendencia de AFPs que se encargue no sólo de supervisar a las entidades privadas, sino también de llevar la historia o record laboral de cada uno de los afiliados al SUP, emitiéndoles anualmente una constancia con las aportaciones registradas, a efectos que éstos tomen las medidas para regularizar las posibles omisiones de sus empleadores.

La Superintendencia de AFPs debería ser la entidad que, en coordinación con la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT)[37], se encargue de incoar las demandas para recuperar las aportaciones impagas, así como las denuncias penales que correspondan (de verificarse un comportamiento doloso al retener las contribuciones), para lo cual resulta indispensable contar en

(35) Como es de conocimiento público, en diferentes zonas del país se están detectando casos de falsificación de certificados médicos emitidos por el Ministerio de Salud, por el escaso control del personal de dicha entidad, por lo cual sería conveniente centralizar dicha labor.

(36) Deberían mantenerse los señalados por el Decreto Ley N° 19990, con las precisiones que ha introducido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de junio de 2005.

(37) Encargada de la recaudación de las aportaciones del SNP desde el año 1999 por mandato de la Ley N° 27038, por lo tanto, puede generar un registro de los empleadores morosos.

paralelo con normas que configuren procesos judiciales céleres para dicha finalidad[38].

Como será fácil entender, la composición legal de un nuevo sistema de pensiones constituye una labor que no se agota en una ponencia, por lo que el modelo que nos hemos permitido poner a consideración - que a nuestro entender permite una convivencia de la actividad privada (y su justificado derecho de obtener beneficios económicos), pero sin sacrificar los principios básicos de la Seguridad Social - es la proyección de un esquema que consideramos adecuado a nuestra realidad, en la cual se deben anteponer los derechos sociales a los intereses financieros.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Nelda y otros. "Contexto jurídico y social de la Reforma (en Argentina)". En: El Nuevo Derecho de las Pensiones en América Latina. México, 2005, CIESS, páginas 3-46.
- ALONSO OLEA, Manuel. "Las propuestas de privatización de la Seguridad Social en Iberoamérica. La situación en España". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 89-126.
- BANCO MUNDIAL "Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Washington, 1994, Oxford University Press, 457 páginas.
- BRANDARIZ GARCÍA, Ángel. "La protección penal de la Seguridad Social". En: Temas Actuales de Derecho Laboral. Trujillo, 2005, Editora Normas Legales, páginas 607-639.
- DE BUEN LOZANO, Néstor. "La Reforma de la Seguridad Social en México (un cuento y no de hadas)" En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 151-166.
- DE LA VILLA GIL, Luis. "Protección Social Privada y Protección Social Pública. Dos técnicas convivientes". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 127-147.
- GILLION, Collin; TURNER, John; BAILEY, Clive; y, LATULIPPE, Denis. "Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y reforma". Madrid, 2002, Colección Informes OIT N° 57, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1061 páginas.

(38) En la mayor parte de países del mundo existen dispositivos legales que sancionan en lo penal la apropiación ilícita o retención indebida de las aportaciones a la Seguridad Social, como nos da cuenta: BRANDARIZ GARCÍA, Ángel. "La protección penal de la Seguridad Social.

- GONZALES HUNT, César. "La necesaria Reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones: ¿De la fórmula alternativa entre el Sistema Público y el Privado a una relación de complementariedad con prevalencia del Sistema Privado?" En: Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú. Trujillo, 2004, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Libro de Ponencias del Primer Congreso Nacional), páginas 315-348.
- GUZMÁN M., José Antonio. "Revisión de algunas críticas al Nuevo Sistema Previsional". En: Quince años después. Una mirada al Sistema Privado de Pensiones, Santiago, 1995, Centro de Estudios Públicos, páginas 201-223.
- HURTADO POZO, José. "La Ley "Importada". Recepción del Derecho Penal en el Perú". Lima, 1979, CEDYS, 152 páginas.
- JIMENEZ FERNÁNDEZ, Adolfo. "Reflexiones sobre las reformas en los Sistemas de Pensiones en América Latina". En: Seminario sobre la Reforma de la Seguridad Social en tiempos de estabilidad y crecimiento económico. Santander, 2005, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Número Extraordinario), páginas 71-85.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. "Contexto jurídico y social de la Reforma (en México)". En: El Nuevo Derecho de las Pensiones en América Latina. México, 2005, CIESS, páginas 353-419.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio. "La privatización en la Seguridad Social". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 19-26.
- MESA-LAGO, Carmelo. "La reforma estructural de pensiones en América Latina: Tipología, comprobación de supuestos y enseñanzas". En: Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma. Perú, 1999, OIT, páginas 77-164.
- OIT. "Seguridad Social: Un nuevo consenso". Suiza, 2002, Oficina Internacional del Trabajo, 231 páginas.
- OJEDA AVILES, Antonio. "La Seguridad Social y su futuro: ¿Ajuste o reconversión?". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 59, Madrid, 2005, páginas 15-32.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social? En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1998, OISS, páginas 169-179.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo. "La Reforma de la Seguridad Social en el Uruguay". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 225-247.

- SMITH, Marie F. "La Reforma de la Seguridad Social en Estados Unidos. Cuestiones principales en consideración". En: Seminario sobre la Reforma de la Seguridad Social en tiempos de estabilidad y crecimiento económico. Santander, 2005, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Número Extraordinario), páginas 29-38.
- STANTON, David. "La Reforma del Sistema de Pensiones en el Reino Unido: Desafíos y experiencias". En: Seminario sobre la Reforma de la Seguridad Social en tiempos de estabilidad y crecimiento económico. Santander, 2005, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Número Extraordinario), páginas 39-58.
- THOMPSON, Lawrence H. "Seguimiento del Sistema Público de Jubilaciones de los Estados Unidos" En: Reforma de las jubilaciones y concertación social. Suiza, 2002, OIT, páginas 29-41.
- TORTUERO PLAZA, José. "Los Sistemas de Pensiones en Europa y Latinoamérica: Realidades, expectativas e ideas para un debate". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 54, Madrid, 2004, páginas 53-78.
- VÁSQUEZ MARISCAL, Andrés. "Las Reformas de los Sistemas de Pensiones en Europa". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 54, Madrid, 2004, páginas 35-51.
- VÁSQUEZ VIALARD, Antonio "Organismos de Gestión Privada encargados de la administración de la Seguridad Social en la Argentina". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1988, OISS, páginas 27-47.

LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA EN LOS REGIMENES DE PENSIONES

*FERNANDO GARCÍA GRANARA**

Sumario

Anotación Previa: Recursos económicos y régimen de pensiones. I. La Seguridad Social y el financiamiento. 1. La Seguridad Social. 2. Los principios de la Seguridad Social. 2.1 Universalidad. 2.2 Igualdad. 2.3 Solidaridad. 2.4 Unidad. 3. La función de redistribución de rentas de la Seguridad Social y el financiamiento. 4. El financiamiento de la Seguridad Social y de las pensiones. La intervención de los aportantes y el Estado. II. La posición del Tribunal Constitucional. 1. Los criterios del Tribunal Constitucional (TC) previos a la reforma constitucional. 1.1 El reconocimiento del elemento económico en el sistema previsional. 1.2 El sentido de la Segunda y Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución. 1.3 El principio de equilibrio financiero. 1.4 Progresividad en el gasto y derechos económicos y sociales. 2. La sentencia del 3 de junio de 2005. Los principios de la Seguridad Social en pensiones. 2.1 El principio de solidaridad. 2.2 El principio de dignidad. 2.3 El principio de igualdad. 2.4 El principio de progresividad respecto de la pensión – (Fundamento 49). 2.5 El principio de equilibrio presupuestal respecto de la pensión – (Fundamento 50). 3. La sentencia del 3 de junio de 2005: La seguridad Social como garantía institucional del Derecho a la pensión. III. Base constitucional y configuración legal de la pensión.

* Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú

La exigencia de la sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones actuales y futuros. 1. La base constitucional. 2. Configuración legal. 2.1 Las fuentes de financiamiento del régimen de pensiones y los estudios actuariales. 2.2 El régimen financiero. 2.3 El destino del ahorro y la intangibilidad del fondo. 3. Una regla a incorporar en los regímenes de pensiones. Bibliografía.

ANOTACION PREVIA: Recursos económicos y régimen de pensiones.

El cuarto párrafo del numeral 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria (PDFT) de la Constitución Política, luego de la reforma constitucional introducida por la Ley N° 28389, establece que:

"El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones mas bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación". (subrayado nuestro).

Como se aprecia, la reforma de la PDFT de la Constitución Política ha incorporado a la sostenibilidad financiera como un criterio rector de las modificaciones en materia pensionaria. Aunque el texto constitucional se enmarca en la regulación del régimen de pensiones del Estado, al que se dirigió la reforma constitucional, en nuestra opinión, la exigencia de la sostenibilidad financiera trasciende esta temática y se inserta en toda la materia pensionaria pública o privada y, en general, en la seguridad social (S.S.) y en las políticas públicas.

En efecto, la exigencia de financiamiento forma parte de todo programa de pensiones en el cual las prestaciones se convierten en derechos subjetivos de los beneficiarios y son precisamente objeto principal del régimen. Desde esta perspectiva, la necesidad de contar con recursos suficientes que permitan el financiamiento de las prestaciones, los estudios actuariales y la regulación normativa constituyen la base de todo régimen de pensiones, a efectos de garantizar su mantenimiento y proyección en el tiempo, sin que pueda atribuirse exclusivamente a un régimen particular.

La reforma constitucional se dirigió a atender los problemas generados en el régimen de pensiones del Estado del D.L. N° 20530, en el que las altas pensiones

de un reducido número de pensionistas, contrastaban con las pensiones de otros beneficiarios del mismo régimen y del sistema nacional de pensiones, poniendo en riesgo la subsistencia del régimen y de las políticas públicas dependientes del presupuesto estatal. Esta razón, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (TC), justificaba la introducción de limitaciones y restricciones cuantitativas a un grupo de pensionistas, preservando el interés social.

En el régimen de pensiones del D.L. N° 20530, el financiamiento provenía y proviene en gran parte del Tesoro Público, por lo que la utilización de estos recursos tiene incidencia directa en el presupuesto público y en la determinación de las políticas públicas, teniendo en cuenta que el presupuesto global debe ser compatible con la asunción de estas cargas pensionarias, originando en consecuencia decisiones de reducción del gasto en otras áreas sociales prioritarias. En consecuencia, en este régimen, la sostenibilidad financiera se vincula al presupuesto público y no sólo a las reglas de un régimen pensionario privativo.

Adviértase que el nuevo texto constitucional se refiere a los regímenes de pensiones comprendiendo así los regímenes públicos y privados, pero la incidencia de la sostenibilidad financiera en la regulación y desarrollo de la seguridad social sólo la tiene respecto del régimen público, en tanto que el régimen privado de pensiones no constituye en estricto seguridad social. Ello no significa que esta sea la única vía para reconocer la exigencia de este criterio en la seguridad social, pues la idea misma de las cobertura de las prestaciones y de la necesidad supone una exigencia de suficiencia y organización económica. Lo que sí debe destacarse es que la regla constitucional tiene una redacción precisa (regímenes de pensiones) basada en los problemas económicos que originaron la reforma constitucional.

Esta ponencia se dirige a analizar la incorporación de la sostenibilidad financiera como criterio rector de toda modificación en materia de pensiones y a revisar su contenido, desde la perspectiva de la seguridad social, de las pensiones y de la posición que el TC le ha asignado al elemento económico en la interpretación constitucional.

Con tal objeto, el trabajo se divide en tres partes: la primera, para hacer una lectura de la sostenibilidad financiera desde la perspectiva de los conceptos y principios de la seguridad social, particularmente en pensiones; la segunda, para revisar el criterio del TC en cuanto a la recepción del elemento económico en materia pensionaria y concretamente de los fundamentos constitucionales que tendría este criterio; y, una tercera parte, en la que se revisa la base constitucional y configuración legal vinculada a este criterio.

Adelantamos que, a nuestro juicio, la sostenibilidad financiera no debe ser enfocada exclusivamente como una cuestión de suficiencia de recursos o como una exigencia normativa de contar con mecanismos de financiamiento en la reforma de los regímenes pensionarios, sino que comprende además, dos aspectos: por un lado, una exigencia al Estado para una adecuada administración y organización en orden a garantizar el mantenimiento y mejora de las pensiones y la obligación de contar con un patrimonio destinado al régimen de pensiones, y, por otro, un derecho del beneficiario a acceder a información transparente de la situación en que se encuentra el régimen, a exigir una administración eficiente y la puesta en práctica de medidas dirigidas a lograr su adecuado financiamiento, teniendo en cuenta que todo régimen de pensiones debe tener permanencia y proyección en el tiempo. Es decir, el criterio de la sostenibilidad financiera no es un fin en sí mismo, sino un medio que se convierte en mecanismo de defensa del sistema.

I. LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL FINANCIAMIENTO

1. La Seguridad Social

La S. S. comprende una serie de prestaciones destinadas a atender los estados de necesidad. En general, comprende tres elementos que la caracterizan: los riesgos cubiertos, el mecanismo de cobertura y la asignación o redistribución de recursos. En virtud de estos tres elementos, que varían en cada ordenamiento y tiempo, ALONSO y TORTUERO definen la seguridad social como el "conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables, agregando la idea de que tendencialmente tales medidas se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas."[1]

Esta definición destaca una serie de características marcadas por la intervención del Estado, la solidaridad, la necesidad de una evaluación económica para la atención de las prestaciones y los riesgos, la garantía de un nivel mínimo de rentas y una tendencia a comprender a todas las personas como beneficiarios. Pero

1 ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Instituciones de Seguridad Social. Decimoséptima Edición. Editorial CIVITAS. Madrid. 2000. página 37-38.

ésta es una tendencia, no precisamente una comprobación fáctica en los ordenamientos comparados, en tanto que el elemento de pertenencia a la seguridad social es la condición de trabajador o de cotizante, que es lo que ha devenido en la seguridad social contributiva frente a la seguridad social no contributiva o asistencial, en la que no existe una relación de cotización previa.[2]

Así, la S. S. se convierte en una obligación estatal que se financia con recursos de diversas fuentes, entre los que se encuentran los recursos provenientes de los impuestos. Esto trae como consecuencia que las dificultades económicas en el financiamiento, deban ser resueltas por el Estado, en tanto que la tendencia es que los beneficiarios sean todas las personas y no únicamente los trabajadores o los que contribuyen con su cotización o aporte. Esta es una de las principales diferencias entre los seguros sociales y la seguridad social, como precisa PLA, al indicar que los primeros tienen una financiación tripartita, la seguridad puede financiarse de distintas maneras, pues "la cobertura de todos los riesgos de toda la población origina una dimensión tan cuantiosa, que cualquiera sea el canal que se elija, es costeada siempre por la economía nacional". [3]

En la idea de una tendencia a la universalidad en los sujetos protegidos, RODRIGUEZ, GORELLI y VILCHEZ definen el "sistema de seguridad social como el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger situaciones de necesidad de los sujetos, independientemente de su vinculación profesional a un empresario, y de su contribución o no al sistema. En otras palabras, podríamos decir que la Seguridad Social protege la relación jurídica de seguridad social, caracterizada por ser pública y con tendencia a la universalidad"[4]

2 Tal es el caso español de seguridad social, en que después de las reformas del Pacto de Toledo (2001), se acentuó la división de la seguridad social contributiva y no contributiva, con diferenciación de las fuentes de financiamiento. Mientras que en la contributiva los fondos provienen de los aportes, en la no contributiva los fondos provienen del Estado. Ello ha merecido críticas en la doctrina, pues segrega a la seguridad social, y la divide en función de los aportes, cuando la característica principal es la solidaridad y la igualdad, que se rompen con esta diferenciación. Sobre el tema, véase MONEREO PEREZ, José Luis. La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para mejora y el desarrollo el sistema de protección social. En: Revista Relaciones Laborales Nº 24, Madrid, 2001. Para quien "se produce un desplazamiento importante: justamente en la dirección que va de la solidaridad a la reciprocidad" y en APARICIO TOVAR, Joaquín. La evolución regresiva de la seguridad social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo. En: Revista de Derecho Social. Nº 19, Albacete, 2002. Para quien, en contraste con la idea de BEVERIDGE, se tiende a convertir al trabajador en una unidad económica, propia del mercado de trabajo, privilegiando la contribución que financia sus prestaciones, antes que tomarlo como una "persona" con derecho a la seguridad social. Ciertamente, la razón que subyace a estos cambios es "garantizar la viabilidad económica financiera del sistema de seguridad social" como expresan Antonio MARTÍN VALVERDE y Joaquín GARCÍA MURCIA. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Aranzadi. p 1570.

3 PLA RODRIGUEZ, Américo. Financiación de la Seguridad Social. En: Estudios de la Seguridad Socia. Fondo de Cultura Universitaria. Uruguay. 1999. Página 145-146.

4 RODRIGUEZ RAMOS, María José, GORELLI HERNANDEZ, Juan; VILCHEZ PORRAS, Juan. Sistema de Seguridad Social. Editorial Tecnos. Madrid. 2004. Páginas 42-43.

Como se nota, la cobertura ante las situaciones de necesidad otorga un carácter dinámico a la seguridad social, en tanto que los riesgos cubiertos pueden variar en su identificación y en su cuantía, en cada tiempo y realidad nacional. Frente a ello, el sistema debe dar cobertura a las necesidades a través de prestaciones suficientes, y también debe tener mecanismos de control y de proyección en el tiempo.

Adviértase entonces que la Seguridad Social no se agota en una pensión ni mucho menos en una pensión en un régimen privativo, sino que va más allá para convertirse en un instrumento de protección de una sociedad, a través de la solidaridad que constituye la base del sistema y que permite atender sus necesidades.

En una definición que destaca la idea de la configuración legal del derecho y la necesidad de una organización financiera que permita hacer frente a la protección, ALMANSA señala que se trata del "instrumento específico protector de necesidades sociales, individuales y colectivas, a cuya protección reparadora y recuperadora, tienen derecho los individuos en la existencia, límites y condiciones que las normas dispongan, según permite su organización financiera".[5]

Puede advertirse entonces que tratándose de la cobertura de los riesgos a favor de los beneficiarios (sea que se trate de un colectivo o de todas las personas), los recursos, la evaluación económica y la organización financiera aparecen como elementos implícitos en el sistema de seguridad social. En realidad, "Ya el mismo punto de partida de la seguridad social, se la mire desde donde se la mire, es esencialmente económico. Porque la necesidad, por mucho que se la sociologice o juridice, constituye el nódulo económico de la seguridad social, en función de la cual esta ha cobrado existencia."[6]. En este sentido, la financiación que "condiciona de forma importante no sólo la extensión del ámbito subjetivo de protección, impidiendo arribar al principio universalista, sino también la cobertura de unos riesgos, incluso, dentro de esta, la cobertura total de los mismos". [7]

Es importante anotar la diferencia entre los sistemas de seguridad social en los países de América Latina y los países europeos. Mientras que en América Latina la protección mantiene el criterio de pertenencia a la condición de

5 ALMANSA PASTOR, José. Derecho de la Seguridad Social. Sexta Edición. Editorial Tecnos. Página 108.

6 ALMANSA PASTOR. Obra citada. Página 109. El autor distingue así entre los efectos macroeconómicos (colectiviza situaciones individuales y programa la actividad económica a través de asignación de recursos para a satisfacer la necesidad) y macroeconómicos (intereses de los sujetos protegidos) de la seguridad social. En este último aspecto señala que "en una seguridad social progresiva, en fin, se atiende a la capacidad financiera del Estado en cuanto garante de la protección de las necesidades que afectan a la entera colectividad.". página 108.

7 PLA RODRIGUEZ, Américo. Obra citada. Páginas 141-142.

trabajador y se abre a una privatización y a los sistemas de capitalización, en los países europeos la seguridad social es una función estatal y se extiende además de los trabajadores y a sus familias, a los ciudadanos en general. Ello, no obstante, los principios y características básicas son comunes y en ambos casos, el elemento económico se inserta en la base de los sistemas y es argumento actual para las reformas.[8]

2. Los principios de la Seguridad Social

Es abundante la referencia a diferentes principios de la Seguridad Social. Los planteamientos en la doctrina varían en función del examen de la regulación normativa constitucional y legal existente en cada ordenamiento o que se trate de normas internacionales.

Pueden encontrarse referencias a los principios[9] de universalidad, solidaridad, igualdad, integralidad, unidad, internacionalidad, participación, autonomía, comprensividad, suficiencia, subsidiariedad y reajustabilidad[10].

En el plano de las normas internacionales, concretamente de los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, también se desprende la concurrencia de principios en el Convenio N° 102, sobre Norma Mínima de Seguridad Social. A efectos de impulsar su eficacia, se ha planteado

8 JIMÉNEZ, Adolfo. Reflexiones sobre las reformas de los sistemas de pensiones en América Latina. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social. Número extraordinario.2006. Página 71 y siguientes. El autor hace un recuento de los sistemas previsionales verificando que no existe un modelo uniforme, sino modelos sustitutivos, totalmente de capitalización individual y gestión privada; los paralelos, en donde conviven el sistema nuevo y el antiguo; los mixtos, tanto en cuanto al régimen financiero como a su gestión, y el modelo reformado de Brasil. Expresa que "los sistemas reformados de pensiones de América Latina, tienen un fuerte contenido económico y financiero que, en cierto modo, desdibuja el objetivo por el que surgen los sistemas obligatorios de pensiones".

9 Al respecto, nos remitimos a FAJARDO CRIVILLERO, Martín. Teoría General de la Seguridad Social y a RENDON VASQUEZ, Jorge. Derecho de la Seguridad Social. También a GRZETICH LONG, Antonio. Derecho de la Seguridad Social. Parte General, Volumen 1. Concepto y evolución histórica de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición, 2005.
Para una referencia a los principios de internacionalidad y participación puede consultarse MORGADO VALENZUELA, Emilio. La Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica. En Constitución, Trabajo y Seguridad Social. En cuanto a la internacionalidad señala que este principio es recogido en las Constituciones en un doble sentido. De una parte comprende los derechos de la Seguridad Social de los nacionales, y de otra, la igualdad de trato en materia de Seguridad Social a los extranjeros que laboran en el país. Además, comprende el reconocimiento de las normas internacionales como fuente del derecho de la Seguridad Social.

10 En cuanto a la reajustabilidad, MORGADO señala que "la Constitución Peruana consagra el derecho a la reajustabilidad de las pensiones de los trabajadores públicos y privados, teniendo presente el costo de vida y las posibilidades de la economía nacional." Obra citada. Página 99. En este caso, el principio se deriva de la regulación normativa constitucional contenida en la Segunda Disposición Final y Transitoria aplicable en el Perú y del cual se genera también una interpretación del Tribunal Constitucional en el sentido de que los reajustes sólo se podían presentar para incrementar, pero no para reducir las pensiones, lo que debe cambiar en tanto que ha sido sustituida la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con la que estaba vinculada para efectos de la interpretación constitucional.

la necesidad de aprobar un instrumento internacional que permita garantizar la adhesión a los principios rectores de la seguridad social, renovando y otorgando una efectividad internacional a los mismos.[11]

En relación con los convenios internacionales, SUPIOT alude a cuatro principios y señala que "Algunos, como el de igualdad de tratamiento, han sido ya formulados en cuanto tales en las normas existentes, mientras que otros, sin haber sido proclamados, se deducen claramente del concepto de trabajo decente. Así sucede con la dignidad, la solidaridad y la participación". A diferencia de la relación de principios que se encuentran en la doctrina, SUPIOT incorpora el de dignidad y además, como no podía ser de otro modo, en la perspectiva del trabajo decente propuesto por la Organización Internacional del Trabajo le otorga importancia a la participación de los actores sociales.

No hay, en estricto, un principio informador sobre la exigencia y garantía del financiamiento del régimen de seguridad social. No obstante, los aspectos económicos relativos al financiamiento y a su gestión administrativa, están implícitos en los principios de la seguridad social, en cualquier sistema. A efectos del presente análisis nos permitimos destacar cuatro, en los que se aprecia la importancia del elemento económico: universalidad, igualdad, solidaridad y unidad.

2.1. Universalidad

En virtud de este principio se considera el acceso de la S. S. a todos los miembros de la sociedad sin ningún tipo de diferencia, es decir, "la Seguridad Social reconoce como sujetos de protección a todos los individuos, sin limitaciones ni discriminaciones."[12]

Este principio es de aplicación continua para ir comprendiendo gradualmente a todas las personas, aunque en la práctica opere protegiendo a determinados colectivos (trabajadores y familiares directos), ya que no es posible garantizar seguridad social para toda la población y con la cobertura suficiente. No obstante, también se encuentran referencias en tanto que si bien se propone una universalidad subjetiva, en el plano de las prestaciones estas deben dirigirse a cubrir todas las necesidades.

11 SUPIOT, Alain. Esbozo de un Acuerdo Marco relativo a la extensión de la protección social. En: Revista Relaciones Laborales. N° 15-16. Año XXVII. Agosto 2006. páginas 170-171.

12 GRUAT, Jean Victor. Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones. En: Pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma. Página 37.

En este sentido, el paso de los seguros sociales a la S.S. y de esta a la protección social, como un mecanismo de garantía en favor de toda persona, no necesariamente vinculado a un signo de pertenencia (como lo es la condición de trabajador dependiente y cotizante), es una forma de garantizar la acción estatal a favor de todos los ciudadanos, pues el Estado no puede brindar prestaciones exclusivamente a favor de determinados grupos, sino en favor de toda la población.

En el caso del Derecho del Trabajo y en la S. S., la protección se concentra y origina en la calificación como trabajador, que otorga la pertenencia a un sistema contributivo – profesional. En un plano más amplio, una protección social integral debe buscarse que la protección de la persona se presente cuando es trabajador, cuando es pensionista o cuando se presenten situaciones de inactividad laboral.[13] Así, "el espacio público de protección social se compone, cuando menos, por los sistemas de seguridad social, nacional de salud y asistencia social, desigualmente definidos por la norma suprema. El espacio privado de protección social aparece solo autorizado por ella y su contenido depende lógicamente de la voluntad de los particulares". [14]

El artículo 10° de la Constitución Política de 1993 establece que "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la Seguridad Social". Es universal en tanto es un derecho que corresponde a todos los ciudadanos y es progresivo en tanto que la incorporación de los colectivos es gradual, de acuerdo a la situación económica del país y los medios necesarios para hacer viable el financiamiento de la S. S.. Adviértase que se reconoce un derecho universal y progresivo de toda persona, aunque en la regulación legal, de acceso al régimen de salud o de pensiones, se aplican reglas precisas que establecen requisitos, sin que pueda considerarse que toda persona tiene acceso a las prestaciones de la seguridad social.

Finalmente, a diferencia de las definiciones antes comentadas, no se trata de una función de titularidad estatal garantizada por la Constitución Política, sino de un reconocimiento del derecho a la Seguridad Social.[15] Empero, tratándose de las

13 Como se plantea en el texto Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. Los autores señalan que las relaciones entre derecho del trabajo y seguridad social se han distendido y que las experiencias europeas proponen una mayor participación estatal. Las formas de empleo se han diversificado y ello determina que la seguridad social no sea unicamente del contrato de trabajo sino del Estado hacia los ciudadanos a través de mínimos sociales. De un Estado providencia se pasa a una Estado asistencial. Páginas 221-223.

14 DE LA VILLA GIL, José. El modelo constitucional de protección social. En: El Modelo Social de la Constitución Española de 1978. (1978-2003). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 2003. Páginas 42-43.

15 Como bien apunta ABANTO REVILLA, Cesar. En. La Constitución Comentada. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006. Páginas 416-424.

pensiones públicas, sí debe ser reconocida una función de Estado. Esta fórmula de "reconocimiento"[16], difiere de la "garantía" que el artículo 11° constitucional otorga al libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones.

2.2. Igualdad

La protección que brinda la Seguridad Social "tiende a que toda la población asegurada – que ahora es por hipótesis la población toda – sea protegida contra los mismos riesgos con la misma intensidad".[17] Ello, naturalmente, sin perjuicio de los distintos riesgos cubiertos según se trate de riesgos genéricos o riesgos específicos.

Lo que caracteriza este principio es que las prestaciones se brindan a quien las necesita y sin importar su condición social o sus aportes, sino únicamente su estado de necesidad. Por ello, las prestaciones se otorgan sin distinciones entre las personas y supone que un "trato diferenciado de los sujetos de una comunidad (.....)no puede ser tenido en cuenta a la hora de reconocer a todos los miembros de la comunidad dentro del sistema. El principio claramente es el contrario, el de que todos los miembros son tratados de la misma manera". [18]

2.3. Solidaridad

Este es el corazón de la Seguridad Social. Según APARICIO "la solidaridad para la Seguridad Social es un principio esencial sin el cual resulta del todo incomprensible" pues se "rompe el sinalagma cuota – prestación y no se trata de una proclamación demagógica, sino un principio jurídico que se expresa mediante técnicas precisas, como son la consideración conjunta de contingencias y la ruptura total del sinalagma entre las aportaciones que puedan realizar los sujetos y las prestaciones que reciban".[19]

A diferencia del régimen privado de pensiones, en el que el sinalagma cuota – prestación aparece como regla, en la Seguridad Social, todos contribuyen a fin de obtener protección, también conjunta, frente a las contingencias. El principio de solidaridad se refiere al deber que tienen todas las personas de contribuir a

16 Existe entonces un reconocimiento constitucional, pero no una concreción del carácter universal de la seguridad social ni una previsión legal de la progresividad.
17 ALONSO y TORTUERO. Obra citada. Página 30.
18 APARICIO TOVAR, Joaquín. La seguridad social y la protección de la salud. Editorial Civitas. 1989. Página 130.
19 APARICIO TOVAR, Joaquín. La Seguridad Social en la Constitución. En: El modelo social en la Constitución Española de 1978. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2003. Página 794.

financiamiento a pesar de que no reciban las prestaciones de la seguridad social de tal forma que "El principio de solidaridad determina, por último, una preferencia por el sistema de reparto como mecanismo financiero, ya que, mediante él se establece una solidaridad entre las generaciones, de ese modo el conjunto de los actuales activos, no están pagando sus prestaciones, sino la de los actuales pasivos"[20]

El régimen de Seguridad Social en pensiones funciona bajo el sistema de reparto, mediante el cuál los asegurados cotizan a un fondo común, a través del que se financian las prestaciones correspondientes. Se trata de un financiamiento con el aporte de todos para afrontar las prestaciones de quienes tienen necesidades.

Ahora bien, el sistema de reparto supone la evaluación económica de las prestaciones, de modo que "en su aplicación práctica, las prestaciones de un grupo de personas (beneficiarios) son pagadas a través de los aportes por otro grupo de personas (asegurados) por un periodo determinado, luego de calcularse los costos de las prestaciones, los gastos de administración y la formación de una reserva técnica de emergencia. Se basa en el deber de beneficiario de pagar la prestación que recibe y en la solidaridad."[21]

En relación con el principio de solidaridad y el financiamiento precisa GONZALEZ "En buena cuenta, este principio está directamente vinculado con el régimen de financiamiento que lo sustenta y permite cumplir con el rol social que se le atribuye: contribuir con el bienestar de la población. Este es un aspecto medular en la subsistencia del sistema y en su proyección en el tiempo: el equilibrio en su financiamiento que permita otorgar las prestaciones debidas, las que se determinan en función de la habilitación de fuentes de financiamiento y del monto de los recursos que son necesarios para ello. No es posible admitir una Seguridad Social sin financiamiento."[22]

2.4. Unidad

Para RENDON este principio presupone que todas las prestaciones de la S.S. deben ser suministradas por una sola entidad o un sistema de entidades

20 APARICIO TOVAR, Joaquín. La seguridad social y la protección de la salud. página 108.
21 ABANTO REVILLA, César. Obra citada. Página 420.
22 GONZALEZ HUNT, César. La necesaria reforma del sistema de seguridad social en pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el sistema público y privado a una relación de complementariedad con prevalencia del sistema privado? Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2004. Página 325.

entrelazadas orgánicamente y vinculadas a un sistema único de financiamiento.[23]

Bien podría decirse que antes que un principio se trata de un mecanismo de organización administrativa, pero lo que debe ponerse en evidencia es la necesidad de tener un sistema de S.S., con elementos interdependientes y funcionando en forma integrada y no en compartimentos estancos. Ello puede lograrse tanto en un sistema en el que se tenga una sola entidad, como en aquél que habilite a varias entidades a brindar prestaciones, pero con un financiamiento garantizado[24]. Por ello, entendemos que la seguridad social es una función de Estado, a fin de garantizar el otorgamiento de las prestaciones, su suficiencia, y la existencia misma de la seguridad social, la que no puede quedar librada a la decisión particular o privada, pues debe dirigirse a comprender como beneficiarios a todos los ciudadanos, como lógica consecuencia de la universalidad.

Ahora bien, la forma mas adecuada de garantizar esta organización y su aplicación práctica es que exista una organización sujeta a decisión, normativa y fiscalización estatal, en tanto que es deber del Estado garantizar las prestaciones de la S.S.. Ello supone que exista una función de Estado para tal finalidad, de tal forma que "El Estado, pues, por una vía o por otra, o por todas ellas, entra a formar parte del mecanismo de la seguridad social."[25] [26]

En este sentido, ALARCÓN considera que "si la seguridad social es una función de Estado, es obvio que corresponde a éste su financiamiento" y " hay que advertir que su carácter público de la financiación es compatible con una cierta autonomía funcional, que permite una gestión económica mas eficaz y transparente". [27]

Adviértase entonces que la organización administrativa, las entidades comprendidas, y el financiamiento de las prestaciones deben ser integradas en un sistema de S.S., que preserve un patrimonio, diferente al patrimonio del Estado, de modo que no se afecten las prestaciones y se garantice la continuidad del sistema.

En el caso del Perú, la primera parte del artículo 11° constitucional establece que las prestaciones de salud y pensiones se garantizan a través de entidades

23 RENDON VASQUEZ, Jorge. Derecho de la seguridad social. Página 75.

24 GONZALEZ HUNT, César. Obra citada. Página 324. "Desde el punto de vista económico una administración unitaria aliviaría los costos administrativos a entidades pequeñas y débiles que no tendrían que destinar sus escasos recursos a la Administración de, por ejemplo, las pensiones."

25 ALONSO y TORTUERO. Obra citada. Página 31.

26 Es importante advertir que este principio es propio del sistema público, como sucede en los países europeos, en que la seguridad social asume una titularidad estatal como garantía del estado social.

27 ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. Financiación de la Seguridad Social. En Revista de Derecho Social. N° 17. Editorial Bomarzo. Albacete, 2002. página 227.

públicas, privadas o mixtas. Así, la S.S. es administrada por seis instituciones: el Seguro Social de Salud (ESSALUD), el Ministerio de Salud, las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), la Oficina de Normalización Previsional (ONP), las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), los Ministerios de Defensa y del Interior.

La segunda parte del artículo 11° precisa que "La Ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado". Es decir, sólo en el caso de los regímenes de pensiones a cargo del Estado existe un mandato constitucional de administración estatal, mientras que en los regímenes privados de pensiones y de salud, lo que existe es una previsión de supervisión del Estado, cuando señala la primera parte del citado artículo 11° que el Estado además de garantizar el libre acceso a las pensiones y salud, "supervisa su eficaz funcionamiento". Es decir, la administración es abierta, pero la función estatal es de supervisión, manteniendo la administración directa en el caso de los regímenes de pensiones del Estado.

Justamente el artículo 10° de la Ley N° 28449, Ley que establece las Nuevas Reglas del Régimen de Pensiones del D.L. N° 20530, precisa en relación con la entidad administradora de las pensiones que "el Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530,... " excepto en lo relativo al pago de las pensiones. Y, agrega, además, que como entidad administradora, el MEF "debe establecer un programa de fiscalización permanente con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas vigentes".

3. **La función de redistribución de rentas** de la Seguridad Social y el financiamiento

La función de distribución de rentas de la seguridad es propia de la solidaridad y del sistema de reparto existente. Esta función, ciertamente, tiene en su base un elemento económico que permite atender, previo cálculo actuarial, las necesidades de las personas.

En efecto, como planteaba BEVERIDGE, "el plan de Seguridad Social es, en primer lugar y fundamentalmente, un método de redistribuir la renta de forma que se ponga en primer término, las necesidades más urgentes y que se haga el mejor uso posible de todos los recursos que estén disponibles"[28].

28 BEVERIDGE, William: Seguridad Social y Servicios Afines. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, p. 286.

En el mismo sentido, PASCO considera que la solidaridad busca una transferencia de recursos de los sectores más favorecidos hacia aquellos con menos ingresos, de las contingencias menos onerosas hacia las que generan mayor gasto, de las personas más alejadas del riesgo hacia las más cercanas a éste, por lo que la S.S. procura no sólo ser un mecanismo de protección sino que también crea un proceso que entraña una redistribución de la renta nacional y a través de ello, logra una elevación de la calidad de vida de la población[29].

Se trata de una redistribución que opera en diferentes sentidos[30], pero el principal es el intrageneracional y el intergeneracional, que son en definitiva las opciones en materia de reparto. La actual generación permite sustentar a quienes en este momento requieren de prestaciones[31], mientras que las generaciones pasadas que han estado aportando esperan a las generaciones futuras.

Esta función de redistribución se cumple en la S.S., sea que se trate de un sistema que sólo comprenda a los trabajadores como categoría protegida (conjuntamente con sus familiares) y aquellos sistemas en que la protección se extiende a todos los ciudadanos, permitiendo así "redistribuir el ingreso real, tanto entre generaciones como dentro de una misma generación"[32].

En realidad, la finalidad de la S.S. consiste en que, "Independientemente del sistema o modelo de Seguridad Social que examinemos, todos tienen algo en común: suponen el establecimiento de una organización que, a través de distintos mecanismos, va a distribuir la riqueza nacional con el objetivo de garantizar la seguridad económica de ciertas personas, concediéndoles prestaciones económicas o en especie."[33]

29 PASCO COSMOPOLIS, Mario: ¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social? En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 170.

30 ALONSO y TORTUERO explican que opera, "redistribuyendo los recursos de cada individuo y los de su familia a lo largo de la su vida, de forma que ahorre durante los períodos de actividad para proveerse de fondos con que atender a los de inactividad. Redistribuyendo los recursos de quienes los tienen en un período determinado y quienes no lo tienen en ese mismo período. Redistribuyendo los recursos, típico de los sistemas de reparto: (1) de las generaciones pasadas, en espera de que (2) los recursos de las generaciones futuras atiendan, cuando sin tiempo llegue, las necesidades de las generaciones hoy presentes." Obra citada. Página 37.

31 Modelo al que se refiere DURAND, Paul. La política contemporánea de la seguridad social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991. "En el sistema de reparto, la financiación de la seguridad social se organiza año por año; la cuantía global de las cotizaciones que se ingresan en el curso del año, se reparte entre los beneficiarios del sistema, del mismo año, de tal modo que el total de los ingresos cubre la totalidad de las cargas del sistema". (Year to year, pay as you go system). Página 387.

32 Envejecimiento sin Crisis. Políticas para la Protección de los Ancianos y Promoción del Crecimiento. Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo. Banco Mundial, Washington D.C., octubre de 1994, Página 9.

33 ALVAREZ CORTES, Juan Carlos. Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Manuel Ramón Alarcón Caracuel (Director). Editorial Aranzadi. 2003. Página 38.

4. El financiamiento de la Seguridad Social y de las pensiones. La intervención de los aportantes y el Estado

Las fuentes de financiamiento de las pensiones dependen en gran medida de la extensión de la protección recogida en cada ordenamiento jurídico. No es nuestro interés distinguir entre sistemas de Seguro Social o de S.S., ni mucho menos entrar a asumir una universalidad subjetiva, en la que todos cotizan, de tal forma que el aporte del Estado se dirige a cumplir su finalidad, que es precisamente el bienestar general al que todos, de una u otra forma, están contribuyendo.

Corresponde entonces destacar, a este efecto, que el financiamiento proviene de los cotizantes (trabajadores, empleadores o ciudadanos en general) y además del Estado, que puede complementar el financiamiento en orden a mejorar las prestaciones, a atender específicos requerimientos de los colectivos, o bien a garantizar que las prestaciones se cumplan de modo efectivo. El Estado busca el financiamiento a través de los impuestos, que es en definitiva una forma de redistribución de la riqueza, en tanto que éstos se destinan para actividades en beneficio de la población.

En primer lugar, entonces, se encuentran los cotizantes, cuyo aporte debería permitir la asignación de prestaciones para ellos y sus familiares. En segundo lugar, dependiendo del régimen normativo, se encuentra el empleador, cuyo pago debe permitir garantizar las prestaciones a su trabajador y familiares directos. En tercer lugar se encuentra el Estado, que no sólo se encarga de complementar sino en determinados casos, de financiar el régimen, para lo cual debe cumplir con exigencias presupuestales.

En todos los casos, los fondos deben ser garantizados en un patrimonio exclusivo que no pueda ser objeto de retiros o de utilización fuera de los fines de la S.S.. Ello se plantea en el artículo 12° constitucional cuando se indica que "Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley".

Así, los aportes y recursos del régimen no dependen necesariamente de los aportantes, aunque este debería ser el foco principal de financiamiento del sistema, en el que estos ingresos permitan atender el pago de las prestaciones debidas, sino que interviene el Estado.

Lo que varía es el grado de intervención del Estado, que puede ser mínimo o dirigido a brindar las mayores atenciones, asumiendo parte de su costo. El problema se presenta cuando los beneficiarios constituyen sólo un colectivo, y en

este caso, el aporte del Estado se ve limitado en tanto que debe dirigir recursos para otros colectivos[34], o para otras actividades propias de su función social.

II. LA POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Los criterios del TC previos a la reforma constitucional

Se presentan a continuación una serie de pronunciamientos del TC en los cuales se hace una referencia directa al financiamiento de los regímenes de pensiones y especialmente al régimen de pensiones del Estado, todos ellos anteriores a la reforma constitucional, pero que mantienen vigencia en tanto aluden a normas constitucionales diferentes a la PDFT que ha sido reformada.

1.1. El reconocimiento del elemento económico en el sistema previsional

Ya en la sentencia del 18 de junio de 2003, en la acción de amparo seguida por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), (Exp. N° 189-2002-AA/TC), el TC exhortó a legislar sobre el monto de las pensiones y el pago de los tributos.

20. Finalmente, considera este Colegiado que en aplicación de las Disposiciones Primera y Undécima de la Constitución Política del Perú y de la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Ley N° 20530, debe legislarse sobre el monto de las pensiones, a fin de que no existan abismales diferencias en la cuantía de las mismas y sin perjuicio de disponer el pago de los tributos que la ley imponga. Asimismo, estima de su deber de formular un llamado para que, de conformidad con los Principios Constitucionales respectivos, se revise y perfeccione el sistema de la Seguridad Social, teniendo en cuenta los artículos I y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948

En nuestra opinión, de este pronunciamiento se coligen dos temas: Por un lado, la reestructuración de los sistemas públicos de pensiones que a través de la unificación o de un tratamiento normativo equivalente para el Sistema Nacional

34 En el caso del régimen de pensiones del Estado del Decreto Ley N° 20530, el aporte del Estado se dirigía a cubrir no a un colectivo mayoritario, sino a un grupo de pensionistas dejando de lado a los otros pensionistas del mismo régimen, las obligaciones en el Sistema Nacional de Pensiones y otras actividades estatales, por lo que no es posible hacer una extensión de la necesidad de que el Estado garantice las mismas condiciones, sino por el contrario, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, se trata de un cambio acorde con las posibilidades económicas y el interés social..

de Pensiones (Decreto Ley N° 19990) y para el Régimen de Pensiones del Estado (Decreto Ley N° 20530), puedan reducirse las sustanciales diferencias en cuanto al monto de las pensiones. A ello se dirigió la reforma constitucional en relación con el monto de las pensiones, pero se abre ahora la revisión del futuro de las pensiones en cuanto a un sistema público común, en que se consoliden los criterios básicos de la S.S.. Nótese que el TC sustenta este considerando en la PDFT y Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución Política. La primera ha sido objeto de modificación y actualmente el financiamiento se convierte en criterio rector de los regímenes de pensiones, mientras que la segunda se refiere a la progresividad en la aplicación de las disposiciones que exijan nuevos o mayores gastos públicos, norma que también comprende temas de financiamiento de pensiones como se verá mas adelante.

Por otro lado, la posibilidad de imponer topes a las pensiones en el régimen del D.L. N° 20530. En este tema, antes de la reforma constitucional el criterio acuñado por el TC, consistía, en aplicación de la PDFT, en que los topes pensionarios eran inaplicables a quienes habían adquirido derecho a la pensión y sólo podían aplicarse a quienes adquirieron su derecho a pensión cuando se encontraban en vigencia las normas que imponían los topes pensionarios.

Los topes en las pensiones contienen en su base un elemento económico al establecer máximos en el pago de las pensiones, teniendo en cuenta que las pensiones deben ser abonadas a un conjunto de beneficiarios se aplican límites máximos, que tienen una connotación diferente a las pensiones mínimas. Mientras que en el primer caso, prima el interés por la adecuación a los recursos, en el segundo se establece una pensión mínima que con carácter de suficiencia permita cumplir la finalidad del derecho. En ambos casos, es necesario un examen económico para llegar a establecer los rangos o bandas en el monto de las pensiones.

En realidad, la imposición de topes se fundamenta en la solidaridad que sirve de base al sistema. Como precisa GETE "La función general de los límites no es otra que servir al principio inspirador de la solidaridad bien porque garantiza un suelo mínimo de prestación acorde con determinado y evolucionado concepto de suficiencia, bien porque aligerando la carga financiera que ha de soportar la seguridad social mediante el establecimiento de un techo máximo de protección se posibilita mejor dicha garantía de suficiencia en el plano colectivo. [35]

35 GETE CASTRILLO, Pedro. El nuevo derecho común de las pensiones públicas. Editorial Lex Nova. Valladolid. 1997. Página 405.

La reforma constitucional, como se reconoce en la sentencia del TC del 3 de junio de 2005, que resolvió la demanda acumulada de inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional (Ley N° 28389) y de la Ley que establece las Nuevas Reglas Pensionarias (Ley N° 28449), habilita la aplicación inmediata de las normas sobre topes pensionarios, de modo que no existan diferencias en cuanto a la sujeción de los límites en la cuantía de la pensión.

1.2. El sentido de la Segunda y Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución

a) En la sentencia del 27 de junio de 2003, correspondiente a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por los señores Adolfo Urbina Nizama, Pedro Carrasco Narváez, Jesús Jery Céspedes y don Felipe Sattler Zanatti, en representación de más de 5,000 ciudadanos contra el Congreso de la República, solicitando la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 4° y 5° de la Ley N.° 27617 (Exp. N° 002-2003-AI/TC), respecto del reajuste de periódico de las pensiones contenido en la Segunda Disposición Final y Transitoria (SDFT), el TC sostenía que:

"Ello se deriva de una interpretación concordante con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece la aplicación progresiva de aquellas disposiciones constitucionales –como la Segunda- que requieren nuevos o "mayores gastos". Y, como es obvio, "progresividad" en la aplicación de cláusulas, como es el caso de las pensiones, que requieren, a fin de cumplir con el mandato del "reajuste periódico", de "mayores gastos públicos", no puede nunca interpretarse como sinónimo de "regresividad", y ni siquiera como mantenimiento del statu quo. Claro está, ello no impone al Estado la obligación de que en este momento tenga que incrementar o reajustar el monto de dichas pensiones, pues como también se prevé en la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, ello deberá realizarse con arreglo "a las previsiones presupuestarias" y, fundamentalmente, "a las posibilidades de la economía nacional".

b) En el mismo sentido, en la sentencia del 20 de abril de 2004, en la acción de amparo seguida por Azanca Meza García contra el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Salud. (Exp. N° 2945-2003-AA/TC), el TC se pronuncia sobre el sentido de la UDFT de la Constitución de 1993.

35. Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisible la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta

un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos.

36. Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.

c) Posteriormente, en la sentencia del 5 de octubre de 2004, correspondiente a la acción de amparo seguida por José Luis Correa Condori en contra del Estado Peruano, representado por el Ministerio de Salud. (Exp. N° 2016-2004-AA/TC), el TC reitera el criterio anterior, precisando que:

37. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención acarrearía situaciones de inconstitucionalidad por omisión.(...)

En este caso, el planteamiento del TC refleja que el Estado puede incurrir en una inconstitucionalidad por omisión si se exime de su obligación de atención de las pensiones y de aplicación de mayores o nuevos gastos públicos, pues ello debe ser programado y previsto en plazos razonables. Desde nuestro punto de vista, esta apreciación constitucional es central para establecer que la incorporación de una regla legal de financiamiento y de revisión de las pensiones, pues representa un mecanismo de seguimiento a la actividad estatal de atención de las políticas sociales.

Así, la interpretación constitucional acuñada por el TC debe verse reflejada tanto en la actividad legislativa como en las políticas públicas. En el primer caso,

no se trata únicamente de tener una regulación normativa, sino que esta regulación debe contener reglas de revisión y de verificación del cumplimiento de los fines del régimen, es decir, que se aprecie una aplicación de las acciones dirigidas a los reajustes progresivos, mientras que en el caso de las políticas públicas, éstas deben evidenciar el interés efectivo por la puesta en práctica de políticas sociales que evidencien una progresividad en el mejoramiento de éstas.

1.3. El principio de equilibrio financiero

En la sentencia del 31 de diciembre de 2004, en la demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo. (Exp. N° 004-2004-CC/TC), el TC incorpora el principio de equilibro financiero y el de anticipación como requisitos de actuación formal y sustantivo del Estado. Es de destacar que este principio no se refiere exclusivamente a pensiones sino al balance en los gastos e ingresos en los que se sustenta la atención de las políticas públicas.

9.3 Principio de equilibrio financiero

Previsto en el artículo 78.° de la Constitución, que establece que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país.

9.7. Principio de anticipación

Previsto en los artículos 78.° y 80.° de la Constitución, que presupone la obligación de que la Ley de Presupuesto sea aprobada con anterioridad a su ejecución, y que, para ello, el Estado programe financiera y administrativamente sus actividades y proyectos, en atención a determinadas y preestablecidas metas y proyectos.

1.4. Progresividad en el gasto y derechos económicos y sociales

En la sentencia del 8 de julio de 2005, correspondiente a la demanda de amparo interpuesta por Manuel Anicama Hernández contra la ONP (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), el TC alude a las características de los derechos económicos y sociales, como la pensión:

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones

prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que"[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente".(...)

16. Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

2. La sentencia del 3 de junio de 2005. Los principios de la Seguridad Social en pensiones

Se enuncian a continuación los principios sociales que sustentan el derecho a la pensión y que forman parte de la interpretación constitucional contenida en la trascendente sentencia del 3 de junio de 2005. Desde nuestro punto de vista, estos principios conforman la base de la S.S. en el Perú y han sido analizados bajo el prisma de la situación económica en la que se encontraba el régimen de pensiones del Estado, pero no se limitan a éste sino que son de aplicación general. Ello se aprecia en la propia sentencia (especialmente el Fundamento 90 sobre el gasto público) en la que se hace una referencia directa a la situación económica del régimen de pensiones, en la que se citan informes del MEF.

El TC asume la existencia de cinco principios: solidaridad, dignidad, igualdad, progresividad y equilibrio presupuestal, todos ellos vinculados a la exigencia de una pensión como derecho subjetivo constitucional.

2.1. El principio de solidaridad

El TC encuentra la base de este principio en el artículo 43° de la Constitución relativo a la cláusula de estado social y democrático de cada persona por los fines sociales del Estado, "de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación de priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de las mayoría de los pensionistas, así como la de acabar con los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario". (Fundamento 48).

Citando la sentencia del expediente N° 001-2002-AI, correspondiente al señor Ángel Guillermo Herrera, sobre la constitución del Comité Especial Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, el TC resalta la vinculación existente entre la S.S. y el principio: "Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido."

Este principio y su carácter de redistribución había sido desarrollado en una anterior sentencia, consolidando este criterio: "Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad"[36].

2.2. El principio de dignidad

El TC señala que "la seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial para garantizar la vida no sólo plena en su faz normal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna". Agrega que "Por

36 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 140.

tal razón, una pensión constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad. De tal forma, pues, se infiere la existencia de un derecho a la dignidad pensionaria". (Fundamento 46).

En esta misma línea, SUPIOT propone rescatar el principio de dignidad dentro de un marco internacional de aplicación de la S.S.. Sostiene así que "atribuir a cada miembro de la sociedad derechos fundados en su capacidad para aportar algo, es reconocer plenamente su propia dignidad. Negar al ser humano su capacidad de aportar algo a sus semejantes es, al contrario, un atentado contra su dignidad."[37] Y agrega: " si la seguridad social ha aparecido como una manifestación del principio de dignidad, es porque inviste a los seres humanos del derecho a tener una vida decente, cualquiera que sean sus vicisitudes físicas o materiales de dicha vida."

En este caso, la construcción del principio de dignidad en la pensión, se genera por la calidad de presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. Adviértase entonces que el TC no se basa aquí en la definición y contenido del derecho a la S.S. antes expuesto, sino que desde una perspectiva constitucional, la dignidad es parte esencial del ejercicio de los derechos. Es interesante destacar, que este enfoque, diferente al del Derecho del Trabajo y de la S.S., coincide con el planteamiento del examen de las normas internacionales de la OIT antes comentado.

2.3. El principio de igualdad

Nuevamente aquí el TC aplica el criterio de la igualdad desde la perspectiva constitucional y no desde la visión de la S.S., en cuanto al otorgamiento igualitario de las prestaciones a los beneficiarios con independencia de su condición social.

Para el TC, "este Tribunal deberá apreciar si el legislador pretende corregir, con medidas razonables y proporcionales, situaciones sociales de desigualdad, o si, acaso, las medidas dictadas han sido consecuencia de nuevas situaciones discriminatorias. El criterio de evaluación para ello será el del beneficio de todas las personas que reciben pensión, y no exclusivamente el de los que están adscritos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530". (Fundamento 47).

En el mismo considerando, el TC señala que "el respeto al principio de igualdad se constituye como un límite a dicha competencia, debido a su

37 SUPIOT. Obra citada. Página 72.

condición de universalidad, propia del sistema de seguridad social conforme a lo señalado por el artículo 10 de la Constitución; asimismo, el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad".

2.4. El principio de progresividad respecto de la pensión.- (Fundamento 49).

Alude a que "la efectividad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en breve período de tiempo.". Sigue aquí la referencia anotada en pronunciamientos anteriores en el sentido de que la atención progresiva en la universalidad, debe ser un fin que requiere de atención estatal y no una inacción.

2.5. El principio de equilibrio presupuestal respecto de la pensión.- (Fundamento50)

Según el TC, al proceder al pago de la pensión el Estado debe observar el principio de equilibro en su presupuesto a que se refiere el artículo 78° de la Constitución Política. Ahora bien, los argumentos económicos no son en estrictoimpertinentes.

Es más, luego de citar el nuevo texto, indica en forma expresa que "en tanto la Constitución trasciende su connotación de norma de organización política para sentar las bases mínimas indispensables de convivencia social identificado con el principio de dignidad humana, los criterios fundados en el orden constitucional económico y en los principios que lo informan, no pueden ser tachados como impertinentes para justificar, cuando menos en parte, la modificación del ordenamiento constitucional."

Con este razonamiento puede asumirse entonces que la sostenibilidad financiera del régimen de pensiones, se relaciona directamente con la sociedad y orden constitucional económico.

3. La sentencia del 3 de junio de 2005: La Seguridad Social como garantía institucional del derecho a la pensión.

En la misma sentencia, el TC establece que la S.S. que deben estar contenidos en la legislación a fin de no vaciar de contenido el derecho a la S.S. a

que se refiere el artículo 10° de la Constitución. Se trata entonces de requisitos para la configuración legal del derecho, pues la ley debe contener:

"En primer lugar, las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que no sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación, En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado supra, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social." (Fundamento 55).

Siendo así, el derecho a la pensión constituye una manifestación – no única por cierto – de la garantía institucional de la seguridad social. (Fundamento 56)

Ello requiere, además, de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. (Fundamento 88), de tal forma que los Estados deben adoptar medidas con tal objeto. No se trata de una declaración sino que estas medidas deben tener un plano de verificación práctica.

Siendo así, en la interpretación constitucional se incorporan como principios aquellos propios de la S.S. y otros que forman parte de la finalidad del Estado que es la persona humana, de modo que principios como el de dignidad y el de igualdad tienen connotaciones especiales y se integran en la defensa del derecho a la S.S. como derecho constitucional. Por otro lado, como garantía institucional que la Constitución reconoce, la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa, la misma que debe cumplir estos presupuestos para no vaciar de contenido el derecho en el ordenamiento normativo.

III. BASE CONSTITUCIONAL Y CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA PENSION. La exigencia de la sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones actuales y futuros.

1. La base constitucional

Dentro de los derechos económicos y sociales, la Constitución regula el régimen de la Seguridad Social y pensiones en los artículos 10°, 11° y 12° y en la PDFT, SDFT y UDFT.

En el caso del artículo 10°, como se ha anotado, se reconoce un derecho universal y progresivo a la Seguridad Social. No se limita a la condición de

trabajador sino que se proyecta hacia una universalidad subjetiva, de acuerdo a las contingencias que precise la ley y con la finalidad de la elevación de la calidad de vida.

Respecto a la Seguridad Social, el TC considera que es la garantía institucional que expresa por excelencia la función del Estado. Aunque no aparece en el texto constitucional, el TC reconoce la titularidad estatal de la función, y la vincula a los "principios de progresividad, universalidad, y solidaridad y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida." (fundamento 54 de la sentencia del 3 de junio de 2005).

Por su parte, en el artículo 11° constitucional se garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones. En este texto, se admite la posibilidad del sistema privado de pensiones, aunque este no sea propiamente un régimen de S.S.. Al respecto, el TC señala:

163.-El artículo 11 reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto de los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos :libre acceso y retiro, así como una pensión digna. (sentencia del 3 de junio de 2005)

Se aprecia entonces que los principios que sustentan esta norma son diferentes a los expresados respecto del artículo 10°. En este caso, los objetivos son libre acceso y retiro y una pensión digna, sin entrar a revisar la solidaridad, propia de la Seguridad Social, de tal forma que el sistema privado tiene habilitación constitucional.

El artículo 12° contiene un mandato directo de la intangibilidad de los fondos y reservas de la S.S. y de la utilización de los recursos en los términos que establece la ley. Aquí se aprecia una referencia directa a las cuestiones económicas, no sólo respecto de la intangibilidad de los fondos, sino especialmente a que los recursos se utilizan en los términos que establece la ley, de modo que es la norma jurídica de nivel legal la que debe establecer el destino. Es decir, debe existir una disposición en tal sentido como parte de la organización del régimen de pensiones, que garantice la utilización en los fines de la S.S.

Las DFT de la Constitución también se ocupan del tema pensionario. La PDFT es la que ha acuñado la referencia a la sostenibilidad financiera. La SDFT establece que el Estado garantiza el pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que

éste destine para tales efectos y a las posibilidades de la economía nacional, lo que parte del supuesto que el Estado participa en el financiamiento de las pensiones públicas, pero se sujeta a sus posibilidades económicas. Cabe precisar que al haber sido modificada la PDFT hay un doble juego de la exigencia de sostenibilidad financiera: por un lado, la de la PDFT y, por otro, el de las previsiones presupuestarias y las posibilidades de la economía nacional.

Finalmente, la UDFT, relativa a la aplicación progresiva de las disposiciones constitucionales que exijan nuevos o mayores gastos públicos, si bien tiene un campo de aplicación general, el TC lo aplica en la interpretación constitucional del pago de las pensiones.

2. Configuración legal

El marco constitucional quedaría sin contenido, si no se contara con una regulación normativa legal que permitiera "delimitar su contenido protegido". (Fundamento 55. Sentencia del 3 de junio de 2005).[38]

El TC ha establecido que la ley debe tener normas relativas a las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de S.S., las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación y regirse por el principio de solidaridad. En este sentido, la solidaridad supone un sistema de reparto y la existencia de medidas dirigidas a ponerlo en práctica, a revisarlo y a verificar su efectividad. Este es el aspecto principal a tener en cuenta en una modificación pensionaria y en el que tiene cabida una referencia directa a la sostenibilidad financiera. No es posible aplicar la solidaridad sin una previsión de medidas dirigidas a garantizar su efectividad y control.

2.1 Las fuentes de financiamiento del régimen de pensiones y los estudios actuariales.

Una primera exigencia de la sostenibilidad financiera es la previsión de las fuentes de financiamiento y de estudios actuariales.

En el caso del D.L. N° 19990, las normas originales establecían en cuanto a su organización financiera que estas fuentes eran las aportaciones de los empleadores y de los asegurados; el producto de las multas y recargos por las

38 En este sentido, véase MONEREO PEREZ, José Luis. El derecho a la seguridad social. En Comnetrarios a la constitución Socio Laboral de España. Editorial Comares.2002. Página 1426.

infracciones a este D.L. y su Reglamento; el rendimiento de sus inversiones; los intereses de sus capitales y reservas; y las donaciones que por cualquier concepto reciba.

La Ley N° 26504 estableció que los aportes al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), ascendían a 11% y luego no menores a 13% de la remuneración asegurable y que eran de cargo del asegurado, precisando que el porcentaje podía ser incrementado mediante Decreto Supremo refrendado por el MEF con la opinión técnica de la Oficina de Normalización Previsional.

El financiamiento no sólo se obtiene de los aportes sino también del Estado. "En aquellos países en donde el sistema funciona en base a los aportes (como en el Perú), se utilizan las estimaciones actuariales, que se materializan en los cálculos efectuados por un actuario (de ahí su nombre: cálculo actuarial) a partir de la matemática probabilística para determinar un plan financiero elaborado en base al estimado de la evolución probable de los recursos (ingresos) y obligaciones (prestaciones y número de asegurados) en determinado periodo de tiempo: corto (un año), mediano (5 años) o largo (10 años)."[39]

2.2. El régimen financiero.

Una segunda referencia la constituye el régimen y organización financiera. Según el artículo 19° del D.L. N° 19990 el régimen financiero del SNP operaría en base al sistema de prima escalonada. Bajo responsabilidad del Gerente General de la Caja Nacional de Pensiones, en períodos no mayores de cinco años, se efectuarían obligatoriamente estudios actuariales para determinar si los ingresos y reservas del SNP garantizan su equilibrio financiero. Esta es una previsión legal pero el tiempo evidencia una crisis del sistema lo que nos coloca en una exigencia de contar con mecanismos de control y seguimiento.

En la prima escalonada se recauda "una suma determinada por aportes obtenida de un porcentaje de la remuneración de los trabajadores (asegurados), que pueda ser reajustada (de ahí su nombre: escalonada) cada vez que exista desequilibrio entre ingresos y egresos. En el Perú coexiste el sistema de reparto con prima escalonada (Decreto Ley N° 19990, y N° 20530) con el de

39 ABANTO REVILLA, César. Obra citada. Página 434. Sobre el tema y desde una perspectiva económica, véase el estudio sobre las técnicas actuariales de THULLEU, Meter. Técnicas actuariales de la seguridad social. Regímenes de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes. Colección Informes OIT. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1995.

capitalización individual (Sistema Privado de Pensiones)."[40] Esta opción u otra deben ser definidas y establecidas en la norma jurídica.

2.3. El destino del ahorro y la intangibilidad del fondo.

En concordancia con el cuarto párrafo de la PDFT, la Ley N° 28449 establece que los recursos provenientes de la aplicación de topes, serán transferidos al Fondo para la Asistencia Previsional para financiar los incrementos de las pensiones.

Es decir, los regímenes pensionarios deben contar con disposiciones que permitan la subsistencia sino la mejora del sistema. Ello, como dice el TC respecto de la interpretación constitucional del cuarto párrafo de la PDFT, "resulta vinculante para todos los poderes públicos, de manera tal que sería inconstitucional todo acto mediante el cual se destine parte de los recursos que provengan de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, a asuntos que no se encuentren directamente relacionados con la optimización del sistema de seguridad social del Estado". Esta apreciación es trascendente para asumir la necesidad de un patrimonio exclusivo de la seguridad social, distinto al del Estado y además que tales recursos permitan la mejora del sistema. [41]

Aquí se encuentra una pieza importante en la asimilación de la sostenibilidad financiera tanto en la ordenación normativa de los regímenes actuales como de aquellos que se establezcan con ocasión de una reforma.

3. Una regla a incorporar en los regímenes de pensiones

El sistema de pensiones comprende tanto el ejercicio del derecho como la administración de los recursos que se utilizan para el pago de las pensiones. Uno y otro elemento son interdependientes entre sí y no pueden ser examinados en forma aislada. Un criterio para integrar la idea del "sistema" es precisamente la

40 ABANTO REVILLA, César. Obra citada. Página 438 y siguientes.

41 Incluso, respecto de la rentabilidad de las inversiones, el reglamento del Decreto Ley N° 19990, D.S. N° 011-74-TR, establecía que la rentabilidad efectiva neta anual de cada inversión real se calcularía dividiendo el rendimiento total proyectado para el período en que debe recuperarse el capital, entre el número de años de dicho período. Estas normas establecían obligaciones de verificación de resultados y de revisión periódica al finalizar cada ejercicio contable de modo que si no se obtenía el resultado previsto en el ejercicio, el Consejo Directivo de Seguro Social del Perú adoptaría las medidas pertinentes, previo informe del Gerente General. No bastan este tipo de normas sino que es necesario un mecanismo de seguimiento y control.

42 Las relaciones entre ambos sistemas vienen dadas, de entrada, por las afiliaciones. Este tema ha sido revisado en términos económicos y jurídicos por el Informe Defensorial N° 99 "El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado".

sostenibilidad financiera, que no se agota en la comprobación de existencia de recursos económicos, sino que comprende la previsión legal de un financiamiento, de estudios actuariales, de una organización financiera y de normas de verificación de resultados y de revisión del régimen de intangibilidad. Ello es parte del sistema de reparto y de la solidaridad que es propia de la S.S. y que el TC reconoce como parte de la configuración legal del derecho a la pensión.

Admitida la exigencia de la solidaridad en las pensiones públicas, el paso que el propio TC anuncia respecto de la reforma pensionaria es, en primer término, la unificación de los regímenes públicos (D.L. 19990 y D.L. 20530):

"En tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva.

Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad, y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad, según reza el artículo 10 de la Constitución. (fundamento 163 de la sentencia del 3 de junio de 2005)".

En este régimen unificado, la sostenibilidad financiera, como se ha expresado, ha adquirido base constitucional expresa y debe ser también objeto de configuración y desarrollo legislativo.

El régimen privado, si bien no participa de la solidaridad, sí debe garantizar una pensión digna, lo cual supone también una medición de los recursos destinados para tal fin, por lo que la sostenibilidad financiera se constituye como un criterio rector de este sistema. En nuestra opinión, empero, la reforma pensionaria debe incluir normas de vinculación entre el sistema privado y el sistema público de pensiones, pues la existencia y desarrollo de uno no puede determinar defectos inmanejables en el otro, pues ambos tienen protección constitucional. Así, una visión general de los regímenes de pensiones permitiría una adecuada normativa y organización al interior de cada régimen y una garantía externa de funcionamiento de ambos sistemas. 42 Se trata de asegurar una protección interna de existencia de cada régimen y al mismo tiempo una protección externa, en la que bajo el prisma de un sistema general de pensiones se garantice una adecuada relación entre ambos regímenes, sin caer en compartimentos estancos en el que la existencia de uno pueda perjudicar al otro y viceversa. Es decir, la revisión legislativa no se agota en cada regimen, sino un enfoque de ambos, si bien independientes, con previsiones que permitan su desarrollo conjunto.

Según lo expuesto, la sostenibilidad financiera es un criterio rector del régimen del Decreto Ley N° 20530 y de las modificaciones en los regímenes públicos y alcanza también al régimen privado. En nuestra opinión, se trata de un criterio constitucional que debe ser incorporado a la legislación ordinaria como un mecanismo de defensa de los derechos de pensión, de modo que los beneficiarios puedan conocer y tener la garantía de un eficaz cumplimiento de las prestaciones, al tiempo que se genera una obligación estatal de incorporar este criterio en la legislación y de hacerlo efectivo.

Debe quedar claro que según la Cuarta DFT se refiere a las modificaciones que se introduzcan en los regímenes actuales, que obviamente no puede quedar limitado al D.L. N° 20530 sino que comprende también el D.L. N° 19990 y el Sistema Privado de Pensiones. Y, además, alude a los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, lo cual habilita la incorporación de la sostenibilidad financiera en toda reforma pensionaria. Este enfoque no puede ser soslayado en la revisión y evaluación de los regímenes pensionarios, mas aún cuando con legitimidad se propone revisar el futuro de las pensiones en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

- ABANTO REVILLA, Cesar. La Constitución Comentada. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2006.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. Financiación de la Seguridad Social. En: Revista de Derecho Social. N° 17. Albacete. 2001.
- ALMANSA PASTOR, Jose. Derecho de la Seguridad Social. Sexta Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1989.
- ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. Instituciones de Seguridad Social. Décimo Séptima edición. Editorial CIVITAS, Madrid, 2000.
- APARICIO TOVAR, Joaquín. La seguridad Social y la protección de la salud. Editorial Civitas. 1989.
- APARICIO TOVAR, Joaquín. La evolución regresiva de la seguridad social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo. En : Revista de Derecho Social. N° 19. Albacete. 2002.
- APARICIO TOVAR, Joaquín. La Seguridad Social en la Constitución. En: El modelo social de la Constitución Española de 1978. (1978-2003). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. España. 2003.
- ALVAREZ CORTES, Juan Carlos. Comentarios a la Ley General de la

Seguridad Social. Autores Varios. Manuel Ramón Alarcón Caracuel (Director). Editorial Aranzadi. 2003.

- AUTORES VARIOS. Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Alan Supiot Coordinador. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999.
- BANCO MUNDIAL. Envejecimiento sin Crisis. Políticas para la Protección de los Ancianos y Promoción del Crecimiento. Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo. Washington D.C., 1994.
- BEVERIDGE, William. Seguridad Social y servicios afines. Ministerio de Trabajo y seguridad Social. Madrid. 1989.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. El modelo constitucional de protección social. En: El modelo social en la Constitución Española de 1978. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. España. 2003.
- DURAND, Paul. La política contemporánea de Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. España. 1991.
- FAJARDO CRIVILLERO, Martín. Teoría General de la Seguridad Social. 1° Edición, Ediciones Luis Alfredo, Lima 1992.
- GETE CASTRILLO, Pedro. El nuevo derecho común de las pensiones públicas. Editorial LEX NOVA, Valladolid. 1997.
- GONZALEZ HUNT, César. La necesaria reforma del sistema de seguridad social en pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el sistema público y privado a una relación de complementariedad con prevalencia del sistema privado? Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2004.
- GRUAT, Víctor. Pertinencia, principios de la seguridad social y reforma de las pensiones. En: Las pensiones en América Latina. Dos décadas de reforma.
- JIMÉNEZ, Adolfo. Reflexiones sobre las reformas de los sistemas de pensiones en América Latina. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social. Número extraordinario. 2006.
- MARTIN VALVERDE, Antonio; GARCIA MURCIA, Joaquín. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aranzadi Editorial. 2002.
- MONEREO PEREZ, José Luis. El derecho a la seguridad social. En: Comentarios a la Constitución Socio Económica de España. Editorial Comares. Granada. 2002.

- MONEREO PEREZ, José Luis. La nueva fase del Pacto de Toledo: el acuerdo para mejora y el desarrollo del sistema de protección social. En: Revista Relaciones Laborales N° 24. Madrid. 2001.
- MORGADO VALENZUELA, Emilio. La seguridad social en las Constituciones en Latinoamérica. En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Adec ATC. Lima. 1993.
- MORGADO VALENZUELA, Emilio. Reforma de la Seguridad Social en Chile: El Sistema de Pensiones por vejez. En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998.
- PLA RODRIGUEZ, Américo. Financiación de la Seguridad Social. En: Estudios de la Seguridad Social. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. 1999.
- PASCO COSMOPOLIS, Mario. ¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?. En: Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica. Secretaría General de la OISS. Madrid, 1998.
- RENDON VASQUEZ, Jorge. Derecho de la Seguridad Social. Editorial Tarpuy. Lima 1981.
- RODRIGUEZ RAMOS, Maria José; GORELLI HERNANDEZ, Juan; VILCHEZ PORRAS, Maximiliano. Sistema de Seguridad Social. Editorial Tecnos. Sexta edición. 2004.
- SUPIOT, Alain. Esbozo de un Acuerdo Marco relativo a la extensión de la protección social. En: Revista Relaciones Laborales. N° 15-16. Año XXVII. 2006.
- THULLEU, Meter. Técnicas actuariales de la seguridad social. Regímenes de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes. Colección Informes OIT. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1995.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN Y EL FUTURO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

*César González Hunt**

"La solidaridad es esencial para la seguridad social.
No se trata de un ingrediente opcional o contingente que puede existir o no. Es un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser".

Américo Plá Rodríguez, Sin solidaridad no puede haber seguridad social, 1998

Sumario

Introducción. I. El marco constitucional de la Seguridad Social en Pensiones y su compatibilidad con el modelo normativo adoptado. II. El diseño constitucional de la Seguridad Social en Pensiones y su nuevo modelo legal. III. Los condicionantes impuestos por la doctrina del Tribunal Constitucional a la reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Estando próximo ha cumplirse trece años de vigencia de la Constitución Política del Estado, la denominada cuestión pensionaria ha generado entre

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Comisión Organizadora del Segundo Congreso Nacional de la SPDTSS.

algunos de sus principales protagonistas (centralmente el Estado y el ente gremial representativo de las Administradoras de Fondos de Pensiones) un particular consenso respecto de la necesidad de acometer una profunda reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones[1][2].

Ciertamente la génesis de este consenso se labra en la constatación fáctica del estado de crisis que atraviesa el Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el país, centralmente el Público[3], aún cuando el Sistema Privado no se ha encontrado exento de cuestionamientos, incluso algunos provenientes de sus propios afiliados[4].

A tal efecto, resulta de particular interés analizar desde una perspectiva jurídico constitucional la viabilidad de la reforma de los Sistemas de Seguridad Social en Pensiones a partir de los dos escenarios que, a nuestro entender, estarían propuestos en el tercer tema del Congreso Nacional Nuevos Desafíos del Sistema Previsional Peruano: Modelo Complementario o Alternativo de Pensiones, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, a saber:

1 En este punto cabe recordar los alcances de los Informes Defensoriales N° 085 "La Situación de los Sistemas Públicos de Pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral", aprobado mediante Resolución N° 012-2004/DP del 25 de mayo de 2004 y N° 99 "El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", aprobado mediante Resolución N° 031-2005/DP del 14 de noviembre de 2005; el Marco Macroeconómico Multianual 2007 – 2009 en el apartado referido a los retos de la Política Fiscal para el período 2006 – 2011, aprobado en Sesión de Consejo de Ministros del 24 de mayo de 2006; así como la propuesta de un sistema único integrado de pensiones que impulsa la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en coordinación con las AFP y las entidades públicas involucradas en materia previsional que se anuncia será presentada en el mes de marzo de 2007.

2 Aun cuando resulta por demás evidente que el exacto sentido de la reforma y sus alcances no han sido precisamente consensuados, a tenor de las líneas matrices de las propuestas que propugnan, de un lado, la Defensoría del Pueblo a través de sus Informes Defensoriales y el Gobierno Central a través del Marco Macroeconómico Multianual y, del otro, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP en coordinación con las AFP.

3 Sobre el tema y por todos cabe remitirse a las ponencias oficiales y libres presentadas en el tema III "Futuro de las Pensiones en el Perú: Sistema Privado y Sistema Público" del Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Trujillo, 27, 28 y 29 de octubre de 2004) publicadas en: AA.VV.: "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

4 Nos referimos concretamente al pedido de "libre desafiliación" del Sistema Privado de Pensiones (SPP) y reincorporación al Sistema Nacional de Pensiones promovida por quienes consideran que su afiliación al SPP resultó contraria a sus intereses, pues en el Sistema Público obtendrían una pensión de jubilación superior a la que les correspondería en el Sistema Privado. En este punto cabe recordar que con fecha 12 de agosto de 2006 la Presidencia del Consejo de Ministros presentó al Congreso de la República un proyecto de Ley aprobado por el Poder Ejecutivo sobre esta materia.
En adición a este colectivo, existe otro que postula la libre afiliación y reversibilidad de la elección entre Sistema Público y Sistema Privado sin limitaciones. Una posición contraria a esta última posibilidad la expresa Alfonso DE LOS HEROS PEREZ-ALBELA basado en la distinta naturaleza de los sistemas y el perjuicio que se derivaría de tal proceder, conforme aparece de DE LOS HEROS P.A., Alfonso: "Realidad y Perspectivas del Sistema Privado de Pensiones", publicado en: AA.VV., Ob. Cit., p. 418.

(i) La reforma integral del Sistema Público de Pensiones manteniendo el carácter alternativo entre el Sistema Público y el Sistema Privado de Pensiones, tal como ocurre en la actualidad; y
(ii) La coexistencia complementaria entre el Sistema Público de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones brindando ambos pensiones a todos los afiliados activos. El Sistema Público garantizaría una pensión mínima y el Sistema Privado brindaría una pensión complementaria.

Claro está, cabe advertir desde el inicio, que en el contexto de una reforma de la Seguridad Social en Pensiones, los propuestos no son los únicos escenarios que pueden plantearse, pues caben matices en su formulación, pero son los que tienen un marco constitucional.

Y, desde la entrada en vigencia de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional ha venido acuñando a través de una serie de pronunciamientos una línea directriz de interpretación en torno a los preceptos constitucionales que directa o indirectamente contienen previsiones en torno a la materia pensionaria. A tal efecto, cabe recordar las trascendentes consideraciones sobre el particular vertidas en la reciente sentencia del 3 de junio de 2005[5] en las demandas de inconstitucionalidad promovidas contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú y contra la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530[6]; pronunciamiento que por su enorme trascendencia será recurrentemente citado a lo largo de nuestra ponencia.

El trabajo propuesto habrá de abordar, en primer término, una aproximación a los preceptos constitucionales involucrados desde una perspectiva doctrinaria complementada por los pronunciamientos que sobre el particular ha emitido el Tribunal Constitucional, a efectos de analizar su compatibilidad con el modelo legal vigente de Seguridad Social en Pensiones.

5 Ampliamente comentada en ABANTO REVILLA, César: "Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530" y en GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALEZ HUNT, César: "Seguridad Social, derechos fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005"; ambos artículos publicados en Diálogo con la Jurisprudencia N° 82, Lima, julio 2005, pp. 19 – 36.

6 Expedientes Nos. 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC y 009-2005-AI/TC (Acumulados) en los seguidos por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República.

Reconocida en sede constitucional la viabilidad de un modelo alternativo de prestaciones pensionarias que habilita la coexistencia de los sistemas público y privado en competencia a efectos de adscribir a quienes han de resultar sus futuros beneficiarios, habrá de analizarse en este punto si se han dado las condiciones necesarias para que se produzca una genuina libre elección del sistema al que se desea pertenecer que sea compatible con el diseño constitucional de Seguridad Social en Pensiones, o si el devenir de tal escenario ha creado desajustes técnicos que afectan directamente la misma configuración del Sistema Público de Pensiones generando la necesidad de replantear el modelo adoptado.

Esta primera cuestión es de suma importancia porque de su respuesta depende la solución sobre el desarrollo legislativo del propio sistema de pensiones a partir de las previsiones constitucionales. Así, siendo indubitable que existe un mandato constitucional en materia de Seguridad Social en Pensiones, su alcance será distinto según se concluya que se describe un modelo acabado de Seguridad Social en Pensiones, o por el contrario, nos encontramos ante la necesidad de efectuar ajustes al modelo que lo hagan compatible con los principios rectores de la Seguridad Social.

Acto seguido se buscará determinar, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional, los presupuestos o condicionantes, es decir, los límites impuestos por la Constitución al legislador ordinario en un escenario de reforma del sistema, en tanto que la pensión constituye un derecho fundamental de configuración legal.

Esta aproximación al tema propuesto desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional no carece de importancia si recordamos que el Tribunal Constitucional se erige en supremo intérprete de la Constitución, por lo que un cabal conocimiento de sus pronunciamientos nos permitirá apreciar como se delimita este derecho social de contenido económico.

Cabe advertir que este ejercicio de análisis jurisprudencial no tiene por objeto un afán de conocimiento totalizador; de lo que se trata es percibir que los pronunciamientos en esta materia son suficientemente significativos y constituyen una verdadera línea de pensamiento del Tribunal que permiten extraer válidas conclusiones sobre sus alcances.

Como no puede escapar al conocimiento de cualesquiera operador del Derecho, la correcta comprensión de la regulación de la Seguridad Social en Pensiones no sólo pasa por conocer los alcances de la norma positiva sino tarea igualmente trascendente es conocer las reglas capitales de interpretación

desarrolladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A tal cometido nos abocaremos en la presente ponencia.

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MODELO NORMATIVO ADOPTADO

Como adelantáramos en la Introducción, lo que pretende dilucidarse en este punto es si existe en la formulación constitucional una adscripción a un modelo determinado de Seguridad Social en Pensiones[7], y si tal eventual encuadramiento resulta ser compatible o no con la normativa legal preexistente.

En otras palabras, lo que se pretende es determinar a qué modelo responde el sistema peruano de Seguridad Social en Pensiones: si al modelo bismarckiano de corte profesional–contributivo[8] o al beveridgeano de corte asistencial–universalista[9]. Claro está que tal encuadramiento resulta ser relativo, en tanto que en el actual estadio de evolución de la Seguridad Social no puede postularse la existencia de un modelo puro[10].

Como punto de partida cabe apreciar que en su devenir histórico, el modelo imperante en nuestro país ha sido esencialmente profesional–contributivo, en

7 Enfoque doctrinal que, en el caso español, es seriamente cuestionado por Joaquín APARICIO TOVAR al considerarlo inconducente, pues deriva en el reconocimiento que no existe modelo alguno, de lo que se podría concluirse que el legislador puede hacer casi todo. A entender del reconocido profesor español, corresponde al legislador - en uso del pluralismo político – ordenar los elementos del sistema como crea conveniente, "siempre y cuando se mueva dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, que viene determinado, (...) entre otros medios, por el respeto del contenido esencial de la institución y por la suficiencia de las prestaciones"; APARICIO TOVAR, Joaquín: "La Seguridad Social en la Constitución" publicado en: "El modelo social de la Constitución Española de 1978 (1978-2003)", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 788. A nuestro entender, tal reparo no puede ser extendido al caso peruano pues la determinación del modelo en nuestro caso si resulta un ejercicio útil de análisis.

8 Este modelo concibe a los seguros sociales como regímenes obligatorios de carácter nacional e institucionalizados normativa, administrativa y financieramente. La organización de estos seguros es caracterizada como corporativa, de alcances limitados a los aportantes y de responsabilidades administrativas en función de las disponibilidades. Sobre los alcances de este modelo normativo de Seguridad Social, ver: BERNEDO ALVARADO, Jorge: "Ganancia para algunos y desprotección para todos", Bocetos, Lima, 2000, p. 11.

9 Este modelo plantea un nuevo diseño de Seguridad Social que tiene por objetivo prioritario la atención del ciudadano ante los riesgos y siniestros (conocidos actualmente como contingencias sociales) que inexorablemente se han de presentar. Tiene como eje central la redistribución de la riqueza, proponiendo la sustitución del sistema financiero de capitalización por el de reparto que exige aportaciones a un fondo común. BEVERIDGE, William: "Seguridad Social y Servicios Afines", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1989.

10 Como lo enfatiza Yolanda SÁNCHEZ-URAN AZAÑA cuando citando una obra colectiva coordinada por D. PIETERS recuerda que en Alemania existen aportaciones estatales, además de las cotizaciones de trabajadores y empleadores, en los seguros de vejez, invalidez y desempleo, financiando la totalidad de prestaciones de seguridad social fuera de la esfera de los seguros sociales. Y que en Inglaterra se han establecido prestaciones contributivas que cubren las contingencias de desempleo, vejez, invalidez, muerte, accidente de trabajo, enfermedad y maternidad, financiadas básicamente a través de cotizaciones del empleador y los trabajadores. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda: "Seguridad Social y Constitución", Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 24.

tanto que la protección se ha circunscrito en su ámbito subjetivo a quienes realizan una actividad profesional de la cual procuran sus ingresos, en función de los cuales contribuyen al sistema; así como en su ámbito objetivo, pues las prestaciones que otorga el sistema se reciben como consecuencia de la cotización al mismo, cumpliendo una función de sustitución de las rentas percibidas con anterioridad a la ocurrencia de la contingencia protegida, con independencia de la situación de necesidad que se pudiera padecer.

Una primera aproximación al artículo 10° de la Constitución de 1993 pareciera mostrar un acercamiento al modelo asistencial–universalista en tanto éste reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley[11].

No obstante, de la revisión del Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático (CCD)[12], aparece que el reconocimiento del derecho universal a la seguridad social alude a una aceptación declarativa de la existencia del derecho[13], llevando, por ende, a identificar este derecho como uno de preceptividad diferida. Es precisamente por ello que la norma constitucional, luego de reconocer el derecho universal a la seguridad social enfatiza que éste es progresivo, poniendo de relieve su condición de derecho fundamental social con una postulación programática.

Lo anterior no significa en modo alguno el desconocimiento de su condición de derecho fundamental o que su reconocimiento dependa de su nivel de exigibilidad, pues como señala el Tribunal Constitucional al referirse a la efectividad de los derechos sociales:

"No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente

11 En este punto cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto y contenido de la seguridad social. Así, ha señalado: "(...) la seguridad social (...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad" (Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI/TC, fundamento 14). Igualmente, ha sostenido que la seguridad social: "Se concreta en un complejo normativo estructurado – por imperio del artículo 10 de la Constitución – al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida" (Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 54).

12 Debate Constitucional, Tomo I (Primera Legislatura), Congreso de la República, Lima, 1994, pp. 422 y 434.

13 Como se recuerda en: ABANTO REVILLA, César: "La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo", Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005, p. 419.

su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente"[14].

Así pues, el reconocimiento del derecho universal a la seguridad social – señaladamente la pensión, materia objeto de nuestro estudio - en tanto derecho fundamental de preceptividad diferida alcanzará a todos los ciudadanos del país de forma progresiva, atendiendo a las posibilidades económicas del Estado.

De otro lado, si la Constitución de 1993 hubiere configurado un modelo de Seguridad Social asistencial–universalista, el modelo históricamente imperante en nuestro país, de corte profesional–contributivo, tendría que considerarse como contrario a ella; es decir, se habría producido en tal supuesto una inconstitucionalidad sobreviniente. Y, como puede apreciarse de la uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no existe pronunciamiento alguno del supremo intérprete de la Carta fundamental en el que se cuestionen las bases normativas de los diversos regímenes pensionarios sustentados en la condición de aportantes de sus beneficiarios.

Es más, a partir del reconocimiento a la pensión como un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido claramente que:

"En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias"[15].

Consecuentemente podemos concluir que, reconociendo la vocación universalista del postulado contenido en el artículo 10° de la Carta fundamental, de él no puede derivarse que la Constitución diseñe un modelo específico de Seguridad Social que sea contrario a los principios del modelo profesional–contributivo en el que se inscribe la normativa legal en materia pensionaria.

14 Sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 11.

15 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 120.

Lo anterior resulta trascendente a efectos de apreciar que los rasgos profesionales del sistema adoptado pueden mantenerse a futuro en un plazo mediato, sin que ello pueda conceptuarse como contrario a las previsiones constitucionales. No obstante, cierto es que el Sistema de Seguridad Social deberá adoptar de forma paulatina y gradual elementos propios del asistencialismo, siempre y cuando las posibilidades del erario nacional así lo permitan.

II. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y SU NUEVO MODELO LEGAL

Al inicio de nuestra ponencia señalábamos que la regulación constitucional admite, en materia pensionaria, la coexistencia de los Sistemas Público y Privado como formulas alternativas en competencia sin establecer preeminencias, tal como ocurre en la actualidad. Así, a partir de la garantía del libre acceso a prestaciones de pensiones a través de entidades públicas y privadas – consagrada en el artículo 11° de la Constitución de 1993 – podemos distinguir un Sistema Público de Pensiones de un Sistema Privado de Pensiones[16].

El Sistema Público de Pensiones funciona bajo el sistema de reparto, mediante el cuál los asegurados cotizan a un fondo común, a través del cuál obtendrán las prestaciones correspondientes al momento de su jubilación; estableciéndose a la vez, una pensión mínima para todos los asegurados. De ese modo los trabajadores de menores ingresos obtienen una prestación mayor de la que hubieran obtenido de su ahorro personal, mientras que la prestación obtenida por los trabajadores de ingresos elevados, es menor a la que les correspondería recibir por su contribución efectiva al régimen, generándose así la llamada solidaridad intrageneracional. Con ello se genera una redistribución de rentas que permite a las capas más desprotegidas del sistema obtener una prestación decente que le procure una vida digna.

Adicionalmente, la fórmula de reparto está basada en la solidaridad intergeneracional, por la cual los trabajadores activos afiliados al sistema sostienen con sus aportaciones las pensiones de los jubilados con la esperanza que las generaciones venideras sustenten a su vez sus futuras pensiones (pay as you go system).

16 Cabe apreciar que el reconocimiento constitucional a entidades privadas que otorguen prestaciones pensionarias "constitucionalizó" el recientemente creado Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, en tanto que el precedente artículo 14° de la Constitución de 1979 (vigente hasta el 30 de diciembre de 1993) sólo admitía que una única entidad estatal tuviere a su cargo la atención de tales prestaciones de la seguridad social.

Como puede apreciarse, el sistema de reparto se sustenta en uno de los principios medulares de la Seguridad Social, cual es la solidaridad[17]. En buena cuenta, este principio está directamente vinculado con el régimen de financiamiento que lo sustenta y permite cumplir con el rol social que se le atribuye: contribuir con el bienestar de la población. Este es un aspecto medular en la subsistencia del sistema y en su proyección en el tiempo: el equilibrio en su financiamiento que permita otorgar las prestaciones debidas, las que se determinan en función de la habilitación de fuentes de financiamiento y del monto de los recursos que son necesarios para ello. No es posible admitir una Seguridad Social sin financiamiento[18].

Adicionalmente, resulta de indudable trascendencia apreciar que el Sistema Público puede ser conceptuado como expresión de la identificación del Estado peruano como democrático y social de derecho[19], tal como se aprecia de los artículos 3° y 43° de la norma fundamental, sustentándose – entre otros principios esenciales – en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Y es que "la configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho es el marco al cual debe ajustarse el desarrollo del derecho a la pensión"[20].

Como ha tenido oportunidad de establecer el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, un Estado democrático y social de derecho:

"(...) no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales

17 Reconocida como principio cardinal en múltiples pasajes de la célebre sentencia del 3 de junio de 2005 emitida por el Tribunal Constitucional en las demandas de inconstitucionalidad promovidas contra la Ley N° 28389, Ley de Reforma de los artículos 11°, 103° y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú y contra la Ley N° 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530. A tal efecto, basta remitirse – entre otros varios – a los fundamentos 48, 55, 59, 106 y 139.

18 GONZALEZ HUNT, César: "La necesaria reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el Sistema Público y Privado a una relación de complementariedad con prevalencia del Sistema Privado? Ponencia Oficial presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicada en: AA.VV.: Ob. Cit., p. 325.

19 A efectos de apreciar la formación histórica, constitucionalización, consolidación y crisis del llamado Estado social y democrático de Derecho puede consultarse: CARMONA CUENCA, Encarnación: "El Estado Social de Derecho en la Constitución", Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 15 - 90.

20 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 42.

mínimas que hagan posible su ejercicio real (...), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones"[21].

De ahí la relevancia de aplicar al derecho a la pensión los contenidos propios de un Estado democrático y social de derecho, en tanto que ésta fórmula política:

"(...) es la concreción de una evolución histórica, representada por el tránsito de un Estado liberal abstencionista y básicamente garantista de la autonomía individual, a un Estado comprometido con la promoción del bienestar general, donde la seguridad social aparece como una garantía institucional que otorga sostenibilidad al derecho a la pensión (...).

En tal sentido, el Estado social y democrático de derecho no excluye, ni menos aun desconoce, las garantías del libre desarrollo de la personalidad en los distintos ámbitos y etapas de la vida, sean políticos, sociales, económicos o culturales. En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas las personas.

Ello es así porque todos los pensionistas han contribuido con su trabajo a la creación de la riqueza nacional, para que, al momento de la redistribución de la misma, tengan una razonable participación, mediante el goce solidario de su derecho a la pensión, en base a un sistema eficiente de seguridad social que les permita satisfacer sus necesidades básicas dignamente"[22].

Por el contrario, el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones se crea bajo la modalidad de ahorro forzoso en cuentas individuales de capitalización en las que se deposita el aporte mensual del trabajador y la rentabilidad generada por las inversiones producidas por la empresa privada administradora del Fondo constituido (AFP), que servirán para financiar su pensión.

21 Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, fundamento 11, reiterada textualmente en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4232-2004-AA/TC, fundamento 2.

22 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 43.

Como puede apreciarse del cotejo de ambos Sistemas, resulta por demás evidente que el Privado de Pensiones al carecer de basamento sustentado en la solidaridad no puede ser conceptuado como un Sistema de Seguridad Social[23][24].

Tal apreciación es compartida por el Tribunal Constitucional al sostener que:

"Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el factor determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad"[25].

Lo anteriormente expresado por el Tribunal Constitucional acarrea, a nuestro entender, dos importantes conclusiones:

i) Constituyendo la pensión una de las prestaciones económicas más relevantes de la Seguridad Social, el Sistema Público de Pensiones tiene una presencia reforzada a nivel constitucional, encontrándose presente en los artículos 10° y 11° de la Constitución, gozando de pleno reconocimiento como garantía institucional, por lo que "(...) está blindada contra una reforma legislativa – incluso constitucional – que la anule o la vacíe de contenido"[26].

23 En este punto consideramos que la existencia de una pensión mínima en el Sistema Privado sustentada en el Bono de Reconocimiento Complementario de Solidaridad financiado por el Tesoro Público no puede llevar a sostener válidamente que dicho Sistema sea uno de Seguridad Social, en tanto que ello sólo manifestará la "solidaridad" de todos los peruanos para con el Sistema Privado de Pensiones, más no la solidaridad que se encuentra presente en la Seguridad Social; esto es, la de sus participantes con ellos mismos. Situación conceptuada por Alvaro VIDAL BERMÚDEZ y Christian SÁNCHEZ REYES como inequitativa en términos sociales y de aplicación incorrecta del principio de solidaridad de la seguridad social en la sugerente ponencia presentada a este Congreso Nacional de la SPDTSS. VIDAL BERMÚDEZ, Alvaro y SÁNCHEZ REYES, Christian: "Derecho a la Seguridad Social y Sistema Privado de Pensiones".

24 Joaquín APARICIO TOVAR con absoluta rotundidad lo expresa en una sola frase: "No hay Seguridad Social privada" en: APARICIO TOVAR, Joaquín: "La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996 – 2002: Hacia el seguro y el asistencialismo", Revista de Derecho Social N° 19, julio – septiembre 2002, Editorial Bomarzo, Albacete, p.27.

25 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 140.

26 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), último párrafo del fundamento 54.

Repárese que el Tribunal Constitucional expresa en su pronunciamiento la imposibilidad de eliminar del sistema jurídico al Sistema Público de Seguridad Social en Pensiones, incluso a través de una reforma constitucional, en tanto que el desarrollo del derecho a la pensión se enmarca dentro de una configuración político constitucional que reconoce al Estado peruano como un Estado democrático y social de derecho[27]. Con ello, tanto el legislador ordinario como el constitucional están obligados a preservar el Sistema Público de Pensiones.

ii) El anclaje constitucional del Sistema Privado de Pensiones se circunscribe a lo dispuesto por el artículo 11° de la Constitución, "(...) que reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones"[28].

Apréciese que lo expresado por el Tribunal Constitucional va en la línea de exteriorizar la necesidad de supervisión que requiere el Sistema Privado de Pensiones a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y de AFP, a fin de constatar el eficaz funcionamiento del sistema a partir del reconocimiento del carácter alternativo de los Sistemas Público y Privado.

Así pues, a efectos de dar pleno cumplimiento al precepto constitucional, se requiere determinar si se han dado las condiciones necesarias para que se produzca una genuina libre elección del sistema al que se desea pertenecer que sea compatible con el diseño constitucional en materia pensionaria.

En forma previa, corresponde analizar si la propia postulación constitucional que habilita la coexistencia en competencia de los Sistemas Público y Privado resulta siquiera viable o, si por el contrario, nos encontramos ante una deficiente formulación del constituyente a la luz de los propios principios informadores de la Seguridad Social. Nos referimos, en concreto, a la vinculación que podría existir entre la viabilidad a futuro del Sistema Público y la creación de un

27 Y es que, como tiene señalado Joaquín APARICIO TOVAR,"(...) el Sistema de Seguridad Social es el núcleo o corazón del Estado social y democrático de derecho". APARICIO TOVAR, Joaquín: "La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo", p. 24.

28 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 69.

sistema alterno, el Privado, que socava sus propias bases de sostenimiento financiero[29].

Y es que la aparición del Sistema Privado como una alternativa de ahorro previsional generó que parte importante de los afiliados al Sistema Público se trasladaran al recientemente creado Sistema Privado, afectando el financiamiento del Sistema Público que, basado en un modelo de reparto, se sustenta en la contribución de sus propios afiliados, con el agravante que el número de jubilados no se redujo; profundizándose con ello su, para entonces, crónico desequilibrio económico[30].

Justamente a efectos de determinar si el agudo desequilibrio financiero del Sistema Público respondía a la concepción del modelo o a la introducción del alterno Sistema Privado, en el estudio que produjo el Informe Defensorial N° 99"El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", se hicieron los cálculos respectivos[31] suponiendo un escenario contrafactual en el que no hubiera habido reforma y el Sistema Público siguiera siendo el único vigente. El resultado es absolutamente revelador: si el Público fuere el único del sistema, con la tasa de contribución vigente del 13%, asumiendo que los afiliados al Sistema Privado lo estuviera al Sistema Público, abonando regularmente sus cotizaciones; el Sistema Público arrojaría un superávit de 431 millones de nuevos soles[32], o alternativamente se pagarían pensiones que en promedio serían 32% superiores a las que actualmente paga el Sistema Público.

Como queda revelado del Informe Defensorial bajo comentario, lo ocurrido en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones es un efecto propio del paso de un sistema de transferencias intergeneracionales a un sistema en el que cada generación vela por si misma; en ese tránsito, hay una generación que queda sin sustento, y eso causa el déficit del Sistema Público[33].

29 Sobre la enorme trascendencia de la sostenibilidad financiera como criterio rector de la Seguridad Social en Pensiones cabe consultar la interesante ponencia presentada a este Congreso Nacional de la SPDTSS por Fernando GARCIA GRANARA titulada"La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones".

30 Explicado no por un defecto de concepción del sistema de reparto sino por la forma en que éste fue implementado y desarrollado aunado a su deficiente manejo administrativo e indebida utilización de fondos, todos ellos pasibles de ser corregidos de encararse una reforma integral del Sistema.

31 A cargo del Eco. Pedro Francke Balve, profesor del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú y uno de los consultores de la Defensoría del Pueblo en el desarrollo del estudio sobre cuyas bases se elaboró el Informe Defensorial N° 99.

32 En la actualidad, el Sistema Público recibe un subsidio del Tesoro Público de 2,020 millones de nuevos soles, pero al mismo tiempo el Sistema Privado con la cotización del 8% recibe 2,002 millones, que con una cotización de 13% se convertirían en 3,254 millones de nuevos soles. Por su parte el Sistema Privado pagó 769 millones de nuevos soles de beneficios. El cálculo no considera el costo administrativo, que es de cerca del 1%, tal como queda revelado en el Informe Defensorial N° 99"El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", p. 11.

33 Informe Defensorial N° 99"El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado", p. 11.

Siendo ello así, la creación del Sistema Privado habría generado una crisis estructural en el Sistema Público pues el futuro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones estaría condicionado a la mayor o menor afiliación al alterno Sistema Privado, impidiendo siquiera el desarrollo de una libre competencias entre ambos, pues el éxito del Privado generaría el fracaso del Público o, mejor dicho, su inviabilidad financiera.

Justamente el desarrollo del Sistema Privado llevó a que el Sistema Público dependiera críticamente del financiamiento complementario del Tesoro Público, lo cual explica la progresión en la participación porcentual del Estado en el pago de las pensiones en el Sistema Público, la cual va en aumento sostenido[34].

Además, a efectos de no ahondar aun mas el desequilibrio financiero del Sistema el Estado ha optado por mantener bajas las pensiones y establecer topes pensionarios reducidos, lo cual ciertamente desincentiva la afiliación al Sistema Público y acentúa su desequilibrio presupuestal.

Lo anterior revela que al crearse el Sistema Privado no se ponderó suficientemente el efecto que acarrearía la implementación de una relación alternativa entre éste sistema y el Público; generándose en el decurso del tiempo una omisión o inacción culpable cuando el Estado permite que se acentúen los defectos técnicos advertidos en el Sistema Público, máxime sí, como entendemos haber acreditado, el Sistema Público al ser el único de Seguridad Social no puede ser anulado ni vaciado de contenido, tal como clara y expresamente lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de junio de 2005.

En este sentido, no basta tener un ordenamiento normativo constitucional y legal que habilite la creación y desarrollo del Sistema Privado, sino que es necesario revisar las relaciones entre ambos sistemas y establecer mecanismos que permitan generar una visión integral de ambos sistemas.

La constatación de tal situación no debe llevarnos a proponer la eliminación del Sistema Privado que en el tiempo transcurrido desde su implementación deben ponerse de manifiesto logros destacables y positivos para sus beneficiaros y el país en general[35] sino mas bien buscar un modelo distinto a los actualmente

34 Resulta absolutamente gráfico apreciar que para poder pagar una pensión durante todo el tiempo que ésta deba otorgarse, el Estado asume el 58% del capital necesario en el régimen del Sistema Nacional de Pensiones. Durante el año 2003, el Estado financió el 72% de la pensiones en este régimen (Fuente: MEF, ONP).

35 No puede soslayarse que entre sus varias virtudes el Sistema Privado ha reducido la posibilidad de un aprovechamiento público de los fondos previsionales como secularmente ha ocurrido en el alterno Sistema Público, además de haber reducido al mínimo la posibilidad de lobbies y grupos de presión que busquen beneficios contrarios a los intereses del sistema. Además, ha generado un fondo de recursos financieros que ha dinamizado el mercado de capitales y favorecido la inversión privada. La Asociación de AFPs ha informado que a fines del mes de agosto de 2006 el fondo del Sistema Privado alcanzaba los US$ 12,500 millones, cifra que equivale al 65% del ahorro interno total y al 15% del PBI (Fuente: Diario Gestión del 27 de setiembre de 2006).

vigentes que, armonizando la viabilidad jurídico constitucional del esquema que se proponga con sus fuentes de financiamiento, se constituya en una verdadera solución al actual desafío de la Seguridad Social en Pensiones: garantizar la subsistencia del sistema, con proyección al futuro y otorgando prestaciones suficientes.

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada cuestión pensionaria demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el esquema tradicional de reparto, el cuál garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99 "El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado".

Obviamente ambos Sistemas serían reformados, incorporando las modificaciones necesarias. Este nuevo esquema permitiría un diseño único del Sistema sin posibilidades de una reversión que lo altere desde el punto de vista financiero y de proyección en el futuro, teniendo en cuenta que la base de tal proyección depende del mantenimiento de un número mínimo de aportantes que con la idea de la (permanente) libre afiliación y reversibilidad de la elección entre el Sistema Público y el Privado no puede garantizarse.

Esta propuesta es compatible con el modelo constitucional en Seguridad Social en tanto que el Estado a través del Sistema Público, con los aportes de todos los trabajadores, garantizaría el otorgamiento de una pensión mínima, complementándose con las pensiones que se concederían en el Sistema Privado; configurándose un esquema mixto o multi-pilar, reconocido con posible por el artículo 11° de la Constitución de 1993.

El modelo propuesto considera un primer pilar público que exteriorizaría a través del otorgamiento de una pensión mínima digna la concreción del principio de igualdad subyacente en todo Sistema de Seguridad Social, complementado por un pilar privado que permitiría una mejor tasa de reemplazo para los trabajadores de ingresos medios y altos.

III. LOS CONDICIONANTES IMPUESTOS POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA REFORMA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar en el pasado[36], las reformas en materia de seguridad social en el mundo se realizan no solo en función de la subsistencia del sistema de seguridad social, sino que las medidas de modificación se adoptan para evitar algún perjuicio al sistema en los años futuros a corto, mediano o largo plazo.

Así, siendo evidente la disminución de los índices de natalidad[37] y una mayor esperanza de vida[38] de la población, así como la existencia de diversos factores con incidencia económica como el desempleo y la informalidad, paulatinamente se ha venido produciendo una alteración en el financiamiento del sistema que es necesario prever. Es por ello que, siendo el Estado responsable de la existencia de la seguridad social y de sus prestaciones, resulte lógico que se produzca una variación en cuanto a la organización, administración y financiamiento del sistema. Tal situación genera una obligación del Estado para prever la situación y tomar las medidas de reforma que sean necesarias[39].

En adición a éstas trascendentales consideraciones de orden económico y demográfico, no pueden soslayarse las importantes apreciaciones de orden jurídico constitucional ya enunciadas en el apartado precedente que condicionan el sentido de la reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Pero a todo ello hay que agregar los presupuestos o condicionantes que impone la Constitución al legislador ordinario en su tarea de configuración del sistema a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional.

36 GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALEZ HUNT, César: Art. Cit., p. 29.

37 La tasa de crecimiento media de la población total en el quinquenio 1950-1955 fue de 2.69%; en los años sucesivos se produce un incremento de la tasa hasta llegar a 2.92% en el quinquenio 1957-1962. Luego, la tasa de crecimiento media de la población disminuye a 2.41% en el quinquenio 1977-1982.Y se espera que entre los años 2002-2007 sea de 1.40%; entre los años 2027-2032 sea de 0,84% y entre los años 2042-2047 sea de 0.50% (Fuente: INEI. Censo de Población. Estimaciones de Población 1950-2050).

38 La esperanza de vida a los 65 años de edad de los varones en el quinquenio 1950–1955 fue de 75.4 años y de las mujeres 76 años; en el quinquenio 1975-1980 fue de 77.1 años y 78.4, respectivamente; entre los años 2000-2005 fue de 80 años y 82.1 años, respectivamente; entre los años 2025-2030 será de 81.8 años y 84.9 años, respectivamente; y en el quinquenio 2045-2050 será de 82.7 años y 86.2 años, respectivamente (Fuente: CEPAL – Tablas Resumidas de Población Perú 1950-2050).

39 Y es que, como tiene dicho el Tribunal Constitucional: "(...) en el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana" (Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 56 in fine).

Siendo cierto que los derechos subjetivos de los individuos en materia pensionaria no están garantizados directamente por la Constitución al constituir éste un derecho de configuración legal[40 41], un primer límite al legislador ordinario representa el respeto a los demás derechos fundamentales que, en el marco del reconocimiento del Estado peruano como Social y Democrático de Derecho, otorga una impronta particular a su contenido en aras de la promoción del bienestar general de los ciudadanos a través de la creación de las condiciones que aseguren una vida acorde con la dignidad humana.

El legislador podrá variar el contenido de los derechos siempre y cuando respete el contenido fundamental de los mismos, debiendo ejercerlos en armonía con el interés común y con el desarrollo de otros derechos.Y, en el caso particular del derecho que nos convoca, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que:

"(...) se considera que el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana, la cual se erige como legitimadora y limitadora del poder público. Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma"[42].

Cabe apreciar que para el Tribunal Constitucional la dignidad humana es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales, pues "(...) la seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no solo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna"[43].

Resulta revelador que el derecho de la dignidad humana es apreciado no como un principio privativo de la seguridad social ni una de sus características particulares, sino como un presupuesto para la existencia de todo derecho.

De otro lado, como"la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión" – en expresión del Tribunal Constitucional, tal como lo hemos expresado supra -, a través de dicha técnica se

40 Aun cuando el Tribunal Constitucional así lo señala expresamente para el caso del régimen previsional del Estado del Decreto Ley N° 20530 en el fundamento 47 de la sentencia del 3 de junio de 2005, tal apreciación es aplicable a los demás regímenes pensionarios.

41 En tanto sistema de fuentes enteramente estatal en el que, por ejemplo y a diferencia del Derecho del Trabajo, el convenio colectivo no es fuente de derechos, tal como se pone de relieve en: DESDENTADO BONETE, Aurelio: "El sistema normativo de la Seguridad Social", Revista de Derecho Social N° 18, abril - junio 2002, Editorial Bomarzo, Albacete, p.19.

42 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 38.

43 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 46.

establece un nuevo límite a la actividad del legislador ordinario, en tanto la garantía institucional:

"Es una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones. Es decir, (...) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional"[44].

Así, en tanto garantía institucional con reconocimiento constitucional, la Seguridad Social, en general, y la pensión como elemento fundamental de ésta, se encuentran blindadas contra una reforma que la desdibuje o vacíe de contenido. Pero, a efectos de aplicar la técnica de la garantía institucional, se requiere de un acto normativo que habilite el cotejo de la norma sometida a escrutinio con el contenido protegido de la institución.

A entender del Tribunal Constitucional, el contenido protegido del derecho está conformado por los siguientes aspectos:

"En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado supra, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social"[45].

Por ende, cualquier desarrollo normativo del derecho a la pensión habrá de prever, al menos:

i) las condiciones para la efectiva pertenencia al sistema;
ii) las condiciones para acceder a una prestación dentro del sistema; y
iii) que el financiamiento del sistema opere con el aporte de todos sus

44 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 53.
45 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 55.

afiliados, de tal forma que lo que se pague como prestaciones alcance para la satisfacción de las necesidades de sus partícipes.

Nótese, una vez más, la trascendencia del principio de solidaridad como consustancial al sistema de Seguridad Social en tanto que deriva de la cláusula de Estado social y democrático de derecho. Por su parte, la pertenencia al sistema habilitará al futuro pensionista obtener protección ante el riesgo de pobreza al reunir los requisitos para su disfrute efectivo; en tanto que, el acceso a la prestación dineraria, permitirá garantizar el reemplazo de los ingresos del trabajo por otros derivados de su condición de pensionista que posibilitarán un nivel de vida acorde con la dignidad humana.

Así mismo, en su tarea de configuración normativa, el legislador ordinario debe necesariamente respetar el contenido esencial del derecho a la pensión.

Como es por todos conocido, el concepto contenido esencial surge en la Constitución de Weimar como un límite a la eventual disposición por parte del legislador ordinario de los derechos fundamentales con reconocimiento constitucional. Ello debido a que se entiende que el legislador ordinario ha de dotar de contenidos a las instituciones enunciadas por el constituyente, siendo tarea del máximo órgano de interpretación constitucional controlar tal desarrollo mediante la delimitación de sus niveles sustantivos.

A partir de la doctrina alemana y española, el constitucionalismo peruano ha asumido este límite a la actividad legislativa en cuanto pueda amenazar los derechos fundamentales.

A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional español – iniciada en la trascendente sentencia 11/1981, de 8 de abril[46] – se pueden distinguir dos teorías complementarias acerca del contenido esencial de un derecho, el primero por el cual éste constituye el núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho no sería reconocible; el segundo ubica la esencialidad en aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten, concreta y efectivamente protegidos.

Tal posición, mayoritaria en la doctrina científica española y alemana, lo circunscribe al núcleo duro resistente a la acción delimitadora de la ley, por contraposición a los contenidos epidérmicos del derecho. Más allá de ello aparecen los contenidos adicionales o no vinculantes para el legislador.

46 Seguida, entre muchas otras, por las sentencias 39/1986, de 31 de marzo, 9/1988, de 25 de enero y paradigmáticamente la sentencia 51/1988, de 22 de marzo, fundamento 5.

Citando al profesor español Manuel MEDINA GUERRERO, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de junio de 2005 distingue tres elementos diferenciados que delimitan el contenido de la pensión, a saber:

"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"[47].

Se advierte aquí entonces la idea de un contenido esencial de carácter intangible e irreductible. Luego, un contenido no esencial, en el cual el legislador tiene posibilidad de desarrollar su regulación a través de la elección de una entre varias opciones. Ciertamente el contenido no esencial no solo debe ser acorde con el derecho fundamental en el que se ubica sino que la actuación del legislador debe tener en cuenta y concordarse con los otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, para el que le cabe incorporar necesariamente una ponderación en que debe considerar – por el principio de unidad de la Constitución – el texto íntegro de la Carta fundamental. Es en este sentido, que ha de entenderse la expresión claudicante (o permisivo) ante los límites proporcionados que el legislador establezca y no en su significado literal que daría la impresión de asumir una libertad del legislador para una regulación en contra del texto de la Constitución.

En tercer lugar, se encuentra el contenido adicional, fuera del contenido constitucionalmente protegido, que comprendería la regulación de los beneficiarios de la pensión para permitir su efectividad real.

Sobre los contenidos no esencial y adicional el Tribunal Constitucional ha señalado que:

47 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 75.

"(...) se han ido delineando según las necesidades sociales y económicas del país, con el fin de que el derecho tenga la mayor eficacia posible y no favorezca a un grupo reducido de personas, sino a la mayoría de la población"[48].

y agrega que:

"(...) no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias. En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, este es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias"[49].

Nótese entonces que nos encontramos ante la posibilidad de una actuación del legislador a fin de hacer efectivo el derecho, que solo puede presentarse en el ámbito del contenido no esencial y del contenido adicional.

Respecto del contenido esencial del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional expresa:

"El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

- el derecho de acceso a una pensión
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y
- el derecho a una pensión mínima vital"[50]

Los dos primeros elementos hacen parte de la protección de los derechos constitucionales, tal como señaláramos supra. En anteriores pronunciamientos el Tribunal Constitucional ya había tenido oportunidad de pronunciarse en tal sentido, centralmente en supuestos en los cuales existía renuencia de la

48 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 115.
49 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 120.
50 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (Acumulados), fundamento 107.

Administración a reconocer el derecho a la incorporación y goce de una pensión en el régimen previsional del Estado, así como la viabilidad de las acciones de garantía para su protección. La singularidad de la sentencia en este punto radica en la precisa identificación de estos elementos como integrantes del contenido mínimo e indisponible del derecho a la pensión en su configuración constitucional.

Un aspecto novedoso consiste en la incorporación del derecho a una pensión mínima vital como parte del contenido esencial del derecho a la pensión, lo que significa que este elemento forma parte de su configuración constitucional y su no regulación significaría anular o vaciar de contenido el derecho. Apréciese que se hace referencia a una pensión mínima vital y no a una pensión mínima utilizando similar redacción que para el caso de la remuneración mínima vital, es decir, cumple una finalidad de garantía de subsistencia y de ingresos. En este sentido, participa de los mismos fundamentos que la fijación de la remuneración mínima vital.

En realidad, la garantía de una pensión mínima vital coincide con la formulación del principio de suficiencia, propio de la Seguridad Social, que

"postula que las prestaciones deben ser otorgadas de tal forma que satisfagan la necesidad generada por la contingencia de manera adecuada. Deben alcanzar niveles básicos de dignidad, oportunidad y eficiencia"[51].

Como puede apreciarse de lo antes señalado, la correcta delimitación del contenido normativo del derecho en un escenario de reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones resulta ser de capital importancia, pues una errada o insuficiente configuración pueden generar una afectación al Estado social y democrático de derecho, verdadero garante de la convivencia democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

51 GRZETICH LONG, Antonio: "Derecho de la Seguridad Social". Parte General, Volumen 1. Concepto y evolución histórica de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición, 2005, p. 39.

- ABANTO REVILLA, César: "Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530", en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 82, Lima, julio 2005.
- ABANTO REVILLA, César: "La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo", Director Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2005.
- APARICIO TOVAR, Joaquín: "La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996 – 2002: Hacia el seguro y el asistencialismo", en: Revista de Derecho Social N° 19, julio – septiembre 2002, Editorial Bomarzo, Albacete.
- APARICIO TOVAR, Joaquín: "La Seguridad Social en la Constitución", en: "El modelo social de la Constitución Española de 1978 (1978-2003)", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- BERNEDO ALVARADO, Jorge: "Ganancia para algunos y desprotección para todos", Bocetos, Lima, 2000.
- BEVERIDGE, William: "Seguridad Social y Servicios Afines", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1989.
- CARMONA CUENCA, Encarnación: "El Estado Social de Derecho en la Constitución", Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
- DE LOS HEROS PEREZ-ALBELA., Alfonso: "Realidad y Perspectivas del Sistema Privado de Pensiones", en: AA.VV. "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: "El sistema normativo de la Seguridad Social", en: Revista de Derecho Social N° 18, abril - junio 2002, Editorial Bomarzo, Albacete.
- GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALEZ HUNT, César: "Seguridad Social, derechos fundamentales y contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005", en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 82, Lima, julio 2005.
- GARCIA GRANARA, Fernando: "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones", en: AA.VV.: "Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.

- GONZALEZ HUNT, César: "La necesaria reforma del Sistema de Seguridad Social en Pensiones: ¿de la fórmula alternativa entre el Sistema Público y Privado a una relación de complementariedad con prevalencia del Sistema Privado? en: AA.VV. "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- GRZETICH LONG, Antonio: "Derecho de la Seguridad Social". Parte General, Volumen 1. Concepto y evolución histórica de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición, 2005.
- SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda: "Seguridad Social y Constitución", Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- VIDAL BERMÚDEZ, Alvaro y SÁNCHEZ REYES, Christian: "Derecho a la Seguridad Social y Sistema Privado de Pensiones", en: AA.VV.: "Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional", Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.

LA PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE ESPECIALIZADO PARA RESOLVER CONTROVERSIAS DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Giuliana Higuchi Matsuda
Eduardo Hurtado Arrieta
Francisco Monge Zegarra

Sumario

I. Introducción. II. Sentencias analizadas. III. Determinación del derecho objeto de la controversia. IV. Disponibilidad de las controversias en materia de SCTR. 4.1. La dificultad de arribar a una definición de "disponibilidad". 4.2 Primera aproximación a un análisis de lo disponible. 4.3. Del análisis de disponibilidad del derecho específico. 4.4. Arbitrabilidad en el ámbito laboral. 4.5. Análisis de la arbitrabilidad de las controversias del SCTR. V. Improcedencia del amparo en controversias del SCTR. 5.1. Existencia de una vía procedimental determinada por norma expresa. 5.2. Las cuestiones litigiosas no pueden tramitarse mediante un amparo. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la década de los años noventa el Régimen de la Seguridad Social en el Perú sufrió un cambio radical a partir de la dación de la Ley N° 26790, llamada de la "Modernización de la Seguridad Social". La apertura al sector privado para la prestación de servicios de seguridad social no sólo enriqueció la fisonomía de los agentes que hasta ese momento participaban, sino que indudablemente implicó

una adecuación en la gestión y dinámica de la seguridad social a efectos de poder permitir esta participación mixta, la cual reviste carácter complementario en algunos casos y alternativo en otros.

Como era de esperarse esta adecuación implicó la introducción de nuevas instituciones, mecanismos y regulaciones. En el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se crea el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), separando la contratación de las coberturas de salud de las meramente económicas, cada una de las cuales a su vez podía ser contratada con el prestador público tradicional o bien con uno privado. El cambio también se extendió a la forma contemplada para resolver las controversias que pudiesen derivarse de este régimen particular, a cuyo efecto se dispuso la utilización obligatoria de los mecanismos arbitrales y conciliatorios administrados por la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud - SEPS.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS, desde su instalación en el año 2000, ha tramitado a la fecha cerca de dos millares de casos sólo en temas relacionados con el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, acumulando una rica experiencia en la solución de este tipo de controversias, en base a la cual se ha escogido desarrollar como tema para la presente ponencia, la problemática generada por el cuestionamiento directo o indirecto de la competencia de esta vía.[1]

El presente trabajo partirá de un análisis de la jurisprudencia constitucional que viene siendo utilizada para estos efectos y que ha llegado no sólo al cuestionamiento de la arbitrabilidad de estas materias, sino incluso en algunos casos, al pronunciamiento directo - reconociendo a través de procesos de amparo - prestaciones económicas específicas del seguro complementario de trabajo de riesgo. Estas sentencias alteran la canalización regular de las controversias de SCTR por la vía arbitral según es contemplada en las normas y pactada adicionalmente en los contratos, pero sobre todo, ponen en riesgo la estabilidad del Sistema de SCTR, a través de pronunciamientos que no cuentan con la exigencia probatoria suficiente, en controversias donde este aspecto es fundamental dado su carácter altamente especializado.

1 De acuerdo a las estadísticas del Centro a Junio de 2006 se han tramitado 2168 expedientes, siendo que en la actualidad el 80% de expedientes corresponden a controversias relacionadas al seguro complementario de trabajo de riesgo.

II. SENTENCIAS ANALIZADAS

Si bien la tramitación de controversias del SCTR en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS ha mantenido todo este tiempo un alto volumen de tramitación con una tendencia incluso a un crecimiento importante año a año; a partir del año 2006, se pudo detectar que un grupo de expedientes (todavía pequeño en número y concentrados principalmente en Ica) empezó a intentar mediante procesos de amparo suerte distinta, buscando sobre todo reconocimientos expeditivos que sin la carga de una etapa probatoria y de la mano de la experiencia en el otorgamiento "automático" de pensiones de jubilación vía amparo, pudiese funcionar también en el reconocimiento de las alegadas condiciones de invalidez ocupacional de trabajadores y por ende en el reconocimiento final de una pensión o beneficio económico.

Los argumentos contenidos en los considerandos de las sentencias que substraen esta materia de la tramitación arbitral, hacen referencia al carácter alimentario y por lo tanto indisponible de las prestaciones económicas del SCTR, así como a la procedencia de la vía de amparo para resolver estos temas al tratarse de derechos fundamentales. En el caso de ambos argumentos, las Sentencias que provienen como se dijo principalmente de la Corte Superior de Ica, se sustentan a su vez en dos sentencias del Tribunal Constitucional, que son aquéllas recaídas en el Expediente No. 3746-2004-AA/TC y el Expediente No. 1526-2003-AA/TC, cuyos considerandos vamos a comentar.

La sentencia del Tribunal recaída en el Expediente No. 3746-2004-AA/TC, resuelve el recurso extraordinario planteado contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró fundada la excepción de arbitraje en el proceso de amparo seguido sobre otorgamiento de pensión de invalidez por enfermedad profesional en el marco del seguro complementario de trabajo de riesgo -declarando finalmente de esta forma el Tribunal- infundada dicha excepción y fundada la demanda. Son de particular interés los siguientes fundamentos de dicha sentencia:

> "1. En cuanto a la excepción de arbitraje planteada por la emplazada, este Colegiado considera que, tratándose de un derecho de carácter indisponible como lo es el derecho a la salud, ésta debe ser desestimada, conforme lo establecido por el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, Ley No. 26572, por cuanto se invoca la conculcación de un derecho fundamental del cual depende la

subsistencia del accionante, derecho que se encuentra amparado por la Constitución Política del Perú y es interpretado en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Por consiguiente resulta necesario analizar el fondo de la controversia en atención del artículo II del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo, en donde se establece como uno de los fines de los procesos constitucionales la vigencia efectiva de los derechos constitucionales."

(...)

"4. Con el Documento Nacional de Identidad del demandante y con el Certificado de Trabajo expedido por Shougang Hierro Perú S.A.A., se acredita que éste tiene actualmente 75 años de edad y que trabajó como Operador I en la Sección Transferencia y Embarque; y con el Informe del Examen Médico Ocupacional expedido por el Ministerio de Salud, de fecha 20 de noviembre de 2001, de fojas 2, se demuestra que adolece de neumoconiosis en segundo estadío de evolución, por consiguiente, el demandante requiere de atención prioritaria e inmediata."

(...)

"5. Sin embargo, en el presente caso, al no contar con el porcentaje de incapacidad, el Instituto de Salud Ocupacional "Alberto Hurtado Abadía" deberá determinar el mismo dentro de un plazo razonable, a efecto de establecerse el monto de la prestación a que tenga derecho el recurrente." [El resaltado es nuestro].[2]

La segunda sentencia del Tribunal que reseñamos, es la recaída en el Expediente No. 1526-2003-AA/TC, que resuelve el recurso extraordinario planteado contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la excepción de arbitraje también en un proceso de amparo sobre otorgamiento de pensión de invalidez por enfermedad profesional en el marco del seguro complementario de trabajo de riesgo. En este caso el Tribunal revoca la sentencia que declara fundada la excepción de arbitraje y declara improcedente la demanda, decisión en relación a la cual resaltamos el siguiente fundamento:

2 Sentencia del EXP. N.° 3746-2004-AA/TC emitida por El Tribunal Constitucional.

"3. Aunque las consideraciones precedentes conducen a desestimar la demanda, este Colegiado deja establecido que ello se produce sólo en supuesto en que lo aportado resulte insuficiente, requiriéndose por lo tanto, y como sucede en el caso de autos, de una vía procesal distinta que proporcione la actuación de medios adicionales. Queda claro, sin embargo, que el hecho de que se proceda en la forma descrita, no significa que no se pueda acudir a la vía procesal constitucional en los casos en que se afecte derechos fundamentales de la persona. No obstante, deberá acreditarse fehacientemente lo que se afirma y no como ha sucedido en el presente caso, en que lo actuado no ha permitido formar adecuada convicción en el juzgador constitucional." [El resaltado es nuestro].[3]

A continuación, procederemos a analizar en los siguientes acápites, los temas que entendemos más relevantes de estas sentencias, referidos al tema de arbitrabilidad de materias relacionadas con la seguridad social y en específico con el SCTR, así como procedencia del amparo como vía alternativa y no residual para la tramitación de estas controversias.

III. DETERMINACIÓN DEL DERECHO OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Siendo que la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el tema de arbitrabilidad, parte por atribuir un determinado carácter a la controversia sobre otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR, en función al cual concluye que es de naturaleza indisponible y por lo tanto no arbitrable; es menester iniciar este análisis tratando de determinar la real naturaleza de este tipo de controversia: ¿se trata del derecho a la salud? ¿es un derecho alimentario del cual depende la subsistencia del trabajador o ex - trabajador? ¿nos encontramos finalmente ante la discusión de un derecho fundamental? ¿la discusión es de índole laboral o está enmarcada en el ámbito contractual de seguros? La respuesta como puede anticiparse no es fácil.

Desde el punto de vista subjetivo del trabajador que reclama un beneficio del SCTR, puede ser inicialmente sencillo ubicar esta discusión dentro del ámbito de

3 Sentencia del EXP. N.° 1526-2003-AA/TC emitida por El Tribunal Constitucional.

la seguridad social, como parte de las obligaciones laborales del empleador en el tema de seguridad y salud en el trabajo; de hecho esta obligación se perfila a través de la Ley No. 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social, que dispone que el empleador contrate con terceros (bajo una modalidad casi totalmente identificable con un contrato de seguros convencional) coberturas contra los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Cabe destacar, que el tema de seguridad y salud en el trabajo se ha desarrollado en los últimos tiempos, a partir de la tecnificación y flexibilización de las relaciones de trabajo. Si anteriormente la protección del Estado en materia de Seguridad Social se enfocaba a garantizar la seguridad de ingreso después del término de una actividad (una concepción a largo plazo) ahora las prioridades han cambiado y deben responder a la situación presente concreta: la protección de la salud y la compensación por la pérdida de ingresos. Lo anteriormente expuesto significa que la Seguridad Social contiene dos caras que no son opuestas, pero sí se complementan para ofrecer un mayor ámbito de protección.

Siguiendo a Reynaud utilizando una clasificación de Kennan, para entender un concepto de Seguridad Social, tendríamos que distinguir lo siguiente:

> "...Seguridad Social de base para las necesidades esenciales y una Seguridad Social para hacer frente a la adversidad. La primera se aplica a la dimensión de carencia y tiene por objeto subsanar la ausencia o insuficiencia de capacidades elementales de acceso a los bienes y servicios permitiendo llevar una vida digna en una sociedad dada (...). La segunda está destinada a proteger contra los riesgos de la existencia (...) y remite a la concepción clásica de la Seguridad Social"[4].

Ahora bien, no nos basta con establecer una relación genérica entre las controversias del SCTR y el tema de la seguridad social, pues resulta necesario atribuir mayores detalles a este tipo de conflictos, por lo que se procederá a evaluar -si como postula la sentencia del Tribunal Constitucional- se trata además de un derecho alimentario o vinculado a la subsistencia del trabajador.

Sobre el particular cabe decir, en la línea de lo expuesto en párrafos anteriores, que este desarrollo de la seguridad social, no requiere de la probanza

4 Reynaud 2006: 24-25.

de una situación de necesidad (carácter alimentario), porque el sistema delimita los riesgos asegurados y las prestaciones a otorgar. López y Blasco establecen en ese sentido, que "ciertamente no son los riesgos o contingencias los que se aseguran, sino las consecuencias económicas que de esos riesgos se derivan: pérdida de ingresos o exceso de gastos" [el resaltado es nuestro][5].

Es así, que el carácter alimentario de un derecho estaría circunscrito en el aspecto de seguridad del ingreso que protege principalmente rubros como: alimentación, salud, vivienda y educación. De otro lado, el SCTR se erige dentro de un sistema de compensación que abarca: enfermedad, accidente de trabajo, maternidad, vejez, fallecimiento, y compensación económica al trabajador por la merma sufrida en su capacidad de trabajo.

Este sentido es confirmado por el propio Tribunal Constitucional en una de sus sentencias, donde establece que el SCTR, o los derechos relacionados a él que se invocan en vía constitucional, no tienen carácter necesariamente alimentario y confirman lo que señala la doctrina española anteriormente citada. Ello se aprecia del proceso de amparo seguido por el señor David Puchuri Flores contra la Oficina de Normalización Provisional sobre renta vitalicia por enfermedad profesional:

> "... las prestaciones que otorga el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 se financian con los aportes obligatorios de los trabajadores para cubrir las futuras contingencias de su jubilación o invalidez, mientras que las brindadas por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – antes Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales – provienen del seguro contratado por cuenta y costo del empleador, con la finalidad de cubrir la contingencia de una posible incapacidad laboral por el trabajo en condiciones de riesgo" [el resaltado es nuestro] [6].

En consecuencia, no es raro encontrar que un ex trabajador – que ha cumplido con los requisitos legales – se encuentre gozando de una pensión de jubilación y posteriormente una indemnización por SCTR[7]. En ese sentido:

5 López y Blasco 2004: 26.

6 Fundamento 8° de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1008-2004-AA/TC.

7 Se da mayormente, en el caso de trabajadores mineros que obtienen una indemnización por sufrir de hipoacusia neurosensorial (sordera), al obtener como porcentaje de menoscabo entre el 20% y 50%. Igualmente hay trabajadores que teniendo calidad de trabajadores regulares perciben una indemnización.

> "Dado que las prestaciones se financian con fuentes distintas e independientes y se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes, se concluye que el riesgo de jubilación cubierto por el Sistema Nacional de Pensiones y los otros regímenes previsionales especiales concordantes con éste, es independiente del riesgo de invalidez por incapacidad laboral producida por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, regulada actualmente por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo Obligatorio, al punto tal que no es incompatible percibir simultáneamente una pensión de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones y una pensión vitalicia (antes renta vitalicia) del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo"[8].

Una categorización absoluta del SCTR como derecho alimentario no podría resistir aquellos casos en que conforme a la legislación vigente, es factible percibir una pensión de jubilación y una indemnización o pensión por invalidez del SCTR, pues ello implicaría que el trabajador tuviese que optar por uno de estos dos beneficios, y que en caso de escogerse el del SCTR (en atención a su supuesto carácter alimentario), podría implicar dejar de lado la pensión que importa el pago de una cantidad determinada por el número de años aportados y que se mantiene en el tiempo.[9]

En virtud de lo expuesto, podemos establecer que los derechos vinculados al SCTR, se encuentran enmarcados dentro del derecho a la seguridad social y en ese sentido aunque referidos a un aspecto de salud de los trabajadores, su vinculación a este último derecho es más indirecta y genérica. Asimismo, y ya dentro del ámbito de la seguridad social, podemos catalogarlo como un derecho compensatorio a favor del trabajador (en el caso de las prestaciones económicas) y por lo tanto ajeno a una naturaleza alimentaria.

Finalmente, a efectos de culminar con este análisis luego de haber identificado la naturaleza del derecho involucrado desde una perspectiva subjetiva del trabajador, es menester contrastarlo a su vez con la perspectiva subjetiva de la contraparte de estas controversias del SCTR, y así delimitar claramente el derecho específico controvertido.

8 Fundamento 9° de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1008-2004-AA/TC.
9 En el Régimen Minero que constituye el grueso de controversias del SCTR, un trabajador puede recibir una pensión por jubilación minera anticipada y a la vez un beneficio económico por SCTR (pensión o indemnización).

Es en este punto en particular, que se constata que la contraparte en este tipo de controversias no es el empleador, sino exclusivamente un asegurador, quien está demás decirlo, no es responsable del tema de seguridad y salud del trabajador, alejándose por lo mismo del ámbito de una relación laboral estrictamente hablando y acercándose más a una reclamación por la ejecución de un instrumento de seguro conforme a la legislación de la materia y las condiciones contratadas, aspectos concretos que constituyen su única responsabilidad.

Ahora bien, aún cuando el derecho específico en discusión en las controversias sobre el otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR, se circunscribe en estricto al derecho de un beneficiario de una cobertura de seguro frente a su asegurador, en cuyo ámbito se discutirá de ser el caso, la calificación y liquidación del mismo conforme a las reglas vigentes; consideramos que no es factible abstraerlo totalmente de las claras implicancias y vinculaciones que la ejecución de este negocio tiene en el campo inmediato de la seguridad social, en tanto derecho compensatorio del trabajador y como parte de las obligaciones del empleador en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, así como finalmente y de forma más mediata vinculado también con el derecho a la salud del trabajador y de cualquier ciudadano en general.

IV. DISPONIBILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS DEL SCTR

Habiendo hecho un esfuerzo por determinar concretamente las controversias objeto de análisis, los derechos específicos sobre los que giran los conflictos del SCTR, así como finalmente los temas o materias con los que estos se encuentran vinculados, pasaremos en el presente acápite a determinar si éstos constituyen como pretende la sentencia del Tribunal Constitucional reseñada, materias no disponibles y por lo tanto no arbitrables.

Como es por todos conocido, a través del arbitraje un tercero imparcial emite un veredicto sobre las pretensiones controvertidas que le son sometidas por dos o más partes[10]. Estas materias controvertidas, como señala la Ley General de Arbitraje, en su artículo 1°, serán las que las partes decidan, determinadas o determinables, y bajo la condición que sean de libre disposición de las partes que las someten. [11]

10 Caivano 2006.
11 Art. 1 Ley General de Arbitraje – N° 26572.

Tal dispositivo común en la mayoría de normas que regulan el arbitraje, cumple la finalidad de prevenir el sometimiento a arbitraje de cuestiones que deben ser únicamente resueltas por un juez natural (Jurisdicción del Estado, en tanto resulta imprescindible que estén vigiladas bajo su imperium). En ese sentido, el 1° de la Ley General de Arbitraje opta como fórmula, el señalar expresamente aquellas materias sobre las que no se podrá, someter a arbitraje: las que versan sobre la capacidad de las personas, resoluciones judiciales firmes, delitos o faltas, afecten el orden público, o tengan que ver con atribuciones o funciones del Estado.

Si bien se podría propugnar que la fórmula del artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, opta por establecer una enumeración expresa y cerrada de las controversias que se consideran "no disponibles", también podría interpretarse que el carácter de disponibilidad de las controversias constituye una condición esencial aplicable a cualquier caso, y que la enumeración del art. 1° corresponde a supuestos respecto a las cuales el Estado limita directamente su arbitrabilidad, sin entrar necesariamente a una evaluación de la disponibilidad de la controversia.

En cualquier caso, y sobre todo teniendo en cuenta el análisis que se está desarrollando de las sentencias del Tribunal Constitucional, resulta esencial definir qué se entiende por controversia disponible o no disponible, y aquí nuevamente nos enfrentamos ante un tema igual de complejo.

4.1. La dificultad de arribar a una definición de "disponibilidad".

La mayoría de autores coincide en señalar la enorme dificultad al momento de tratar la disponibilidad como requisito de arbitrabilidad, y lograr resultados concluyentes. Así lo apunta por ejemplo Silvia Gaspar Lera:

> "Mas lo cierto es que ningún texto jurídico ofrece una definición del contenido de la libertad de disposición; y los intentos doctrinales dirigidos a tal fin remiten a nociones como "la autonomía de la voluntad", o "el orden público", incurriendo en un círculo tautológico que nada aclara."[12]

12 Gaspar Lera 1998: 89.

La citada autora incluso llega a cuestionar la validez de dicha fórmula, cuando menciona más adelante:

> "Así pues cabe afirmar que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución."[13]

Por su parte, Pilar Perales Viscasillas ante esta situación apunta a un sistema que no tome como referencia un concepto tan vago como el de disponibilidad, contemplando en su lugar una aproximación más liberal y abierta a lo arbitrable:

> "En ese sentido, quizá habría sido más conveniente abandonar el criterio de la libre disposición y adoptar un enfoque diverso, similar a los países anglosajones, donde no se prevén límites a la arbitrabilidad, sino que partiendo del principio general de la libre arbitrabilidad de las materias, se establecen puntuales excepciones en las que orden público limita la arbitrabilidad del derecho."[14]

4.2. Primera aproximación a un análisis de lo disponible

Siendo que la mayoría de legislaciones de arbitraje recurre como se dijo, a la utilización del término "disponibilidad" para la definición de lo arbitrable, la doctrina se ha abocado también – más allá de las críticas – a tratar de establecer ciertas pautas que permitan resolver el dilema de su definición.

Un primer presupuesto sobre el que se trabaja, es el descartar todo enfoque de disponibilidad a nivel de "materias" por considerarlo inadecuado para estos efectos, en la medida que las materias en sí no son disponibles ni indisponibles de forma absoluta.[15]

Así lo señala también Silvia Gaspar Lera:

13 Gaspar Lera 1998: 89.
14 Perales Viscosillas 2005: 130.
15 Montero Aroca 2004: 116
16 Gaspar Lera 1998: 89.

> "La disponibilidad como pauta determinante de la arbitrabilidad no ha de referirse a una materia, sino a concretos derechos de los que una persona es titular."[16]

Este enfoque esencial reviste desde nuestro punto de vista total sentido a la hora de evaluar la arbitrabilidad en función a la disponibilidad, toda vez que finalmente cualquier controversia puede ser susceptible de ser enmarcada o vinculada a determinadas "materias" que por su naturaleza podrían llevarnos a excluirla de forma absurda y absoluta del ámbito de lo arbitrable, hay que tener en cuenta que gran parte de los actos de nuestra vida por no decir todos pueden vincularse en mayor o menor medida al ejercicio de un derecho fundamental y por ende a una "materia indisponible".

El error común de hablar de "materias disponibles" no nace de la redacción del art. 1° de Ley General de Arbitraje, pues ésta es muy clara al utilizar el término "controversias disponibles", que sí nos lleva a evaluar -como apunta Silvia Gaspar- la arbitrabilidad de los derechos específicos.

Este equívoco se puede apreciar no sólo en la sentencia del Tribunal objeto de análisis, cuando identifica la controversia específica con la materia general referida al derecho a la salud, sino que también se constata de forma más evidente en otras sentencias del Tribunal:

> "Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible" [El resaltado es nuestro].[17]

En este estado, una vez establecido el nivel en el que corresponde evaluar la disponibilidad de una controversia (a nivel de derechos específicos involucrados), resta más bien plantear los criterios que ayudan a una evaluación que permita establecer que éstos cumplen con un carácter de disponibilidad.

4.3. Del análisis de disponibilidad del derecho específico

En relación a este tema la doctrina arbitral propone un análisis de la arbitrabilidad a partir de la determinación de la libre disponibilidad tanto del

17 Sentencia del EXP. N.° 6167-2005-PHC/TC emitida por El Tribunal Constitucional

derecho material como del jurisdiccional, teniendo en cuenta el criterio del legislador respecto a la libre disponibilidad en un momento determinado; pero quizás uno de los aspectos más interesantes desde nuestra perspectiva, es el mecanismo de análisis que se establece en aquellos casos en que las materias de libre disposición se encuentran ligadas a otras de naturaleza inarbitrable. Este tema es de particular importancia en el caso que analizamos, pues como apuntamos en acápites anteriores, si bien los derechos objeto de controversia pueden concretarse en el ámbito de lo que es una liquidación de un instrumento de seguros, son innegables también sus vinculaciones con otros derechos vinculados a la seguridad social o derechos a la salud si se quiere.

En ese sentido, nos permite establecer claramente que el vínculo de una materia arbitrable con otra de naturaleza inarbitrable no determina per se que la primera lo sea también. Esto se puede desprender claramente en aquellos casos en que las materias son claramente separables, (cada una puede seguir su suerte en la vía correspondiente). El tema se vuelve más complejo cuando se trata de dos materias inseparables y una de ellas es de naturaleza inarbitrable, así lo plantea Pilar Perales:

> "Se producirá así una absorción de la materia inarbitrable en la arbitrable, quedando ambas sometidas al juicio arbitral; solución que lógicamente también ha de entenderse aplicable al caso de que ambas materias fuesen separables. Desde luego, y en relación a las materias inseparables, ello será así cuando la materia inarbitrable que se ha de enjuiciar es secundaria o accidental al núcleo de la controversia; situaciones en las que la decisión de los árbitros no prejuzgaría la que pudiese darse ante el juez competente."[18]

Para Montero Aroca -aunque siguiendo esta misma línea-, el tema es un poco más sencillo, pues plantea que incluso no es necesario un pronunciamiento sobre la disponibilidad en el caso de cada derecho específico, sino que mas bien debe valorarse si verdaderamente responde a una calidad de derecho subjetivo y en tanto tal merecer automáticamente la posibilidad de ser arbitrable:

18 Perales Viscosillas 2005: 143-144.
19 Montero Aroca 2004: 116-117

"Estimamos que no cabe hacer una lista cerrada de derechos subjetivos privados que sean disponibles, sino decir que cuando se está ante un verdadero derecho subjetivo siempre es disponible, mientras que cuando no existe la disponibilidad es porque no se trata realmente de verdaderos derechos subjetivos, sino que se está ante situaciones jurídicas que no comportan la atribución de derechos."[19]

Finalmente, cabe señalar un aspecto resaltado por Pilar Perales Viscosillas y que si bien se enmarca dentro de los criterios antes señalados, resulta particularmente ilustrativo sobre todo en materias como las laborales donde existe gran cantidad de derechos que revisten el carácter de irrenunciables, y que podrían confundirse con derechos no disponibles. En relación a dicho particular, Perales Viscosillas advierte lo siguiente:

"En nuestra opinión que un derecho sea irrenunciable, lo que significa es que el ordenamiento jurídico no permite que se pueda hacer dejación del mismo; no se puede, en consecuencia, en aras, precisamente del orden público o el interés general, que las partes o la parte afectada por el mismo desista de un derecho al que el ordenamiento jurídico reviste de la nota de la irrenunciabilidad. (.....).Pero esta imposibilidad de renuncia que, como se observa se enlaza con el derecho y su contenido material, no tiene nada que ver con el posible sometimiento de ese mismo derecho –cuyo contenido eso sí es irrenunciable- a arbitraje. De esta forma, el arbitraje podría ser el medio que controlaría, incluso, la validez o invalidez de una posible renuncia en el contrato principal a dicho derecho, y, pos supuesto, el medio conforme al cual se juzgaría el modo de su ejercicio por las partes."[20]

A continuación y antes de entrar a analizar las controversias del SCTR a la luz de estos criterios, resulta ilustrativo y referencial el análisis con el que se ha abordado el arbitraje en el ámbito laboral, más allá del ámbito colectivo, y particularmente en el de los conflictos individuales de trabajo. Cabe destacar, que

20 Perales Viscosillas 2005: 143-144.

este sometimiento también ha sido objeto de cuestionamientos judiciales en el Perú en cuanto a su arbitrabilidad.

4.4. Arbitrabilidad en el ámbito laboral

El enfoque hacia el análisis de la arbitrabilidad de los derechos laborales específicos no tiene por qué utilizar criterios distintos a los señalados en párrafos anteriores, existiendo consenso en que el arbitraje relacionado al ámbito laboral no es en todos los casos inarbitrable. Esta idea la reafirma Ana María Chocrón Giradles desde la legislación española:

"Así se nos plantea una cuestión importante: cuándo una materia de esta índole puede ser objeto de arbitraje y cuándo no; más puntualmente, en qué casos el arbitraje previsto en la actual legislación - Ley 36/88 – puede ser de aplicación a determinadas controversias laborales. A este planteamiento responde Muñoz Sabaté que proponía atender a la teoría del llamado "elemento preponderante" para juzgar si una materia indisponible inseparablemente unida a otra materia libre impide o no el arbitraje."[21]

Este consenso lo apunta también Mario Garmendia Arigón, y aunque es crítico del arbitraje aplicado al campo de los conflictos individuales de trabajo (específicamente referida a la legislación uruguaya), adscribiéndose a posiciones como las de Ermida y Pla Rodríguez que señalan la inconveniencia del arbitraje en el ámbito laboral, no puede dejar de admitir finalmente la licitud jurídica en sí a la luz de las doctrinas modernas, de la aplicación de este mecanismo alternativo al ámbito laboral:

"Es menester dejar aclarado que nuestra posición no implica sostener que el arbitraje, considerado en abstracto, sea un mecanismo improcedente para la solución de conflictos jurídicos individuales de trabajo. Simplemente nos hemos limitado a analizar las incompatibilidades que presenta con relación a nuestra materia

21 Chocrón Giradles 2000: 31.

> (y especialmente en lo que tienen relación con los conflictos individuales de derecho) el proceso arbitral tal como ha sido regulado por el CGP."[22]

En el caso de Perú, Luis Vinatea refuerza también el argumento que distingue un derecho irrenunciable de un derecho indisponible, para establecer la licitud del derecho al sometimiento a arbitraje en conflictos laborales.[23]

4.5. Análisis de la arbitrabilidad de las controversias del SCTR

En el caso de las controversias del SCTR objeto de análisis, resulta hasta cierto punto claro establecer a la luz de lo expuesto, que las pretensiones de las partes sometidas a arbitraje que tienen que ver con la ejecución de un instrumento de seguro, a través de la calificación de una condición de invalidez y subsecuente otorgamiento de beneficio; constituyen por un lado, pretensiones totalmente separables del derecho a la seguridad social y la salud (aunque sin negar sus vinculaciones), en la medida que estos derechos ni se agotan ni se ven afectados en caso fallen los instrumentos de seguro contratado.

Por otro lado, aún en un escenario donde se considere que no son separables los temas de las pólizas de SCTR y el derecho a la seguridad social, siempre bajo un análisis del elemento preponderante, pueden considerarse arbitrables estas controversias, en tanto se refieran a aspectos instrumentales que no conllevan per se la afectación o el cuestionamiento de otros derechos indisponibles e irrenunciables, determinando así su relevancia secundaria en estos casos.

Finalmente, los derechos involucrados en las controversias del SCTR, también cumplen con la categoría de derechos subjetivos cuya titularidad conlleva una clara disposición de los mismos, conforme describe Montero Aroca, pues resulta claro que la ejecución del instrumento de seguro contratado a favor del trabajador no requiere de pronunciamiento judicial alguno, estando en todo momento las partes aptas para convenir con las calificaciones de invalidez y liquidaciones que se practiquen por la vía directa.

22 Garmendia Arigón 1999: 618.
23 Vinatea Recoba (2005): 374.

V. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO EN CONTROVERSIAS DEL SCTR

En este acápite abordaremos finalmente el argumento resaltado en la segunda sentencia del Tribunal Constitucional, referido a la procedencia tramitar regularmente vía procesos de amparo, controversias relacionadas con el SCTR, en calidad de vía alternativa y no residual como correspondería.

5.1. Existencia de una vía procedimental determinada por norma expresa

El artículo 9° del D.S. N° 003-98-SA consigna claramente la forma de resolver las controversias en materia del SCTR:

> "La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los artículos 90° y 91° del D.S. N° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del D.S. N° 006-97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en la que se encuentren involucrados los intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, ESSALUD, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS".[24]

Como bien se puede apreciar, el proceso estaría predeterminado por una norma legal en la cual se plasma la voluntad del legislador a someter a arbitraje las controversias en materia de SCTR, cosa totalmente posible en nuestro ordenamiento jurídico donde el arbitraje goza del reconocimiento por parte de la Constitución como una jurisdicción privada y de carácter excepcional. En todo caso, de pretenderse otra vía como la del amparo, el demandante tendrá que demostrar objetiva y fehaciente que el arbitraje no es idóneo o sustentar el carácter de urgente para que el juez proceda a admitir la demanda de amparo[25].

24 Art. 9° del D.S. N° 003-98-SA.
25 Castillo 2006: 750-751. Si bien el autor en relación a este tema se refiere al proceso laboral, creemos que su razonamiento es válidamente aplicable a la jurisdicción arbitral y al tema que nos ocupa.

5.2. Las cuestiones litigiosas no pueden tramitarse mediante un amparo

Los trabajadores o ex trabajadores, que presentan sus demandas de amparo para el otorgamiento de prestaciones económicas del SCTR, anexan documentos y certificados médicos que acreditarían su supuesta condición de invalidez; sin embargo, estos documentos no contienen ni pueden contener el grado de menoscabo.[26] Dicha información resulta un requisito fundamental para determinar el tipo de prestación y el monto de la misma. Como señala Castillo:

> "El amparo no es una vía que puede ser empleada ante el ataque de cualquier derecho, sólo protege derechos constitucionales, más precisamente, el contenido constitucional de los derechos"[27].

De acuerdo a esta idea, se infiere que no sólo es tarea de las partes señalar el contenido constitucionalmente protegido del derecho reclamado, sino también ofrecer las pruebas que se dirijan a causar convicción al juez y así ver amparada su demanda. En la medida que en estos casos, las pruebas nunca van a poder alcanzar esa efectividad por no corresponder a las instancias establecidas de evaluación y adolecer del porcentaje de menoscabo ocupacional requerido, el proceso de amparo siempre va a devenir en improcedente, a menos claro que a pesar de ello se aventure un pronunciamiento como en el caso de una de las sentencias del Tribunal analizadas, donde reconocen una enfermedad profesional a un trabajador en función a un dudoso certificado médico que no se condice con el tipo de labor realizada y los riesgos a los que estuvo expuesto. Dicho reconocimiento finalmente, es además imposible de ejecutar por cuanto al no contar con porcentaje de menoscabo se ordena que éste sea asignado por un ente que no es competente para ello.

Estos pronunciamientos sobre el fondo de la materia, hasta el momento no son tan numerosos y se restringen principalmente a las Cortes Superiores, predominando mas bien hasta el momento, según tenemos conocimiento, aquellas sentencias en las que si bien se declara infundada la excepción de arbitraje, se declara finalmente improcedente las demandas en tanto existen temas probatorios pendientes, ordenando encausar el asunto por la vía

26 El grado de invalidez es necesario para la liquidación de la prestación económica y se establece a través de instancias de evaluación predeterminadas en las normas técnicas, utilizando criterios de calificación que difieren totalmente de cualquier otro utilizado para calificar una invalidez general.

27 Castillo 2006: 865.

procedente, lo cual irónicamente termina siendo la vía arbitral (ya que es muy poco probable que ante este panorama escojan el Poder Judicial).

Finalmente, sólo nos queda reafirmarnos en el reconocimiento del arbitraje como vía idónea, no sólo desde un punto de vista legal, sino también en atención sobre todo a criterios de especialidad y celeridad en la resolución de este tipo de controversias del SCTR, que se reflejen en un respeto de los fueros y vías jurisdiccionales pre establecidos, de manera que no se altere el funcionamiento del SCTR y por ende de todo el Sistema de Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

- CAIVANO, Roque. "El Arbitraje: Nociones Introductorias". En http//www.derecho-comercial.com, página consultada el 17 de setiembre de 2006.
- CASTILLO, Luis: Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: Ara Editores – Universidad de Piura, 2004.
- CHOCRON GIRALDEZ, Ana María: Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona: Bosch , 2000.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario. "Arbitraje y acceso a la justicia del trabajo". En: Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales. Tomo XLII, N° 195 (1999), pp. 592-620.
- GASPAR LERA, Silvia: El ámbito de aplicación del arbitraje. Pamplona: Aranzadi, 1998.
- LÓPEZ, Juan y José Francisco BLASCO. Curso de Prevención de Riesgos Laborales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 diciembre). Madrid: Civitas, 2004.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Navarra: Thompson Aranzadi, 2005.
- REYNAUD, Emmanuel: "Seguridad Social para todos: balance de la situación y retos a nivel mundial". En: Relaciones Laborales, N° 15-16, año XXII (agosto 2006), pp. 13-41.
- VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS Alfredo Luis: La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido de una relación individual de trabajo, en: Aportes para la reforma del proceso laboral peruano. -- Lima : Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2005. p. 365-374.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES Y LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA PENSIONARIA

JORGE LUIS MAYOR SANCHEZ *

"La Reforma Laboral en un Estado es permanente, no debe ser un proceso traumático y ocasional".

PERCY ORESTES ALARCÓN BRAVO DE RUEDA

Sumario:

I. La Protección constitucional de los derechos laborales y de los derechos pensionarios. II. La Problemática pensionaria en el Perú y la protección constitucional de la defensa de la persona pensionaria en el Perú. III. Las Decisiones políticas y sus consecuencias sociales y económicas. IV. Iniciativa y decisión legislativa. V. La seguridad social y su protección tridimensional. VI. Los problemas del sistema de reparto. VII. Los problemas estatales, gubernamentales y políticos. VIII. Cuestionamientos de la reforma constitucional. IX. Conclusiones. Bibliografía.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca - España. Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho del Trabajo y Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Salamanca - España. Diplomado en Dirección Estratégica de Recursos Humanos y Relaciones Internacionales, Diplomacia y Medios de Comunicación por la Universidad Complutense de Madrid.

I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE LOS DERECHOS PENSIONARIOS

La Constitucionalización creciente del Derecho en general y del Derecho del trabajo y previsional en particular encuentra una de sus manifestaciones más señaladas en el papel de los derechos fundamentales y libertades públicas del país. No es preciso exagerar la importancia de su penetración en el ámbito del trabajo subordinado, calificado en general, como "contrario en su principio a los ideales de libertad e igualdad". La creación del Derecho del Trabajo y su condición de disciplina autónoma frente al común contractual ha respondido justamente a la necesidad de asegurar los principios de libertad e igualdad contractuales en materia laboral y limitar los principios de subordinación o dependencia y jerarquía entre las partes. La intervención legal y la negociación colectiva han sido los medios idóneos para alcanzar este fin, limitando aun más la autonomía individual, absorbiendo la función reguladora del contrato de trabajo, en pro de conceder a los trabajadores un estatuto protector.

El proceso de la "protección constitucional de los derechos laborales" ha sido analizado en innumerables ocasiones. En la doctrina comparada española seguramente nadie lo ha descrito con la precisión y profundidad con que lo hizo el desaparecido maestro y Catedrático en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid Don Manuel ALONSO OLEA en su magnifica obra Introducción al Derecho del Trabajo. En esa descripción, la actuación colectiva es "exigencia de libertad" e igualdad mínima de los trabajadores con relación a los empresarios, sin la cual las relaciones contractuales son imposibles pereciendo con ellas la libertad y el contrato en su modo de articulación ("una vez reconocida la frecuente impotencia social de la voluntad libre" del trabajador en el contrato individual). El Estado "es el único garante actual e histórico de que la igualdad y la libertad se darán en el transcurso del tiempo". El proceso también ha sido analizado en términos jurídicos-constitucionales en numerosas ocasiones por los estudiosos del Derecho del Trabajo peruano. La reconstrucción de la actuación o autonomía colectiva y de la intervención estatal a partir de la libertad constitucional de asociación, de la cláusula del Estado Social de Derecho y de los "derechos fundamentales de corte social" desembocan también en la afirmación de la libertad en el contrato de trabajo y su contenido interno entre las partes que los suscriben y la manera como lo ejecutan o llevan a cabo.

La construcción conceptual del Derecho del Trabajo sobre la base de la Constitución ha contado con diferentes intentos a lo largo de la historia a partir de la historia misma de la constitucionalizacion de los Derechos Laborales –que marco un profundo corte en el Derecho del Trabajo-, comenzando por lo tempranamente protagonizado en su momento por los laboralistas europeos. El fenómeno, por tanto, no es nuevo. Sin embargo, en las últimas décadas y en los últimos años se ha iniciado en el Perú a raíz de una primavera democrática un movimiento de invocación de los derechos fundamentales y libertades públicas para cumplir esa misma finalidad de salvaguarda de los valores de libertad e igualdad en las relaciones laborales y de protección de los trabajadores que presentan unas connotaciones nuevas.

En esta renovación constitucional de los "derechos laborales" no se trata ya de hacer compatibles los derechos fundamentales con el contrato de trabajo, sino de afirmar la condición de aquellos elementos básicos y estructurales de dicha relación contractual que expresan la superación de la lógica del intrínseca y intercambio patrimonial a que sirve el contrato de trabajo en su caracterización dogmática. La consecuencia teórica de esta posición doctrinal, superada la "legislación promocional" de los Derechos Fundamentales y el "positivismo constitucional", envuelve una cierta vuelta o la recuperación del contrato de trabajo con una individualización de nuevo enfoque, diferente a la sostenida por las tesis individualizadoras que se propagaron con la desregulación en las ultimas décadas de excesivo liberalismo; una nueva función que añade a las "polivalencias" del contrato de trabajo. Pero tampoco se trata únicamente del "descubrimiento del individuo", de afirmar o permitir un espacio de vida individual constitucional y un proceso de individualización de los trabajadores dentro de la regulación estatal y convencional colectiva, sino de extraer del contrato de trabajo, en su caso a través de la jurisprudencia, criterios de regulación del ejercicio básico y cotidiano de los derechos fundamentales que se irradian después al legislador y a la negociación colectiva cuyos alcances incidirán en el ámbito laboral de los trabajadores en un futuro cercano. Es, pues, un "neocontractualismo" diferente. Con toda una serie de dificultades legales y sociales por articular y desarticular.

Es el propio contrato, que podría justificar la desigualdad jurídica y los poderes directivos del empresario para con el trabajador en "un nuevo reto al paradigma de la correlación de fuerzas en pro del equilibrio y la tutela del in dubio pro operario" al cual de cierta manera se le limitaba, restringía y se le negaba en la practica su autonomía respecto a lo conceptuado en la Constitución

Política peruana, que se erige como instrumento en la medida de lo posible en defensa de la libertad del trabajador y de establecimiento de nuevas reorientaciones al ejercicio de la libertad de empresa, que recrean nuevas formas organizativas productivas complejas que se proyectan sobre la organización del trabajo y el marco de las relaciones laborales con exigencias sobre la libertad personal desconocidas en su momento en el mundo industrial y que se han visto desbordadas por el uso de las tecnologías de la información y de la producción en el proceso productivo empresarial. La consecuencia no deja de reforzar la paradoja esencial, que anida en la esencia del contrato de trabajo: el mismo contrato que instala la subordinación del trabajo e incluso la amplia y sofistica por la acción de la irrupción de las nuevas tecnologías de la información sirve para limitarla, insertando la Constitución en su seno y en la empresa los derechos fundamentales con cierta capacidad de proyección hacia su regulación.

En esta "precomposición constitucional del contrato de trabajo" para el Catedrático en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pompeu Fabra Salvador Del Rey Guanter la subordinación no desaparece; cambia su justificación jurídica, su campo de actuación y la posición de los trabajadores subordinados o dependientes en la empresa, a los que a través de los derechos fundamentales se les reconoce una esfera de libertad, autonomía personal y de trabajo que se corresponde mas y mejor con las nuevas necesidades empresariales y del mercado a los que el Derecho no puede mantenerse relegados, las nuevas formas de organización del trabajo y la flexibilización normativa, aunque en ocasiones puede entrar en contradicción con los intereses empresariales desde una óptica juseconómica.

El modelo tradicional de trabajo subordinado va dejando paso al trabajador con iniciativa propia con poder de empoderamiento, al marco de la autonomía decisional, a la calificación y responsabilidad inescindible de la libertad, a la valoración del "capital humano" como pieza clave de los "Derechos Laborales, Derechos Pensionarios a través de la Justicia Constitucional y del Derecho del Trabajo y el Derecho Previsional" exigidos por la boyante tecnología del conocimiento y de la comunicación, a las empresas flexibles, golondrinas y deslocalizadas y, como vía preferente de regulación, al desarrollo y revitalización de un instrumento por naturaleza dinámico y flexible como es el derecho a la negociación colectiva muy dejado de lado en el Perú en las ultimas décadas.

Este análisis del contrato de trabajo desde el punto de vista de los derechos fundamentales y libertades públicas proporciona cambios insospechados en el entendimiento de su regulación jurídica de corte tradicional. La relativa a la

movilidad geográfica, a los pactos de no concurrencia o al tiempo de no trabajo y de trabajo, por ejemplo, instituciones concebidas para "alargar la esfera de la subordinación", adquieren nuevas perspectivas desde la libertad de trabajo que pueden ser reconocidas y mejoradas en las Constitución Política peruana e incluso temas no tratados aun legalmente en la futura Ley General de Trabajo como el Teletrabajo. Ante ello surge la situación de la dignidad de la persona humana como trabajador tanto en su fase activa como en su calidad de cesante o jubilado y en su momento como pensionista, la cual es entendida como la capacidad de "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y el libre desarrollo de la personalidad que constituyen límites que ningún poder público o privado podrían vulnerar". La dignidad personal no es posible sin libertad ni la tutela de esta sin la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. De ahí que, la libertad sea el fundamento de todos los derechos y libertades (claramente recogidos así en los artículos 1°, 10° y 11 de la Constitución Política). Los derechos y libertades de que son titulares los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo, caracterizado por la naturaleza personal de la prestación, limitan los poderes empresariales tanto del empresario y su incidencia en las relaciones con el trabajador o sus trabajadores, el contrato de trabajo, por tanto; se caracteriza también por la subordinación del trabajador a unas reglas de juego por demás "inequitativas y/o injustas", limitando y restringiendo a su vez el ejercicio de sus derechos fundamentales. El contrato, que atrae la aplicación de la Constitución puede pronunciarse y concretar esa aplicación, es la institución que hace la síntesis del juego de limitaciones reciprocas que se corresponden con los intereses enfrentados en las relaciones de trabajo y en esa aplicación, es la institución que hace la síntesis del juego de limitaciones reciprocas que se corresponden con los intereses enfrentados entre las partes.

Pero mas allá del contrato y de la función de la Constitución de legitimación del sistema jurídico, esa constitucionalizacion "contractual" de los Derechos Laborales alcanza a los diferentes elementos integrantes del Derecho del Trabajo y a la Seguridad Social a través de los Derechos Pensionarios y a su doctrina que desde hace años se cuestiona en que medida la "ascensión" de los derechos fundamentales, la hegemonía del discurso social y constitucional sobre los mismos, modifica su entendimiento tradicional, la comprensión "ideal y típica" del Derecho del Trabajo y del Derecho Previsional.

La problemática que esta nueva constitucionalizacion plantea y supone una vez mas una profunda renovación del contenido y papel de la ley, afectada por

los cambios continuos a los que el Derecho del Trabajo y el Derecho Pensionario deben adaptarse. La intervención legal, que sigue siendo necesaria e indispensable, es, sin embargo, provisional ante las transformaciones económicas y tecnológicas, y ante los propios defectos de la elaboración legislativa –la calidad de la ley repercute en su número y modificaciones: si las leyes son mejores se harán menos leyes-, que convierten aquella en "un proceso continuo y abierto". Frente al cambio legislativo los derechos fundamentales proporcionan estabilidad al convertirse en las referencias normativas del nuevo mundo de trabajo pese a la incidencia en los mismos de la irrupción de la innovación tecnológica.

En cuanto a los contenidos de la intervención legal, su evolución manifiesta exigencias y líneas contradictorias: de flexibilización de las condiciones de empleo y de favorecimiento de la libertad de organización jurídica y de la competitividad económica de las empresas sean estas nacionales o transnacionales, de un lado, y de incorporación de referencias mas o menos desarrolladas a los derechos fundamentales de los trabajadores y pensionistas, de otro. La retirada de la ley de la organización y regulación de las condiciones de trabajo mediante la conversión de su regulación en dispositiva (o mediante su desaparición sin mas o la inclinación decidida hacia los valores de permanencia y competitividad de la empresa en la economía productiva) se corresponde con su apertura a los derechos fundamentales hacia un doble papel de establecimiento de limitaciones justificadas y proporcionales a su ejercicio (existencia y "calidad" del marco de la ley) y de apoyo a la efectividad de ese ejercicio por los trabajadores en condiciones de dignidad e igualdad (el preconizado trabajo decente de la OIT) para un grupo crecientemente heterogéneo de destinatarios (mujeres, jovenes, adultos y los excluidos sociales). La ley laboral imperativa mínima se va sustituyendo por la ley reguladora de los derechos fundamentales (no discriminación de ningún tipo, igualdad de oportunidades), operación que mientras para cierta doctrina constituye una de las vías de renovación natural de la función tutelar del Derecho del Trabajo ante las transformaciones de nuestro tiempo, para otra no dejaría de encubrir una reformulación empobrecida bien de un orden publico social en declive, bien de los propios derechos fundamentales al caer en la sentencia de que "si todo es fundamental, nada es fundamental".

Lo cierto es que, así concebida, la tutela legal imperativa se destina a los comportamientos sustanciados en el ejercicio de los derechos fundamentales, con la dificultad de calificar y definir algunos de ellos, típicamente los referidos a

las condiciones de existencia o de hechos "sociales" y, entre ellos, típicamente los referidos el derecho al trabajo y de la seguridad social y de regular otros en las condiciones de accesibilidad general e inteligibilidad (regulación identificable y transparente) que reclama la seguridad jurídica entre las partes. Si, además, la ley sobre derechos fundamentales opta por incorporar una "versión minimalista" de esos derechos su efecto se traducirá en acentuar el desplazamiento y movilización de la regulación de las relaciones de trabajo hacia su contractualizacion, hacia uno de los instrumentos mas valiosos e imaginativos que es la negociación colectiva y el contrato individual suscrito entre el trabajador y el empleador y, al final, hacia este ultimo, convertido en "fuente real de la relación de trabajo" e instrumento "optimo" de gestión del capital humano en todas las esferas productivas en el "Mercado de Trabajo".

Diferentes son también las relaciones entre la ley como expresión de la soberanía nacional y la acción de derechos supranacionales (consecuencia de la apertura de las fronteras del comercio y de la internacionalización de la economía), como la Comunidad Andina de Naciones, el Derecho Comunitario de la Unión Europea que, han ido alimentando las culturas jurídicas nacionales, y entre ellas la peruana las cuales deben responder a las amenazas de la interactividad prestacional y a la búsqueda de una respuesta a la desestabilización de los derechos nacionales (producto de las deslocalizaciones de trabajo, la movilidad empresarial y la fuga de empresas en los espacios económicos). La internacionalización de la respuesta ha sido siempre el reto y un desafió creciente a la actividad normativa de la OIT y en ese mismo fin se sitúa la Constitución peruana para dar respuesta a los apremios de la evolución de los procesos productivos y su afectación al Derecho del Trabajo y al Derecho Previsional.

En este contexto se renueva también, y decisivamente, el papel de la jurisprudencia. Corresponde a las decisiones judiciales la aplicación en cada caso del contenido de esos derechos y la fijación de sus limitaciones por el contrato de trabajo, compatibilizando las lógicas antagónicas de las relaciones de trabajo dentro de la amplitud e indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales, en el marco de su regulación legal, convencional colectiva o del propio contrato, si existe. Tan delicada tarea, que se instrumenta a través de juicios de merituada ponderación, convierte a la jurisprudencia en elemento crucial y central del sistema, en el que, frente a la reforma legislativa incesante, la jurisprudencia de los derechos fundamentales aporta continuidad, especialmente si los diferentes Tribunales peruanos llamados a realizar esta tarea –en el plano de la legalidad y de la constitucionalidad- atizan criterios coincidentes y seguros.

La dimensión colectiva de las relaciones laborales, uno de los rasgos más originales según muchos laboralistas, se desarrolla a partir del reconocimiento del derecho de libertad sindical y de sus medios típicos de acción, conjunta o separadamente, como derechos fundamentales intrínsecos. Con la finalidad inicial de favorecer el ejercicio de la actividad sindical en la empresa, ese reconocimiento constitucional ha servido después para extender el derecho a la negociación colectiva como instrumento negocial, expandido también por la influencia del Derecho Laboral Internacional, Transnacional o Transfronterizo en el que se configura como un decisivo instrumento de gobierno político del mercado de trabajo en el marco de las relaciones laborales, pasando por la etapa de las construcciones doctrinales sobre el concepto de ciudadanía en la empresa, de trabajador como pieza fundamental en el proceso de desarrollo de la actividad de trabajo o sobre la construcción de la democracia empresarial o social en la que intervienen tanto los empresarios como los trabajadores e incluso los trabajadores en edad de jubilación o cese.

El cambio del alcance y significación del derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental tan venido a menos en los últimos años en el ordenamiento jurídico peruano no solo tiene que ver con su diferente actuación en la realidad en relación con la ley promovida en el ordenamiento laboral peruano mediante una elaboración "refundacional" de la negociación colectiva y su mas directa y mas flexible vinculación a los derechos fundamentales.

Los convenios colectivos están sujetos a la Constitución y a la ley. Pero al ser la autonomía colectiva expresión de la autonomía privada, según la jurisprudencia nacional, las "exigencias indeclinables" de los derechos fundamentales "no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos". Su aplicación en el ámbito de los convenios colectivos ha de ser "matizada", "racional" y "real" para ser "compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad", esto es, con el conjunto equilibrado de prestaciones y contraprestaciones en que el convenio consiste, cuya función no tiene por que ser la de responder al cumplimiento de los mandatos que la Constitución impone a todos y cada uno de los poderes políticos, sino la de satisfacer los intereses de los contratantes única y exclusivamente entre las partes. Cosa distinta es que los convenios colectivos puedan responder también a esos mandatos constitucionales y a los derechos constitucionales y que sea normal que lo hagan, pues en la medida en que participan de la condición de fuentes del derecho y la ley se sirve de esa condición para que a través de los convenios colectivos se incorporen normas que escapan a los intereses de

quienes las negocian para realizar objetivos y políticas de interés general (de empleo, de formación y calificación profesional, de igualdad de genero entre hombres y mujeres, la implantación de clausulas de descuelgue salarial, de la dinámica de bolsas de horas, la participación en los cambios estructurales en la empresa, etc). Los negociadores no pueden sustraerse a las exigencias de los derechos fundamentales de cada una de las partes y, desde luego, a la prohibición constitucional de discriminación como postulado base, pero han de poder atender a las circunstancias concurrentes en la negociación colectiva, a la lógica de compromisos y contrapartidas a la que responde su naturaleza consensual y negocial que les proporciona unidad y coherencia, y a las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y acuerdos, claro "siempre que resulten constitucionalmente admisibles a todas y cada una de las partes involucradas en la relación laboral.

Puede también el contrato de trabajo fijar los modos y medidas de aplicación de los derechos fundamentales en su respectivo momento. La Constitución no solo no debe quedarse a las puertas de las fábricas o de los centros de trabajo, sino que entra y debe entrar en la empresa a través del contrato de trabajo ordenado sin suspicacias ni cartas libres o bajo la manga que atan a una de las partes, siempre por lo tanto serán muy bienvenidos los pactos que estos incorporen y que resulten, como los colectivos, constitucionalmente admisibles.

La influencia de los derechos fundamentales en la actual dinámica económica y del trabajo es así destacada y en sus proyecciones las relaciones entre privados cobra tanta importancia, sin embargo, no expresa de modo constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva y enfoque de los derechos fundamentales sustantivos en juego, las razones justificativas de la decisión adoptada. El examen constitucional se efectúa entonces atendiendo al contenido básico y constitucional del derecho, sin que sea necesario utilizar los mismos criterios aplicados por los órganos judiciales para esa definición, ya que, "sus razones no vinculan" al Tribunal Constitucional "ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales".

El Tribunal Constitucional no se limita, por tanto, a examinar la razonabilidad de la motivación de la sentencia o sentencias objeto de impugnación aunque en algunos casos la motivación sea también irrazonable o deficiente. Verifica si los órganos judiciales han hecho una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales puestos en conflicto, lo que solo puede hacer ponderando por si mismo dichos derechos para comprobar si la restricción

impuesta por los órganos judiciales a uno u otro esta constitucionalmente justificada como de derecho.

En el terreno de los conflictos ínterprivados se ha producido una ampliación material del campo de la constitucionalidad y de la significación normativa de la Constitución que aleja la situación actual de la que estuvo presidida por la problemática de la eficacia horizontal, directa o indirecta a través de la ley, de los derechos fundamentales dirigida a abrirles camino en el contrato de trabajo y en la empresa de los conflictos ínterprivados se ha producido una ampliación material del campo de la constitucionalidad y de la significación normativa de la Constitución que aleja la situación actual de la que estuvo presidida por la problemática de la eficacia horizontal, directa o indirecta a través de la ley, de los derechos fundamentales dirigida a abrirles camino en el contrato de trabajo y en la empresa. Los derechos fundamentales en el Derecho Laboral actúan en la "zona contractual" de la condición de trabajador y de la condición de empresario, delimitada por un contrato de intercambio económico, y se hayan limitadas o restringidas por esta. Las jurisprudencias constitucionales han jugado un papel decisivo en este proceso. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la propia regulación nacional, han ayudado también a esa ampliación material, trasladando un lenguaje que empieza a ser común en las disposiciones legales, decisiones judiciales y en la practica de las relaciones laborales en el ordenamiento jurídico peruano.

La "relevancia constitucional" que ha ido dictando el Tribunal Constitucional empezó predicando de las organizaciones empresariales y sindicales se ha extendido por la fuerza de irradiación de los derechos constitucionales a los diferentes sectores de la vida laboral tanto en aspectos sustantivos (libertad y dignidad personales versus la subordinación del trabajador) como procesales (indefensión). Las transformaciones sociales han producido un innegable fenómeno de "movilización" de los recursos ofrecidos por la Constitución, que sin duda han contribuido a la penetración de los valores democráticos en las relaciones de trabajo, pero también con los riesgos señalados de la reducción del impacto de los derechos fundamentales y de sustitución por estos de las técnicas de tutela clásicas del Derecho del Trabajo y su vinculación a la dimensión contractual de la situación del trabajador.

El juicio de ponderación trata de preservar el necesario equilibrio entre los derechos del trabajador y las obligaciones por el asumidas como consecuencia del contrato y, consiguientemente, el correcto y ordenado desenvolvimiento y satisfacción de los intereses empresariales; entre "las necesidades de eficacia y la

competitividad de las empresas" y "los valores personales de que es portador el factor trabajo por expreso reconocimiento de las prescripciones constitucionales", entre "lo que se justifica en la lógica de un contrato de intercambio y lo que no se puede exigir porque existen derechos fundamentales que pertenecen al trabajador y en el futuro como pensionista en cuanto a persona y como ciudadano".

II. LA PROBLEMÁTICA PENSIONARIA EN EL PERÚ Y LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA DE LA PERSONA PENSIONARIA EN EL PERÚ

En su momento el Sistema Pensionario nació en el Perú con "la Ley del 22 de Enero de 1850 concernientes a la cesantía y jubilación, el mismo que se amplío el 04 de noviembre de 1851 a la prestación de montepío, que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes. Desde entonces, existió en el Perú la denominada Ley de Goces o Ley de Cesantía, Jubilación y Montepío, elaborada por el Régimen de Gobierno de don Ramón Castilla."[1] Y con el D.S. de 31 de Agosto de 1934 para los obreros.[2]

Continuando con la presente ponencia buscare analizar, cuestionar y proponer nuevas alternativas al sistema pensionario desde el aspecto legal, administrativo, político, técnico y financiero.

- La problemática pensionaria de las leyes 19990 y 20530 en el Perú se sustentan y se sustentaban en lo siguiente:

a) En la contienda interpretativa entre la Teoría de los Derechos Adquiridos y la Teoría de los Hechos Cumplidos "felizmente ya superada".

La primera buscaba defender y conservar los derechos ganados en el tiempo, mientras la segunda "optaba por defender la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado peruano tiene de alterar los mandatos".

Es decir, establecida la contienda teórica y los criterios aplicativos de cada una de ellas en su momento, nos adherimos a la tesis de sustento constitucional,

1 CAMPOS BALAREZO, Juan Manuel (2004) Cuestionamientos a las medidas dictadas por el gobierno respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530 : leyes y modificación de la Constitución. Lima, Ed. Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Humanos, pág. 79.

2 ROMERO MONTES, Francisco Javier (2005) Algunas consideraciones acerca de la enmienda constitucional en materia pensionaria. Vox Juris, Tomo 12, págs. 390.

proteger al trabajador y sus aportes sociales y en su momento a la defensa de la titularidad de su persona como: "persona pensionaria". No se trata del dinero de la población, sino de los recursos de los propios servidores y/o trabajadores públicos o privados aportantes. De tal modo que no se trata tampoco de una recompensa del Estado o del empleador como mal podría interpretarse. Por el contrario, estamos frente a una obligación que el Estado debe y tiene que asumir por haberse apropiado indebidamente e injustificadamente de los recursos a lo largo de los años que no le correspondían por ningún motivo a través del Sistema Público de Pensiones.

III. LAS DECISIONES POLÍTICAS Y SUS CONSECUENCIAS SOCIALES Y ECONOMICAS

Las posiciones políticas en materia pensionaria han sido encuadradas en cuanto a mantener, regular, fusionar o desaparecer, eliminar, extinguir, cerrar o abrogar los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530:

(a) Los que deseaban mantenerlas, argumentan en su momento la "Teoría de los Derechos Adquiridos", el respeto a la seguridad jurídica, la defensa del trabajador y sus aportes sociales en una especie de prehistorización del Derecho Pensionario cada vez venida a menos hasta que fue definitivamente modificada;
(b) Los que desean regularlas, argumentan una adecuada política remunerativa que no perjudicara la economía del país, un argumento econométrico fundado en una política social que evitase la quiebra financiera y económica del Estado.
(c) Los que deseaban fusionarla, argumentan la administración unitaria de los regímenes pensionarios a cargo del Estado sabiendo de antemano la pésima experiencia gubernamental en el manejo de los aportes pensionarios de los trabajadores cometiendo manejos inadecuados en la inversión y rentabilidad de esos cuantiosos recursos económicos sin una visión de futuro y entregándolos por completo a la administración privada.
(d) Los que desean desaparecerla, argumentan la necesidad de disminuir el gasto público para invertirlo en necesidades urgentes la posición más absurda, pues, siempre hay en todo Estado y el peruano no es la excepción a la regla una carga social. Por lo tanto, la única solución viable era la privatización de los sistemas pensionarios acordes con los tiempos y la realidad económica del país.

IV. INICIATIVA Y DECISIÓN LEGISLATIVA

En su momento, el día 13 de abril del año 2004, el Poder Ejecutivo en forma histórica envió un Proyecto de Ley que planteaba la modificación de los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 para reducir el monto de las pensiones del Decreto Ley 20530 con el convencimiento de que la eliminación del régimen pensionario del D. Ley N° 20530 abriría las puertas para la tan ansiada reforma del Estado peruano, tan venida a menos con funestos resultados y que favoreciera a los menos desfavorecidos. Por lo que, el Congreso de la Republica sancionó su cierre definitivo al abolir la nivelación de los pensionistas amparados en dicha normativa con los sueldos de los servidores en actividad y cerrar constitucionalmente tan irreal régimen pensionario. "Con la Ley N° 28389 se modificaron los artículos 11°, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, estableciendo principalmente: Con ellos vías para importantes reformas constitucionales, como el cierre del Decreto Ley N° 20530 (cedula viva), que puso fin a un sistema obsoleto, inequitativo y sumamente oneroso para el Estado. Esto se produjo el 12 de noviembre del 2004 en que el Congreso de la Republica aprobó, en un acto considerado histórico, la segunda y definitiva votación de la reforma constitucional que cerro el régimen de la cédula viva.

Por otro lado:

i) La administración unitaria de los regímenes pensionarios a cargo del Estado como viabilidad seria por demás absurdo sabiendo de antemano la inexperiencia y el mal manejo por parte del Estado de los recursos pensionarios de los aportantes que se habían convertido en la caja chica del Estado para cualquier otro fin menos para mejorar la calidad de los sistemas de pensiones sujetos a su cargo;
ii) El principio jurídico que prima es la aplicación inmediata de las leyes sin más discusión que su inmediata aplicación anteponiendo los intereses de la sociedad y del Estado en pro del bienestar y en principio de las pensionistas que menos perciben al amparo de la Protección Constitucional de los Derechos Pensionarios;
iii) El cierre definitivo del régimen de pensiones del D. Ley N° 20530 del sistema pensionario peruano como una limitación que en su propia esencia

amenazaba con atentar contra la propia naturaleza del sistema de pensiones en el Perú,

iv) Las nuevas reglas han ajustado el régimen del D. Ley N° 20530 con el fin de hacerlo equitativo económico y financieramente viable; habiéndose eliminado la nivelación – efecto espejo – de las pensiones con las remuneraciones de los servidores en actividad.

"La iniciativa histórica y la decisión política adoptada busco en forma madura reestructurar el sistema nacional de pensiones, racionalizar el gasto público y del Estado peruano y limitando los derechos pensionarios, nos preguntamos y nos cuestionamos entonces: ¿Y el compromiso gubernativo y legislativo de Protección a los Derechos Humanos y Constitucionales de la Seguridad Social en torno a la persona consagrados en la Constitución y en cada una de las leyes de corte pensionario en el Perú?

Cuál es el fin que se ha perseguido a lo largo de los años, de los gobiernos, de las administraciones de los sistemas de pensiones, ya sean públicos y/o privados. Podemos concluir previamente que han sido quebrantados en su momento en cada instancia administrativa y en su momento en cada instancia jurisdiccional.

V. LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU PROTECCIÓN TRIDIMENSIONAL

La Seguridad Social en cuanto a sus fondos y reservas han sido mal administrados, sin observar las reglas de previsionalidad, sostenibilidad y legalidad en cada momento. De acuerdo a la Constitución Política del Perú, en el Capitulo II de los Derechos Sociales y Económicos, en su artículo 11 se expresa el Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones:

"El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento."

Asimismo en el artículo 12 de la misma carta magna expresa que "Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley."

La defensa del Estado en su momento se fundamento en el reajuste periódico y la adecuada previsión presupuestaria, olvidando que este dinero no le pertenece al Estado sino a los pensionistas, jubilados y cesantes únicos y verdaderos aportantes a sus sistemas pensionarios.

VI. LOS PROBLEMASDEL SISTEMA DE REPARTO

El reparto tiene como finalidad proporcionar a cada quien lo que le corresponde por derecho sea fijado por ley, en proporción directa a sus aportes, por la entidad empleadora pública, privada o mixta o por el juez en caso de inequidades o injusticias. En un sistema previsional se sustenta en la líquides de la entidades administradoras, en su capacidad de pago y de reserva, en la inversión que busca para generar mayor riqueza, en el orden y simplificación administrativa que debe brindar etc. Digamos que los beneficios fluctúan entre los 20, 30 ó 40 años de servicios al Estado, según el ordenamiento jurídico, la entidad a la que perteneces y el trabajo que desempeñan. La mecánica pensionaria sería entonces la de aportar, ahorrar, invertir y devolver habiéndose multiplicado el dinero inicial en principio. En la cual el pensionista se acoge al postulado de "APORTO PARA QUE DES" y "APORTO PARA QUE HAGAS", el Estado tiene el deber de generar un efecto multiplicador en el dinero que recibe.

Los problemas generados por el sistema de reparto han sido y lo son actualmente:

a) Falsificación y adulteración de documentos con carácter sustentatorio para obtener una pensión. Generalmente se da en el aumento de años, falsos títulos profesionales, diplomas, certificados de trabajo y estudio, partida de matrimonio, certificado médico de invalidez etc.
b) Descuido, olvido o dejadez en el pago de los aportes tanto del empleador como del trabajador.
c) La mala distribución de los Gobiernos en cuanto al dinero pensionario, en programas de salud, educación, vivienda, agricultura, deuda externa etc.
d) Falta de información en cuanto a los cálculos pensionarios
e) Deficiencia y falta de capacitación en el personal estatal.
f) Los altos costos administrativos y la excesiva documentación requerida. Somos un país con una cultura paquidérmica y lenta tanto en la esfera pública como en la privada.
g) La inadecuada gestión y lealtad en la administración de los fondos y cajas de empleados y sus programas por el Estado "muy mal administrador" y los particulares para quienes una Administradora de Fondo de Pensiones no es una beneficencia sino un "negocio" pensionario.

h) El aumento de la esperanza de vida y el bajo rendimiento económico hasta la fecha de la sociedad peruana lo cual se esta revirtiendo poco a poco.
i) La alternativa para lograr estabilidad financiera, económica y presupuestal seria:

(1) Lograr un control sobre los actos finales de inversión,
(2) Lograr un acuerdo entre lo que se aporta y lo que se da, reduciendo los gastos de administración y comisiones, evaluando los acuerdos aprobados por las ONP. AFPs y el MEF y
(3) Lograr una capacitación del personal en temas de cálculos actuariales, contables, matriciales, algoritmos y de computo, asimismo para evitar discordancias en los pronunciamientos y evitar la impugnación en cada una de ellas, seria recomendable crear una sola entidad pensionaria completamente independiente y solidamente técnica, económica y no solo administrativa como la Ex Superintendencia Administradora de Fondos de Pensiones.

VII. LOS PROBLEMAS ESTATALES, GUBERNAMENTALES Y POLÍTICOS

Si bien es cierto, que cuando aparecieron las AFPs, el Estado se comprometió con los trabajadores que se desplazaran a esta nueva alternativa, a reconocerle un bono de reconocimiento por el periodo que hubieran estado en el régimen anterior. Habiéndose emitido el bono, este era entregado a la AFP para su administración y reinversión.

La solución esta en mantener el respaldo obligacional de las pensiones, el manejo y la decisión política en cuanto a los ingresos y egresos presupuéstales, la viabilidad de los proyecto de inversión, la distribución de los recursos y su intangibilidad, la simplificación de costos administrativos, la concertación política de los partidos en cuanto a la defensa de los derechos pensionarios, la creación de nuevos mecanismos de pago e incentivos, la reducción de los impuestos a los aportes pensionarios.

La reducción de los plazos en cuanto a los cronogramas de pagos, la fiscalización efectiva y la celeridad de la defensoría del pueblo, la contraloría general de la república, el poder judicial, las ONGs y los mismos pensionista mediante el sistema de quejas, sugerencias y reclamos ante INDECOPI por atentar contra los derechos del consumidor y usuario de un servicio

administrativo deficiente, tardío y defectuoso[3] conforme a la Constitución y al amparo y a la protección de los Derechos Pensionarios.

VIII. CUESTIONAMIENTOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

- Existe una triple perspectiva sobre la reforma constitucional:
  Ha sido necesaria e inmediata, porque todo es relativo nada es absoluto, el mundo esta sujeto a cambios y estos cambios deben reflejarse en un cambio constitucional inmediato.
- "La revisión regular de la Constitución no es mas que un medio para evitar la ruptura y no debe emplearse más que en último extremo, cuando una grave crisis política demuestra la urgencia de la enmienda".

IX. CONCLUSIONES

1) Mi posición se sustenta en un control de los actos finales de la reforma laboral y pensionaria, el cual debe encontrarse custodiado por el fin lícito acorde con el derecho, la ley, la moral y las buenas costumbres, no importa que estos actos se han accesorios, subordinados o dependientes. Debemos ser vigilantes, protectores y cuidadosos del fin lícito.
2) Todo cambio legal laboral y previsional debemos interpretarlo de acuerdo al bloque de legalidad y como un conjunto normativo.
3) En el caso concreto, esta reforma no busco perjudicar a los pensionistas, siendo ésta una reforma de carácter constitucional porque se busco con ella preservar el principio de bienestar social, conforme al articulo primero de la Constitución Política del Perú que expresa lo siguiente: "Artículo 1.- Defensa de la persona humana: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."
4) Una vez mas los sustentos del Estado peruano para limitar los Derechos Pensionarios han oscilado, girado y basado en el argumento del gobierno para la reforma constitucional sustentado en:
   a) El Estado deficitario, no tiene dinero suficiente para cubrir las obligaciones pensionarias.
   b) La justicia social y el interés público.

---

3 VILLANUEVA HARO, Benito. La problemática pensionaria en el Perú y la defensa de la persona pensionaria. Doctrina. Revista Análisis Jurídico Editora Normas Legales de Trujillo. Diciembre 2005

c) Modernización del Sector Público.
d) Los sistemas pensionarios generan un gasto público, comprometiendo a futuras generaciones de aportantes; y por ultimo,
e) Los intereses estatales están directamente ligados con las AFPs por requerir nuevos afiliados estos últimos se encuentran en constante pugna.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS BALAREZO, Juan Manuel (2004) Cuestionamientos a las medidas dictadas por el gobierno respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530: leyes y modificación de la Constitución. Lima, Ed. Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Humanos, pág. 79.
- ROMERO MONTES, Francisco Javier (2005) Algunas consideraciones acerca de la enmienda constitucional en materia pensionaria. Vox Juris, Tomo 12, pág. 390.
- VILLANUEVA HARO, Benito. La problemática pensionaria en el Perú y la defensa de la persona pensionaria. Doctrina. Revista Análisis Jurídico Editora Normas Legales de Trujillo. Diciembre 2005, pág. 161

SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

ALVARO VIDAL BERMÚDEZ
*CHRISTIAN SÁNCHEZ REYES**

"Los sistemas de seguridad social primariamente pueden invocar los derechos sociales fundamentales, que en la mayoría de Estados están regulados constitucionalmente o son reconocidos en su fundamento en forma de un principio determinante de los fines del Estado. Si falta tal vinculación constitucional del Estado social, entonces existe el peligro que la seguridad social queda totalmente a disposición del legislador (...)"

"Los derechos humanos deben asegurar a nivel internacional un estándar mínimo común para todos los Estados, que se comprometen al cumplimiento de tales estándares. Se trata en consecuencia de una armonización. Los estándares se dirigen regularmente a los Estados, los que son obligados por la aceptación, a adaptar su sistema a los estándares internacionales"
Bernd Baron Von Maydell[1]

Sumario
I. Introducción. II. Surgimiento de la seguridad social y su relación con la previsión privada. III. El derecho a la seguridad social. 3.1.

* Alvaro Vidal Bermúdez es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente del curso de Seguridad Social de la misma universidad, asimismo es asesor técnico de la Comisión de Seguridad Social del Consejo Nacional del Trabajo. Christian Sánchez Reyes es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asesor Técnico de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

1 Director del Instituto Max Planck para el Derecho Social Extranjero e Internacional. Munich. Texto tomado de "Derechos Humanos y Seguridad Social". En XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias Oficiales. Buenos Aires. Argentina. Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Septiembre de 1997. pp. 198 y 201.

Niveles de análisis del derecho a la seguridad social. 3.2. El derecho a la seguridad social en la Constitución. 3.3. El derecho a la seguridad social en el convenio 102. 3.4. El derecho a la seguridad social en la doctrina de la OIT. 3.5. El derecho a la seguridad social según el Tribunal Constitucional. IV. El contexto peruano: mercado de trabajo y cobertura previsional. V. Libre desafiliación y reforma de los sistemas de pensiones. VI. El marco institucional de la reforma: objetivos generales, principios de la seguridad social y reconquista de la solidaridad. VII. Conclusiones. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido casi 15 años desde que inició su vigencia el Decreto Ley N° 25967, norma que creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP). Este sistema ha competido con el sistema nacional a través de una relación que en adelante denominaremos alternativa. Durante este período hemos podido apreciar las fortalezas y debilidades de ambos sistemas, así como las inequidades derivadas del diseño de sistemas alternativos.

A nivel internacional, desde la Economía y el Derecho, se ha evaluado el desempeño de los sistemas privados, sean como mecanismos sustitutivos, alternativos o complementarios a los sistemas públicos. Para algunos analistas el balance del desempeño de los sistemas privados arroja resultados parcialmente positivos, considerándose como uno de sus principales logros el efecto macroeconómico y de incentivo de los mercados de capitales. Sin embargo se admite como necesaria la participación del Estado, no sólo como regulador sino como garante de derechos mínimos. No existe consenso respecto de la relación que debería existir entre los sistemas públicos y privados, pero se reconoce que las soluciones más eficientes trascienden un diseño sustentado exclusivamente en cuentas individuales o de cotización definida, proponiendo la pertinencia de sistemas multipilares[2].

La discusión respecto de la relación público – privado en materia pensionaria no debe soslayar las condiciones políticas y económicas, dimensiones de necesaria evaluación en cualquier intento de reforma. Ello incluye considerar las políticas macroeconómicas, laborales, así como la real capacidad del Estado y su eficiencia administrativa. De otro lado, factores propios del mercado de trabajo, como la presencia mayoritaria de no asalariados, altos porcentajes de afiliados

2 Ver Matijascic y Kay. Op cit. pp. 3 y 25

que no cotizan regularmente, bajos ingresos de la población y la escasa densidad de las cotizaciones a lo largo del ciclo laboral afectan tanto a los sistemas de reparto como a los sistemas de cuenta individual[3].

En el ámbito nacional, creemos que no se ha planteado un debate serio respecto del futuro de los sistemas previsionales, sin embargo se han generado interesantes iniciativas como el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 99 denominado "El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado"[4] que propone la modificación de la relación alternativa actualmente existente.

De otro lado, el Marco Macroeconómico Multianual 2007-2009, aprobado por Consejo de Ministros en el mes de mayo de 2006, en relación a los principios y fundamentos de la política fiscal y de endeudamiento público, ha establecido como metas para el período 2006-2011 la reforma de la relación actual de los sistemas de pensiones orientando su diseño hacia un esquema multipilar (sistema mixto), introduciendo criterios de solidaridad y manteniendo la administración privada de los fondos[5].

Respecto del diseño actual de la relación entre sistemas pensionarios podríamos plantearnos como interrogantes ¿de qué manera se manifiesta el principio de solidaridad en el SPP? y ¿si en un sistema de cuentas individuales el financiamiento de pensiones con presupuesto público constituye expresión del principio redistributivo? Se puede apreciar que ha existido, desde el Estado, cierta intención de corregir algunas distorsiones generadas por la configuración de sistemas alternativos. Estas intervenciones estatales, parciales por cierto, han significado en muchos casos una aplicación no institucional del principio de solidaridad, desnaturalizando su esencia y generando situaciones de inequidad.

El presente trabajo está orientado a desarrollar un marco jurídico institucional que a partir del derecho a la seguridad social otorgue contenido a

3 Matijascic y Kay. Op cit. pp. 24 y 25.

4 El Informe Defensorial N° 99 fue aprobado por Resolución N° 031-2005/DP publicada el 16 de noviembre de 2005 en el Diario Oficial El Peruano. Dicho informe concluye que la competencia entre ambos sistemas ha generado que un considerable número de afiliados al sistema público se traslade al privado provocando un desequilibrio en aquél. El informe propone un sistema público de carácter obligatorio, de reparto, basado en los principios de la seguridad social que proporcione una pensión básica a todos sus afiliados. El sistema privado sería complementario y obligatorio, con cuentas individuales de capitalización y tendría como principal objetivo proporcionar un complemento a la pensión que otorgaría el sistema público. El informe, también reconoce que uno de los problemas cruciales para lograr una mejor cobertura de los sistemas previsionales es alto nivel de informalidad que existe en el mercado de trabajo peruano.

5 En este esquema obligatorio "una parte de las aportaciones de los trabajadores estaría destinada a un fondo para cubrir las pensiones mínimas del pilar solidario con la garantía del Estado y la parte restante estaría destinada al segundo pilar bajo la administración privada y brindaría una pensión complementaria".

una posible reforma que sustituya la relación alternativa entre sistemas por una de naturaleza complementaria, en la que los principios de la seguridad social tengan un rol fundamental y equilibrador.

Para configurar dicho marco institucional, nos planteamos como punto de partida la definición del derecho a la seguridad social, el análisis de sus principios, la regulación y jurisprudencia constitucional y los convenios internacionales que lo desarrollan. En primer término estudiaremos la relación entre mercado y estado en el surgimiento del derecho a la seguridad social y finalmente señalaremos nuestras conclusiones.

II. SURGIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU RELACIÓN CON LA PREVISIÓN PRIVADA

Los primeros seguros sociales tuvieron como causa necesaria aunque no suficiente la existencia de una economía industrializada que condujo a que amplios sectores de trabajadores (agrupados en zonas urbanas y con intereses comunes) requieran y exijan protección frente a determinadas contingencias sociales. Decimos que no fue una causa suficiente debido a que el modelo de producción industrial debió estar acompañado de políticas públicas que buscaban fortalecer la presencia del Estado como proveedor de servicios (Bismarck) para así concretarse en sistemas de seguro social. Ello en un contexto cultural e ideológico donde se privilegiaban las tradiciones comunitarias y una política proteccionista estaba legitimada (Alemania de fines del siglo XIX).

A nivel jurídico el diseño de los seguros sociales consistió en añadir a la técnica propia de los seguros privados (consistente en la agrupación de riesgos y dispersión del costo)[6] ciertas particularidades que sólo el Estado con su poder de coerción podía establecer[7]. Históricamente el aseguramiento obligatorio condujo a otorgar carácter tributario a la aportación, a la administración pública de los fondos y a la provisión estatal de las prestaciones. Asimismo, a la superación del criterio de proporcionalidad entre prima y riesgo (en detrimento del criterio contraprestativo de los seguros privados), privilegiándose el objetivo redistributivo.

6 Gonzalez Molina, María Dolores. Op. Cit. pp 8-9

7 Joseph Stiglitz considera como ventajas del Gobierno en la corrección de las imperfecciones del mercado el poder de imponer tributos, el poder de proscripción, el poder de sancionar y ventajas vinculadas con costes financieros (costes administrativos, evitar problemas de oportunismo, ventajas en mercados de información imperfecta y evitar la selección adversa), lo cual le otorgaría fortalezas en la provisión de protección social. Stiglitz, Joseph. Op. Cit. pp. 63-65.

El desarrollo de los sistemas de seguridad social, otorgando protección a todos los ciudadanos por su condición de tales y no exclusivamente por pertenecer a cierto sector laboral, tiene como contexto el desarrollo de los estados de bienestar y su expresión jurídica mediante el constitucionalismo democrático y social. Luego de la Segunda Guerra Mundial, bien sea por sus consecuencias económicas, por el fomento de las políticas de pleno empleo, o por el triunfo de determinado modelo no sólo político y económico sino además social, los Estados reconocen mayoritariamente el derecho a la seguridad social.

Si bien el Estado tuvo un papel fundamental como proveedor de protección social de manera directa, como ha destacado Esping Andersen[8] los estados de bienestar deben de ser identificados no solamente por lo que hacen, por lo que gastan o por lo que han legislado, sino también con respecto a como interactúan con el mercado. Así señala que "la lógica de cualquier sistema de bienestar social puede aclararse sólo cuando examinamos la interacción provisión pública y privada. Es la interacción lo que define la estructura distributiva global, la relación entre los derechos sociales y los contratos privados, las desigualdades de clase, género o status y, en el análisis final, lo que define los regímenes del Estado del bienestar".

En este sentido, será fundamental tener en cuenta el papel del estado no sólo como proveedor sino ante todo como promotor de mecanismos de protección social. Es decir, evaluar el rol del estado incentivando la participación de los actores sociales en el diseño de políticas sociales, así como en la consolidación del estado de bienestar.

Antes que se desarrollen los sistemas de seguridad social, en muchos países mediante convenios colectivos se acordaron planes de pensiones para los trabajadores o se constituyeron fondos previsionales en beneficio de los mismos. Algunos de ellos fueron posteriormente incorporados al Estado, mientras que otros fueron fortalecidos mediante beneficios tributarios, financieros y administrativos.

En experiencias de transición y consolidación democrática los pactos sociales o acuerdos nacionales, además de contener políticas propiamente laborales incorporaron en su contenido acuerdos de índole previsional y más propiamente de seguridad social. Ello con el objeto de legitimar los acuerdos y establecer políticas de Estado a largo plazo. Las políticas de seguridad social, en las sociedades más desarrolladas tenían como complemento mecanismos

8 Esping Andersen, Gosta. Op.cit. pág. 138

voluntarios de protección social, bien sea mediante beneficios acordados colectivamente o a partir de la conformación de fondos de jubilación privada.

La relación entre Estado y mercado, esta condicionada por el contexto económico y político existente en cada país, asimismo por las tradiciones culturales y el nivel de integración social existente. En el caso peruano la previsión social ha sido históricamente responsabilidad del Estado, y no existió una tradición de protección social privada, salvo algunas experiencias aisladas. La creación del SPP implicó la ruptura de una tradición de previsión social principalmente estatal, la cual se deslegitimó por una ineficiente gestión, la existencia de profundas inequidades y la ausencia de un control adecuado de las inversiones.

Creemos que los problemas que condujeron a la crisis del sistema público fueron de gestión, supervisión y diseño, como por ejemplo la ausencia de fomento de mecanismos previsionales complementarios o la carencia de estudios actuariales periódicos. La crisis de la previsión social pública condujo a una reforma que es preciso recordar no surgió del consenso social ni de la dinámica de los agentes económicos sino de medidas dictadas desde el Poder Ejecutivo en ausencia de un estado de derecho.

III. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Niveles de análisis del derecho a la seguridad social

El estudio de los mecanismos de protección social, en particular de los sistemas previsionales requiere un análisis que incorpore distintas perspectivas. En particular, creemos pertinente diferenciar los niveles de financiamiento, ámbito de aplicación (cobertura subjetiva), gestión, prestaciones (cobertura objetiva) y supervisión.

Respecto de la cobertura subjetiva, es decir a quienes protegen los sistemas, y siguiendo a Esping Andersen[9] podemos clasificar los sistemas de protección social en corporativos, residuales y universales. Serán corporativos aquellos dominados por el Estado, en los que el estatus es un elemento clave para la estructuración de las prestaciones. En estos sistemas la participación privada es marginal y los mecanismos de protección suelen ser segregados protegiendo

9 Esping Andersen, Gosta. Op. cit., pág. 117.

principalmente al sector de los funcionarios. El diseño original del Régimen de Cesantía del Decreto Ley 20530 estaba dentro de esta perspectiva.

Los sistemas residualistas privilegian las reglas de mercado en detrimento de la seguridad social, del privilegio de los funcionarios o de ambos. Mientras que en los sistemas universalistas la cobertura surge de la condición de ciudadano como titular de derechos superando los criterios de status y de mercado. Por definición los sistemas de seguridad social serán universalistas.

La gestión del sistema puede ser privada o pública. La gestión podría estar a cargo del Estado de manera absoluta o delegando algunos aspectos en particulares. O bien, podría residir en particulares de manera total, siendo únicamente el rol del estado el diseño de políticas y la supervisión. En la práctica la gestión de los sistemas previsionales no se desarrolla íntegramente de manera pública o privada, siendo más común una diferencia de grados.

Respecto de la cobertura objetiva, podemos diferenciar entre sistemas que incluyen una amplia gama de prestaciones y otros que sólo comprenden prestaciones de salud y algunas prestaciones económicas. En materia de pensiones se suele distinguir entre prestaciones definidas (generalmente de manera legal mediante el establecimiento de fórmulas y regulación de mínimos y máximos) y prestaciones no definidas cuyo monto estará en función del monto acumulado en la cuenta individual dependiendo del salario del aportante, rendimiento de la inversión y condiciones macroeconómicas[10].

Con relación al financiamiento podríamos distinguir de manera genérica entre sistemas de capitalización individual, sistemas contributivos y sistemas no contributivos (financiados en base al presupuesto público), debiendo anotar que éstos no son necesariamente excluyentes, sino que pueden articularse de múltiples formas. La aplicación del principio de solidaridad se da en el ámbito del financiamiento, siendo este aspecto fundamental para calificar un sistema como de seguridad social.

Consideramos fundamental distinguir estos niveles de análisis para evitar caer en errores conceptuales que conducirían a problemas de diseño. Así, por ejemplo un modelo de gestión privada (teóricamente) podría tener financiamiento colectivo (con distintos niveles redistributivos); mientras que un modelo de gestión pública podría financiar sus prestaciones mediante cuentas individuales. El hecho que históricamente la gestión estatal haya estado

10 Mesa Lago, Carmelo. Op. cit. pág. 20.

vinculada a sistemas de reparto no niega otras posibilidades teóricas, así como que tampoco puedan desarrollarse sistemas privados con financiamiento solidario.

Desde una perspectiva económica Orszag y Stiglitz han señalado que "muchos de los mitos actuales surgen de la incapacidad para distinguir cuatro aspectos de un sistema de pensiones. Específicamente, la mayor parte de las discusiones sobre los sistemas de cuentas individuales presentan en forma conjunta: privatización, "prefunding", diversificación y la diferencia entre las pensiones de prestación definida y las de aportes definidos."[11] Como indican, es posible cualquier combinación de estos cuatro elementos, por lo que creemos que la elección de los elementos del sistema deberá tener como referente además del marco constitucional su eficacia y eficiencia en función de los objetivos planteados.

3.2. El derecho a la seguridad social en la Constitución

El reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social, como sucede con otros derechos sociales conlleva un mandato para el estado y su consecuente actuación positiva. La consagración de un estado democrático y social de derecho implica que de la propia condición de ciudadano derivan derechos subjetivos de índole prestacional, en cuya concreción el Estado tiene un papel fundamental. La determinación del contenido del derecho a la seguridad social debe implicar el análisis del aspecto objetivo como subjetivo del mismo. En doctrina el ámbito objetivo involucra un conjunto de principios que informan la estructura del derecho, los cuales actúan respecto de la cobertura, financiamiento y contenido de las prestaciones.

Nuestra Constitución no hace referencia expresa a los principios particulares de la seguridad social. Sin embargo, se reconoce doctrinariamente como el más particular y destacado de ellos el principio de solidaridad, especialmente importante en el ámbito del financiamiento y que se concreta a nivel práctico en

11 Orszag y Stiglitz, Op. cit. pág. 2. Los autores entienden por privatización la sustitución de un sistema de pensiones de gestión pública por uno de gestión privada. Por "prefunding", la acumulación de activos para hacer frente a los pagos futuros de pensiones. La diversificación comprende la autorización de inversiones en una variedad de activos en lugar de bonos del tesoro solamente. Mientras que los planes de prestación definida asignan un riesgo acumulado al sponsor; de acuerdo a la historia de los ingresos laborales del trabajador, las prestaciones jubilatorias son supuestamente deterministas. Por otro lado, los planes de pensiones de aportes definidos asignan el riesgo acumulado al trabajador, aún condicionadas por la historia de ingresos laborales, las prestaciones jubilatorias dependen de la eficacia con que se administraron financieramente los aportes.

el diseño de sistemas de cobertura mediante la redistribución de ingresos. Esta finalidad redistributiva alcanza una mayor significación en un estado social, que tiene como objeto de protección la dignidad de la persona además de procurar el pleno desarrollo de la misma mediante la garantía de condiciones mínimas de existencia.

La redistribución en los sistemas de seguridad social opera no solamente a nivel intergeneracional, es decir entre ciudadanos laboralmente activos y pasivos (solidaridad vertical), sino también entre los ciudadanos de mayores y menores ingresos (solidaridad horizontal). Existen distintos mecanismos redistributivos, siendo los más frecuentes los basados en contribuciones y aquellos sustentados en impuestos. Esta inspiración solidaria diferencia a los sistemas de seguridad social (típicos de los estados sociales modernos) de los denominados mecanismos previsionales que se sustentan en la previsión individual o privada. Es interesante constatar como las sociedades con mayor cohesión social y mejor nivel de bienestar, son aquéllas que tienen no solamente mayores ingresos, sino ante todo consideran legítimo mejores niveles redistributivos.

Respecto de la cobertura subjetiva la Constitución Peruana señala que la seguridad social es un derecho universal aún cuando hace referencia a su carácter progresivo. Con relación a la actuación protectora de la seguridad social nuestra Constitución no hace referencia expresa a las prestaciones que se garantizan constitucionalmente. Mientras que respecto de la gestión señala que las prestaciones serán otorgadas por entidades públicas, privadas o mixtas.

No existe referencia expresa a nivel constitucional a los mecanismos de financiamiento sin embargo como mencionamos para que un sistema de cobertura de riesgos califique como de seguridad social requiere de un componente redistributivo o colectivo.

Por lo antes indicado, creemos que un sistema de protección social para que cumpla con el mandato constitucional de la seguridad social deberá no solamente aspirar a la universalidad sino disponer de mecanismos y políticas efectivas que hagan de esa aspiración un objetivo realizable. Asimismo, deberá no solamente contener algunos elementos o rasgos redistributivos, sino que por la propia finalidad del derecho deberá configurar un sistema estructuralmente equitativo y solidario.

La cuarta disposición final y transitoria de la Constitución establece que los derechos fundamentales reconocidos en la misma, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. El convenio más importante ratificado por el Perú sobre el derecho humano a la

seguridad social es el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la norma mínima de la seguridad social.

3.3. El derecho a la seguridad social en el convenio 102

Creemos que este convenio no ha sido adecuadamente analizado ni valorado en nuestro país aún cuando establece importantes disposiciones y parámetros a los que se obliga el Perú en materia de seguridad social.

Con relación a las prestaciones de vejez indica que "La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita" (artículo 26) y que las prestaciones deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia en tanto se cumpla con un período determinado de cotización o empleo. El artículo 67 señala que respecto a cualquier pago periódico (entre ellos las pensiones) el monto de la prestación deberá determinarse de acuerdo con una escala prescrita o según una regla definida por las autoridades públicas competentes.

Respecto del financiamiento de la seguridad social el artículo 71,1 indica que el costo de las prestaciones concedidas y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa. Asimismo que deberá tenerse en cuenta la situación económica del país y de las categorías de personas protegidas.

Con relación a la gestión el artículo 71,3 indica que el estado miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin. Deberá garantizar, que los estudios y cálculos actuariales se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, tasas de cotización o impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión.

El artículo 72,1 señala que cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por autoridades públicas, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella con carácter consultivo.

El Convenio 102 establece un mínimo de prestaciones cubiertas, y en el caso de las prestaciones económicas dispone criterios para determinar su cuantía. Sin embargo, no establece que la administración deba ser exclusiva o principalmente

estatal, empero en caso sea privada prevé la participación de los asegurados y la responsabilidad general del estado en el otorgamiento de las prestaciones.

En todo caso, como se observa, independientemente de la administración pública o privada, el Convenio 102 establece que el financiamiento de las prestaciones y los costos administrativos debe ser colectivo (financiamiento contributivo, no contributivo o mixto) y con un objetivo claramente redistributivo (evitar que las personas con menos recursos asuman costos excesivos). Esto se condice claramente con el principio de solidaridad y con el mandato constitucional de un estado social de derecho.

3.4 El derecho a la seguridad social en la doctrina de la OIT

La Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo realizó el año 2002 algunas observaciones respecto del SPP peruano, con relación a la aplicación del Convenio 102. Respecto del monto de las pensiones indicó que según el artículo 29, párrafo 1, leído conjuntamente con los artículos 28 y 65 ó 66, deberá garantizarse a la persona protegida una prestación de vejez igual al 40 por ciento del salario de referencia, cuando ésta haya cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en 30 años de cotización. En consecuencia, requiere al Gobierno para que informe en qué medida la prestación de vejez alcanza, en todos los casos y cualquiera sea la modalidad de pensión elegida, el nivel prescrito por el convenio.

Con relación a la duración de las prestaciones la Comisión de Expertos requirió al Gobierno para que indique las medidas adoptadas para garantizar el pago de pensiones durante todo el transcurso de la contingencia, en particular en lo que se refiere a la modalidad de retiro programado, la cual permite efectuar retiros mensuales hasta la extinción del capital acumulado en la cuenta individual. Modalidad que esta en contradicción con la disposición del convenio 102 que busca garantizar una pensión hasta el fallecimiento.

Respecto del financiamiento la Comisión constató que existe una independencia absoluta entre las aportaciones de cada trabajador por lo que los gastos administrativos quedan cubiertos por un porcentaje de las aportaciones que efectúa cada uno de los trabajadores. La Comisión recuerda que el costo de las prestaciones, ciertos gastos de administración, así como el importe de las comisiones, están a cargo exclusivo del trabajador afiliado a una AFP, siendo los aportes del empleador de naturaleza voluntaria.

Ello no sería consistente con el artículo 71, párrafo 1 del Convenio 102 el cual señala que el costo de las prestaciones y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del miembro y la de las categorías de personas protegidas. En este sentido, la Comisión solicitó al Gobierno peruano indicar las medidas adoptadas o previstas para asegurar la plena aplicación del convenio sobre este punto.

3.5 El derecho a la seguridad social según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional Peruano en reiteradas sentencias ha manifestado que la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos que la Constitución reconoce. Para determinarlo debemos de tener en cuenta los principios que fundan el estado social y democrático de derecho y uno de sus principales objetivos como es la protección de la dignidad de la persona humana.

Mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC (Caso Manuel Anicama Hernández) el Tribunal Constitucional ha realizado una definición de la seguridad social como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida. Por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, "regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida".

De esta definición, consideramos fundamental el reconocimiento que hace el Tribunal de los principios de universalidad y solidaridad, debiendo ser entendida la progresividad como un mandato para los poderes públicos y no como una coartada para retardar el diseño de políticas de protección social.

En este sentido el Tribunal que la seguridad social constituye un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del

riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad.

IV. EL CONTEXTO PERUANO: MERCADO DE TRABAJO Y COBERTURA PREVISIONAL

Corresponde en este punto hacer referencia al contexto socio-económico en el que se desarrollaría una reforma de los sistemas de pensiones. Los datos relevantes a tomar en cuenta están referidos a las características del mercado de trabajo peruano y a la cobertura de los sistemas previsionales en relación con el principio de progresividad y universalidad.

Respecto de la estructura del mercado de trabajo, el rasgo predominante es la existencia mayoritaria de trabajadores no asalariados, 3 de cada 5 son trabajadores independientes y familiares no remunerados[12]. A su vez, las "importantes brechas de desempleo entre diferentes grupos de trabajadores o grupos socioeconómicos, y el alto nivel del subempleo constituyen elementos que plantean dificultades para la seguridad social"[13].

La cobertura que registra el Seguro Social de Salud no es muy alentadora y es que "en los últimos diez años su tasa de cobertura respecto a la población económicamente activa, experimentó un importante decrecimiento al pasar de 25,4% en 1994 a 17,0% en el 2003[14].

El informe antes referido identifica como un elemento positivo del mercado laboral la presencia de una tasa de desempleo y de duración del desempleo relativamente bajas. Esta realidad es calificada como una "oportunidad desde la perspectiva del financiamiento para el Seguro de Salud", aspecto que también podría ser favorable para el futuro fortalecimiento del financiamiento de la seguridad social en pensiones pues ambos sistemas de previsión social operan sobre un mismo segmento de la población.

En cuanto a la cobertura de los sistemas de pensiones, tres de cada cuatro peruanos mayores de 65 años carecen de una protección contra la contingencia de vejez, es decir,

12 Información obtenida de Durand Valverde, Fabio. "Estudio financiero-actuarial y de la gestión de EsSalud: análisis y recomendaciones técnicas". Según este estudio, dedicado al análisis del seguro social de salud, la alta presencia de trabajadores no asalariados "contrasta con el esquema bismarkiano de financiamiento vigente". A similar conclusión se podría arribar en lo que atañe a un sistema de pensiones.

13 Al respecto, el referido estudio señala que: "Como puede deducirse estos dos elementos (brechas en el desempleo y desempleo voluntario), constituyen amenazas para el financiamiento del Seguro de Salud, pues son indicativos, por un lado, de que ciertos grupos de trabajadores tienen más dificultades que otros de ser contratados, y por otro, de que se enfrentan dificultades en encontrar trabajos bien remunerados".

14 Durand Valverde, Fabio. Op. cit. pág. 120.

no están protegidos por ningún sistema pensionario, mientras que la proporción de trabajadores activos que no contribuyen a un sistema pensionario es de 5 de cada 6[15].

No debemos perder de vista, que como señala el Informe Defensorial N° 99, sólo el 13 % de la fuerza laboral urbana cotiza a un sistema de pensiones, si esa proporción fuera del 50% la relación aportantes/jubilados sería de 14 a 1 y no de 4 a 1 como en la actualidad[16]. Según cifras de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la relación entre cotizantes y PEA es de 11% (a pesar de registrar una relación de 30% de afiliados sobre el mismos universo), tasa que es una de las más bajas de la región (según la misma fuente la relación cotizantes/PEA en Chile es de 59,6%, en México de 30,2% y en Argentina de 24,5%).

En resumen, la escasa calidad de los empleos generados en nuestro país determina una baja cobertura en los sistemas de seguridad social, lo que revela una estrecha relación entre ambos factores[17].

Esta relación nos permite afirmar que cuando se produce "la exclusión total o parcial de las normas que conforman el derecho del trabajo"[18], también se manifiesta la exclusión de las normas de previsión social y esto se debe, principalmente, a que operan como seguros sociales dependiendo críticamente de la formalidad del mercado de trabajo.

El Estado peruano no ha tenido éxito en la reducción de la informalidad en el mercado de trabajo, el retroceso de las políticas públicas ha conllevado a que exista un déficit en la generación de empleos dignos, componente esencial del bienestar colectivo en una economía social de mercado[19].

Si pretendemos medir la progresividad del derecho a la seguridad social, podemos concluir que el estado peruano se encuentra en una situación de déficit, y es que conforme a lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas el estado peruano no estaría procediendo lo "más expedita y eficazmente" en la ampliación de la cobertura de la seguridad social, afectando la garantía de acceso universal y progresivo contenida en el artículo 11 de la Constitución[20].

15 Francke, Pedro. Op. cit. pág. 1
16 Resolución Defensorial N° 031-2005/DP, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de noviembre de 2005.
17 Durand Valverde, Fabio. Op. cit. pág. 16.
18 Miranda, Guillermo. Op cit. pág 16.
19 Fundamento N° 44 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República.
20 Al respecto, cabe añadir lo dicho por el TC en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2016-204-AA/TC, Caso José Luis Correa Condori: "Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derechos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población."

V. LIBRE DESAFILIACIÓN Y REFORMA DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES

El desbalance financiero, económico y actuarial del SNP y la imposibilidad de asumir las obligaciones previsionales derivadas del mismo fueron los principales argumentos para realizar en el año 1992 la reforma del sistema de pensiones. Según se indicó cada vez se requerían mayores recursos públicos para financiar el SNP.

El sustento constitucional de dicha reforma se produjo con posterioridad a la creación del SPP. El nuevo sistema reemplazó la distribución social del riesgo propia de los sistemas de seguro social, por el autofinanciamiento de las pensiones a través de cuentas individuales de capitalización. De esta forma, la responsabilidad dejó de ser distribuida entre un sector la población para tener un contenido individual. Así el núcleo esencial de la seguridad social, la solidaridad, tuvo un franco retroceso.

El traspaso de un grupo importante de afiliados del SNP al SPP agudizó la crisis de aquél generando serios problemas en el financiamiento de las pensiones[21]. De otro lado, la escasa información brindada a los trabajadores para adoptar una decisión adecuada respecto de los riesgos de uno u otro sistema y el tímido papel regulador del Estado en el proceso de transición, no tardaron en evidenciar las debilidades de la relación alternativa entre ambos sistemas.

En respuesta a las bajas tasas de reemplazo que produciría el nuevo SPP, el estado acudió al financiamiento público para otorgar un complemento a las pensiones privadas y garantizar de esta manera una pensión mínima. La desconfianza producida en un sector de trabajadores generó la expectativa de retorno al SNP.

En el año 2005, la Comisión del Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT nuevamente requirió al Estado Peruano información sobre el monto de las pensiones en el sistema privado, con el propósito de evaluar si las mismas alcanzaban el nivel prescrito en el Convenio 102 de la OIT[22]. El Estado no cumplió con absolver las interrogantes planteadas ampliando la desconfianza en la eficacia del nuevo régimen de pensiones.

Ante este problema estructural, el Congreso de la República expidió un conjunto de normas que, con cargo a recursos públicos, tuvieron como propósito

21 Informe Defensorial N° 99 "El futuro de los Sistemas de Pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y Privado", Pág. 11, aprobado por Resolución Defensorial N° 031-2005/DP. En: www.defensoria.gob.pe.
22 OIT. Aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo, 2005 (I). Pág. 477

financiar la emisión de bonos complementarios para corregir las debilidades propias del sistema privado derivados de la relación alternativa con el sistema público[23]. El costo de estas medidas, según cifras del Ministerio de Economía y Finanzas, ascendió a US $ 600 millones[24]. Posteriormente se generaron iniciativas legislativas adicionales con el objeto de garantizar el retorno al SNP y, ampliar la cobertura de los bonos complementarios a otros grupos de trabajadores afiliados al SPP.

Actualmente se esta discutiendo en el Congreso un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo[25] para regular el retorno al SNP de un grupo de afiliados al SPP que al momento de solicitar su desafiliación cumplan con los requisitos para obtener una pensión de jubilación en el sistema nacional superior a la que le correspondería en el sistema privado. Este proyecto también pretende otorgar dos tipos de pensiones complementarias: una para quienes no alcanzaron una pensión mínima en los términos de la Ley N° 27617 por tener la condición de jubilados al momento de su entrada en vigencia y, otra para trabajadores mineros y de construcción civil. El costo total de la propuesta asciende a US $ 1,423 millones de dólares.

La generación de bonos complementarios tendría como fundamento la supuesta aplicación del principio de solidaridad, trasladando el núcleo esencial de la seguridad social hacia un sistema de capitalización individual. En este caso, la redistribución del ingreso, operaría desde la totalidad de la población (que financia el presupuesto público mediante tributos) mayoritariamente con escasos ingresos, sin empleo digno y sin cobertura de seguridad social, hacia un sector con cobertura a través del SPP.

De esta forma, desde una perspectiva sistémica, la redistribución de ingresos (mecanismo de financiamiento propio de la seguridad social que procura una igualdad sustancial), sin un marco institucional coherente y con el objeto exclusivo de garantizar pensiones mínimas para un sector minoritario generaría un evidente déficit de equidad.

23 Sucesivamente, en una breve espacio de tiempo, el Estado se vio obligado a emitir los siguientes bonos:
a) Bono de reconocimiento complementario que mejora la pensión de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo (construcción civil, trabajadores mineros y metalúrgicos)
b) Bono complementario de pensión mínima, que permite a algunos afiliados al sistema privado contar con una pensión mínima similar a la del sistema nacional y
c) Bono complementario de jubilación adelantada que garantiza una pensión similar a las del sistema nacional para aquellos que al momento de afiliarse al sistema privado.

24 Oficio N° 520-2005-EF/10, dirigido por el Ministro de Economía y Finanzas a la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República en relación al proyecto de ley N° 11119/2004-CR.

25 Proyecto de Ley N° 26/2006-PE, presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros al Congreso de la República el 12 de Agosto de 2006

A nuestro criterio, el financiamiento mediante bonos complementarios constituye una aplicación errada del principio de solidaridad[26]. No sólo resulta inequitativo destinar recursos del tesoro público para resolver los perjuicios causados por un régimen privado basado en la responsabilidad individual, sino que ello constituye una clara afectación a la finalidad redistributiva de la seguridad social. La ausencia de mecanismos redistributivos al interior del SPP estaría siendo subsanada con financiamiento público (derivado de tributos aportados por sectores menos favorecidos).[27]

VI. EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA REFORMA: OBJETIVOS GENERALES, PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y RECONQUISTA DE LA SOLIDARIDAD

La delimitación del marco institucional de una reforma en pensiones debería basarse en una revisión de los criterios normativos fundamentales[28], en el caso de nuestro país consideramos criterios sustanciales el contenido constitucional del derecho y el convenio 102 de la OIT, lo cual supone rescatar determinados principios de la seguridad social.

Según los autores antes indicados el marco general de la revisión normativa debería tomar en consideración cinco objetivos generales: a) la extensión de la cobertura a todos los miembros de la población, b) la protección contra la pobreza en la vejez, c) la provisión de un ingreso en sustitución de los ingresos perdidos, d) el reajuste de las pensiones para afrontar el incremento del nivel de vida, y e) el desarrollo de mecanismos voluntarios adicionales de ingresos que complementen la jubilación.

Para el logro de estos objetivos, las políticas públicas deben tomar en cuenta un conjunto de principios nucleares que se desprenden de la seguridad social y constituyen pilares del estado social y democrático de derecho.

26 Ermida Uriarte, Oscar. Op. cit. Señala que el citado principio contiene dos sub principios: el de la solidaridad general "(..) por el cual todos los miembros de la sociedad suministran los medios necesarios con independencia del interés particular en la obtención de la prestación y en función de la capacidad contributiva. (...)"y el de la solidaridad entre generaciones,"(...) según el cual cada generación activa proveería a la tutela de las generaciones pasivas."Para el autor forman parte del núcleo esencial de este principio la obligatoriedad del aseguramiento y la finalidad redistributiva de la seguridad social siendo este último reconocido como elemento esencial.

27 Como han señalado Orszag y Stiglitz"Muy a menudo las prestaciones de los programas de pensiones se acumulan para quienes ya son privilegiados; obligar a los granjeros pobres a que financien al alto número de personas que integran la élite urbana, seguramente no es una política económica válida. Además, la estructura de los programas de pensiones en muchos casos no sólo ha servido para socavar la estabilidad macroeconómica, sino que a su vez ha servido para debilitar el funcionamiento de los mercados de trabajo y distorsionar la distribución de recursos". Op. cit. pág. 1.

28 Este es el sentido de la investigación realizada por Gillion, Colin; Turner, Jhon; Bailey, Clive; y Latullipe, Denis. Op. cit.

El núcleo esencial de la seguridad social esta constituido por un conjunto de valores que orientan las medidas que debe adoptar el Estado para cumplir con la progresividad de los derechos sociales, mediante una intervención concreta, dinámica y eficiente[29].

En este sentido, cinco serían los ejes que deberían orientar la reforma. En primer lugar, la ampliación de la cobertura, directamente relacionada con los principios de universalidad y progresividad, constituye a la vez un presupuesto necesario para ampliar la base del financiamiento solidario. Algunas medidas concretas deberían ser adoptadas al respecto: la incorporación de sectores excluidos (por ejemplo convirtiendo en obligatorio el régimen de pensiones para los trabajadores de micro y pequeñas empresas[30]); la extensión de los regímenes de previsión social para los trabajadores por cuenta propia; la mejora de los sistemas de fiscalización que impidan el fraude en la contratación laboral, entre otras.

El segundo lugar el reforzamiento del principio de solidaridad, en tanto fundamento de la economía social de mercado (prevista en el artículo 58 de la Constitución) y derivación directa de la cláusula de estado social y democrático de derecho (contenida en el artículo 43 de la Constitución). Este principio juega un rol primordial en el financiamiento de las pensiones sobre todo de quienes perciben menores ingresos.

La aplicación del principio de solidaridad resulta clave en la estructuración de la reforma en tanto es el eje central para sustentar la necesidad de variar la relación actual entre SPP y SNP. El objetivo redistributivo requiere un financiamiento colectivo (solidario), el cual podría ser complementado con mecanismos particulares de financiación, como por ejemplo los sustentados en la responsabilidad individual (cuentas individuales).

El tercer eje de la reforma busca una real vigencia del principio de igualdad de trato con especial incidencia en la eliminación de la discriminación por razones de sexo (la participación de la mujer en el mercado laboral es más inestable que la del hombre) y de origen o nacionalidad (en el caso particular de los trabajadores migrantes).

El cuarto eje esta vinculado al fortalecimiento de la responsabilidad del Estado, que se deriva de la denominada cláusula del Estado social y democrático

29 Fundamento 56 de STC recaída en caso Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra Congreso de la República.

30 Consideramos que uno de los principales defectos de los programas de formalización de la micro y pequeña empresa ha consistido en que estos se han centrado en la reducción de derechos laborales y no en verdaderos incentivos tributarios y administrativos. Estos mecanismos son los que realmente generarían una mayor formalización más que la reducción de derechos sociales.

de derecho. Fortalecer la rectoría estatal es un punto esencial en la regulación y control de las pensiones, por ejemplo la realización de estudios actuariales que permitan al sistema mantener un equilibrio entre prestaciones y capacidad financiera.

Finalmente, rescatamos el principio de gestión democrática, derivado del Convenio N° 102 de la OIT que permite la participación de trabajadores y pensionistas en la gestión de los regímenes previsionales. Principalmente, la agenda pendiente se centra en reforzar la participación de los trabajadores en el Fondo Consolidado de Reserva, el Directorio de la ONP y extenderla a la gestión del SPP.

La experiencia chilena amplía el marco institucional que debe orientar la reforma. El informe elaborado por el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, de julio del presente año, contiene una serie de recomendaciones para implementar un sistema multipilar en Chile.

El referido documento es un balance efectuado luego de 25 años de vigencia de un sistema previsional privado sustentado en cuentas de capitalización individual. La propuesta señala que "en lugar de privilegiar un determinado mecanismo financiero debe procurar su complementariedad. Esto significa construir un pilar solidario integrado, fortalecer el pilar contributivo, desarrollar el pilar voluntario y asegurar la consistencia entre ellos"[31].

Es importante constatar que la propuesta chilena se ha estructurado sobre consultas realizadas a la población, incluyendo a gremios de empleadores, trabajadores, organizaciones sociales, instituciones públicas, comunidad académica y organismos internacionales. La ancha base de actores sociales que han participado en la definición de esta política pública le otorga una legitimidad que debemos destacar.

El centro de discusión y definición de esta política pública tiene como base una amplia participación ciudadana en lo que el referido Consejo Asesor con acierto, ha denominado la expresión de un "nuevo contrato en la seguridad social" con el propósito de "reequilibrar la estructura de derechos, obligaciones y responsabilidades institucionales".[32]

Una importante constatación ha sido la referida a la incapacidad del sistema privado chileno para garantizar pensiones que protejan de la pobreza en la vejez. La comisión estima que "(...) dentro de 20 años sólo alrededor de la mitad de los

31 Informe elaborado por el Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional Chilena, Julio de 2006.

32 Op. cit.

adultos mayores podrá contar con una pensión superior a la pensión mínima, menos de un 5% podrá acceder a la pensión mínima garantizada por el estado y el resto deberá conformarse con una pensión inferior a la mínima, una pensión asistencial, una pensión de sobrevivencia o no tendrá pensión"[33].

En este escenario, la propuesta del sistema multi pilar, se estructura en base a diez principios fijados por la referida Comisión entre los que destacan: a) Universalidad: amplitud del ámbito subjetivo incluyendo a trabajadores y trabajadoras, tanto dependientes como independientes; b) Equidad social: los mismos beneficios a trabajadores que en igualdad de condiciones han realizado un esfuerzo contributivo equivalente y mayores beneficios a quienes realizan mayor esfuerzo; c) Equidad de género: minimizar la brecha entre hombres y mujeres; d) Solidaridad: prevenir las contingencias con cargo a recursos de la sociedad en su conjunto; e) Transparencia: financiamiento, requisitos y beneficios conocidos por los beneficiarios y f) Complementariedad: articular prestaciones de seguridad social, programas públicos e iniciativas comunitarias.

VII. CONCLUSIONES

1. La reforma estructural del sistema de pensiones requiere de un marco institucional que la dote de contenido, sustituyendo la relación alternativa entre SNP y SPP por una de naturaleza complementaria en la que los principios de la seguridad social, como derecho reconocido en la Constitución, tengan un rol preponderante y de equilibrio. En este sentido, tiene una función definitoria el estudio del núcleo esencial del derecho, la jurisprudencia constitucional y los convenios internacionales, en especial el Convenio 102 de la OIT.
2. Nuestra Constitución reconoce el derecho universal y progresivo a la seguridad social. La progresividad implica un mandato constitucional coherente con un estado democrático y social de derecho. La Constitución no regula expresamente un mecanismo determinado de financiamiento de la seguridad social, sin embargo señala que las normas relativas a derechos se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.
3. El convenio 102 de la OIT que regula el derecho humano a la seguridad social dispone que el financiamiento de las prestaciones y la administración debe

33 Op. cit.

de ser colectivo (sistemas contributivos, no contributivos o mixtos) y con una finalidad redistributiva (evitar que las personas con menos recursos asuman costos excesivos). El diseño actual del SPP basado en cuentas individuales no cumple con este objetivo redistributivo. Un primer pilar solidario (financiado de manera colectiva) cumpliría con este mandato.

4. La jurisprudencia del TC considera que un sistema de seguridad social debe estar regido por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y debe de tener como horizonte no sólo el mantenimiento, sino la elevación de la calidad de vida. Ello se condice con el respeto de la dignidad de la persona humana como objetivo primordial de un estado democrático y social de derecho.
5. El Estado peruano no esta implementando políticas eficaces de reducción de la informalidad en el mercado de trabajo, el retroceso de las políticas públicas en el sector informal ha significado que en la actualidad exista un déficit en la generación de empleos dignos, componente esencial del bienestar humano en una economía social de mercado. El Estado peruano no estaría procediendo lo "más expedita y eficazmente" en la ampliación de la cobertura de la seguridad social, afectando la garantía de acceso universal y progresivo contenida en el artículo 10 de la Constitución.
6. Las medidas adoptadas para disminuir las debilidades que acusa el SPP como mecanismo de previsión social alternativa, están dirigidas a atenuar la ausencia absoluta de criterios solidarios. Este tipo de medidas parciales no configuran un contenido solidario institucional que permita calificar al SPP como de seguridad social. La redistribución del ingreso en base a presupuesto público destinado a garantizar pensiones mínimas o condiciones de jubilación más favorables generan situaciones de inequidad sistémica en términos sociales.
7. La reforma de los sistemas previsionales requiere de estudios financieros que permitan, no sólo, considerar su impacto en los fondos de pensiones y las posibilidades del presupuesto público, sino también evaluar integralmente su efecto económico en el destino de los recursos, es decir la eficiencia del Estado como ente redistributivo. Este análisis deberá contemplar el respeto de los principios esenciales de la seguridad social, y de una economía social de mercado, de tal forma que las decisiones normativas se sujeten a dicho marco dogmático.
8. Las propuestas de reforma en pensiones deberían de tomar en consideración, entre otros, los siguientes objetivos generales: la extensión de

la cobertura a todos los miembros de la población (principios de universalidad e igualdad de trato), la protección efectiva contra la pobreza en la vejez mediante la provisión de un ingreso sustitutorio (principio de suficiencia), el reajuste de las pensiones para afrontar el incremento del nivel de vida en función de las posibilidades del país, y el desarrollo de mecanismos complementarios de pensiones.

9. Las medidas antes indicadas deben de cumplir con el mandato de progresividad que exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente. La cláusula constitucional que consagra un estado social y democrático de derecho exige una mayor responsabilidad de los entes públicos. Asimismo, debe de fomentarse una gestión democrática y transparente de los entes previsionales (dentro de ciertos límites técnicos), ello en cumplimiento del Convenio N° 102 de la OIT.

BIBLIOGRAFÍA

- Durand Valverde, Fabio. "Estudio financiero actuarial y de la gestión de EsSalud: análisis y recomendaciones técnicas". Oficina Sub Regional de la Organización Internacional del Trabajo – OIT para los Países Andinos. Mayo de 2005.
- Esping Andersen, Gosta. "El Estado y el mercado en la formación de los sistemas de pensiones". Los Tres Mundos del Estado de Bienestar. Alfons el Magnánim – IVEI. Valencia, 1993. pp. 109-139.
- Ermida Uriarte, Oscar. "Los Principios de la Seguridad Social". La Seguridad Social en Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1984, pp. 29-51.
- Francke, Pedro. "Sistemas de pensiones: ¿parche o reforma integral?". En Boletín del Consorcio de Investigación Económica y Social N° 31. Análisis de Políticas. CIES. Febrero de 2006. Versión electrónica en http://www.consorcio.org/CIES/html/adp31_Francke.htm
- Gillion, Colin; Turner, John; Bailey, Clive; y Latullipe, Denis. "Pensiones de Seguridad Social". Desarrollo y Reforma. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. 2006.
- Gonzáles Molina, María Dolores.- "Nacimiento y evolución de la Seguridad Social". Materiales de Lectura del Máster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social. Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Madrid. España. 2003.

- Matijascic, Milko y Kay, Stephen. "La Seguridad Social en la encrucijada: hacia una eficaz reforma en América Latina" En: Revista Internacional de Seguridad Social. AISS.Vol 59, N° 1. Enero-Marzo de 2006.
- Mesa-Lago, Carmelo.- "La reforma de pensiones en América Latina. Modelos, características, mitos, desempeños y lecciones". En ¿Públicos o Privados? Los Sistemas de Pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas. Nueva Sociedad. Caracas. 2004. pp. 21-54.
- Miranda Hurtado, Guillermo. "Informalidad Laboral y la acción Estatal en el Perú" En: Revista de Trabajo. Octubre de 2005. Año IX, número XIII.
- Ministerio de Economía y Finanzas. Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales. "Los Sistemas de Pensiones en Perú". Mayo de 2004. Versión electrónica en http://www.mef.gob.pe/ESPEC/sistemas_pensiones.pdf
- Orzag, Peter y Stiglitz, Joseph. "Un nuevo análisis de la Reforma de las Pensiones: Diez Mitos sobre los sistemas de seguridad social". Ponencia presentada en la Conferencia "Nuevas Ideas sobre la seguridad social en la vejez". Banco Mundial. Washington D.C. 14 y 15 de Setiembre de 1999.
- OIT. "Aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo, 2005 (I)". Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª Reunión, 2005. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. pág. 477.
- Plá Rodríguez, Américo. "Sin solidaridad no puede haber seguridad social". En Revista Derecho Laboral. Montevideo 1988. Número 190. pág. 154.
- Stiglitz, Joseph.- "El papel económico del Estado". Instituto de Estudios Fiscales. Lerko Print S.A. Madrid. 1993. pp. 26-39.

LOS PRINCIPIOS LABORALES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*VÍCTOR GARCÍA TOMA**

La presente ponencia a exponerse ante un público calificado en el conocimiento del derecho laboral sólo tendría relevancia en tanto conecte académicamente las reglas de interpretación de los derechos fundamentales de la persona con los principios constitucionales reconocidos en nuestro texto supremo; particularmente en lo relativo al caso del artículo 26.

Por lo tanto, la primera parte abundara en dicha temática; en cambio la segunda parte incidirá en la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional de los principios laborales incorporados en la Constitución.

Al respecto veamos lo siguiente:

1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Denomínase como tal, al proceso técnico mediante el cual se determina o asigna un sentido a las normas que contienen derechos fundamentales.

El papel de los hermeneutas consiste en declarar el significado y alcance de dichos derechos.

En el proceso de interpretación se aplican los tres principios siguientes:

a) El principio pro homine

Esta pauta basilar plantea que el hermeneuta debe acudir a la asignación de significados más extensiva o emplear la norma cuyas consecuencias jurídicas

* Presidente del Tribunal Constitucional.

ofrezcan más amplitud en el reconocimiento de facultades o atribuciones cuando se trata de derechos fundamentales. En ese orden de ideas, dicha base genera que se interprete de manera más limitada una norma que establezca restricciones permanentes o suspensiones extraordinarias.

Rubén Hernández Valle[1] señala que "el ser humano es el alfa y omega de las normas jurídicas, por lo que estas y especialmente las que consagran derechos fundamentales deben interpretarse en la forma que mas le favorezcan".

En esa orientación el artículo 1 de la Constitución señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Asimismo, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en aplicación del principio del argumento a contrario señala que ninguna disposición de dicho texto puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho".

Dicho criterio deriva de la posición prominente que ocupan los derechos fundamentales como elemento estructurador del orden político-jurídico instaurado en la Constitución.

Néstor Pedro Sagües[2] expone que la utilización de este principio esta sujeto a dos variantes; a saber:

Variante de directriz de preferencia interpretativa.

Esta plantea que se escoge aquella interpretación de la norma que será la más protectora y favorable a la persona.

Marcial Rubio Correa[3] expone que "la regla general es que los derechos deben ser aplicados cada vez que exista la posibilidad de hacerlo; y aún en el caso de diversas interpretaciones posibles, es necesario elegir la más favorable a ellos".

El Tribunal Constitucional en el caso Teodoro Sánchez Basurto [Expediente N° 0795-2002-AA/TC] ha señalado que "ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor interpretación de los derechos o fundamentales, descartando así los que restringen o limiten su ejercicio".

Esta variable conduce a asignar los alcances y contenidos de una norma referida a un derecho fundamental sin reserva finita; y con "cepo" las restricciones y limites, a efectos de asegurar el mayor grado de reconocimiento y protección.

Ahora bien, dicha directriz debe compatibilizarse con los requerimientos del bien común, en aras de no incurrir en situaciones absurdas e irrazonables para el conjunto de la sociedad y la gobernabilidad de la sociedad política.

Variante de directriz de preferencia en la aplicación entre una pluralidad de normas.

Esta plantea aplicar la norma más favorable entre todas aquellas que regulan una misma materia.

Dicha opción es válida aún en los casos que se trate de normas con diferente ubicación en la pirámide jurídica, en tanto la norma escogida contenga un principio o valor expuesto en la Constitución.

El principio pro homine tiene manifestaciones concretas a través de otras pautas basilares; las cuales permiten afirmar su directriz teleológica, a saber:

- **Principio indubio pro libertatis**

Esta pauta basilar plantea que cuando el hermeneuta se encuentra frente a un problema interpretativo en donde aparece la duda insalvable o inexpugnable acerca de su alcance o sentido, se debe preferir aquella que auspicie la autodeterminación y albedrío de la persona.

- **Principio pro actione**

Esta pauta basilar plantea que la exigibilidad de los requisitos para el acceso a la justicia sea interpretada de manera restrictiva, a efectos que la persona pueda conseguir la exposición judicial de la supuesta amenaza o infracción de sus derechos fundamentales ante el órgano jurisdiccional.

En esa misma medida las reglas procesales deben ser interpretadas con amplitud en aras que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la veracidad o no veracidad jurídica de la supuesta amenaza o efectiva afectación de un derecho constitucional.

- **Principio de protección reforzada**

Esta pauta basilar implícitamente prevista en el artículo 4 de la Constitución, plantea que el interprete procure a través de la asignación y alcances y significados de una norma aplicables a un caso concreto aquella que resguarde especialmente los intereses del niño, el adolescente, la madre y el anciano.

Asimismo, dicha especial protección debe alcanzar a la familia y al matrimonio.

- **Principio in dubio pro reo**

Esta pauta basilar expresamente contenida en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución plantea que cuando el hermeneuta se encuentra frente al problema interpretativo de la duda insalvable o inexpugnable se debe preferir aquella opción que resulta más favorable al procesado.

- **Principio favor debilis**

Esta pauta basilar plantea que el hermeneuta confrontado en un problema interpretativo en donde existe duda insalvable o inexpugnable y en donde una de las partes se encuentra en situación material de desventaja en relación a la otra, la opción debe orientarse en favorecer a la más débil. Tal el caso de los trabajadores y consumidores en relación a los empleadores y productores (in dubio pro operario e in dubio pro consumidor).

- **Principio de expansión**

Esta pauta basilar plantea promover los alcances y contenidos de un derecho fundamental de manera extensiva, en relación a sus beneficiarios.

Al respecto, dicho principio ha permitido incorporar una pluralidad de derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas y los extranjeros.

Al respecto, Edgar Carpio Marcos[4] señala que dicho principio "se proyecta en el ámbito de la titularidad de los derechos. Asimismo, señala que los derechos fundamentales "no sólo oponibles al Estado y a su poder político, sino que también se irradian en las relaciones entre particulares"

- **Principio de posición preferente**

Dicha pauta basilar señala que los derechos fundamentales impregnan el contenido material de la parte orgánica de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico del Estado.

Como expone Edgar Carpio Marcos[5] los derechos fundamentales gozan de dicha preferencia desde una doble perspectiva: formal y material.

Desde una perspectiva formal, ello se deriva de la ubicación en la arquitectura del texto Constitucional.

Desde una perspectiva material, ello se deriva del carácter instrumental del ordenamiento jurídico, en favor de la vigencia plena de los derechos fundamentales del ordenamiento infraconstitucional para su respeto.

Carlos Ayala Corso[6] señala que "las normas sobre derechos humanos son superiores a las normas sobre el poder ubicadas en un mismo plano, pues las primeras orientan en definitiva la actuación de los órganos del poder público". Más aún en caso de conflicto Luis Huerta Guerrero[7] sostiene que "ante esta situación se ha optado por otorgar a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución una jerarquía suprema a aquellas otras disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio del poder estatal, sin que esto signifique necesariamente el desconocimiento de las competencias asignadas por la ley fundamental a los órganos constitucionales".

b) El principio de interpretación sobre los contenidos silentes

Dicha pauta basilar implica que el hermeneuta se encuentra facultado no sólo para declarar el alcance y sentido de los derechos enumerados en la Constitución, sino que adicionalmente tiene competencia para pronunciarse sobre aquellos que se encuentran insertos de manera implícita.

Al respecto, el artículo 3 de la Constitución señala que"la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo –referido a los derechos fundamentales de la persona- no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

c) El principio de interpretación acorde

Dicha pauta basilar implica que el hermeneuta debe armonizar su actividad interpretativa con los precedentes vinculantes establecidos por un órgano jurisdiccional en lo relativo al alcance y sentido de un derecho fundamental. Ergo, la asignación de significados debe ser coordinado y compatibilizado por lo resuelto interna o supranacionalmente.

En relación al ámbito interno el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, textualmente señala que "las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresa la sentencia, precisando el extremo

de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y derecho que sustenta la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".

En relación al ámbito supranacional la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución expresamente señala que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

Al respecto, a guisa de ejemplo, cabe señalar que como bien afirma José Carlos Remotti Carbonell[8] los criterios interpretativos y jurisprudenciales contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos generan un doble efecto. Así tiene una secuela directa sobre aquél Estado parte en un proceso ante dicho ente; empero también crea un resultado indirecto sobre el resto de las entidades adscritas a la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Estos aluden a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontólogica, que, por tal, constituyen parte del núcleo central del sistema constitucional. Insertados de manera expresa o tácita están destinados a asegurar la proyección normativa de los valores o ideas ético-políticas, así como las proposición de carácter técnico-jurídico.

Miguel Ángel Ciuro Calderón[9] señala que estos son especialmente relevantes, porque allí están de cierto modo los "principios del principio". Dicha noción es ciertamente coherente con la acepción que formula la Real Academia de la Lengua Española que la asocia con "base, fundamento, origen o razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia. Causa primitiva o primera de una cosa o de aquello que procede de cualquier modo".

Constituyen una orientación determinativa en la relación gobernantes-gobernados; así como en la estructuración, organización, funcionamiento y finalidad del cuerpo político.

Se trata de formulaciones, desprovistas de la delimitación, carecen del detallamiento preceptivo y precisión que una norma pura tiene per se. Como tales en algunos casos plantean una aplicación diferida a través de normas de desarrollo constitucional. En otras circunstancias son las que permiten extraer

reglas aplicables a un caso concreto objeto de procesamiento judicial. Empero siempre generan influencia en el sistema jurídico a través de la interpretación. Ahora bien, existen algunos principios-normas estrictu sensu que alcanzan eficacia propia y directa.

En suma, ya sea porque tienen eficacia directa o porque influyen o condicionan la actividad legislativa o jurisdiccional, devienen en la piedra angular de todo ordenamiento jurídico.

2.1 La tipología de los principios in genere

Desde nuestra perspectiva esos axiomas o pautas basilares pueden ser clasificadas en razón a su fuente de creación o a su carácter directriz.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) En razón a su fuente de creación

De conformidad con el operador constitucional responsable de su manifestación los principios constitucionales pueden ser nominados, innominados o adheridos.

Los principios nominados son aquellos que han sido insertados por el legislador constituyente en el texto constitucional; por ende, se encuentran formulados en una norma constitucional.

Los principios innominados son aquellos que no aparecen señalados ni determinados expresamente en el texto mismo de la Constitución; sino que han sido formulados o instituidos por la magistratura constitucional por la vía de la interpretación.

En este caso su «engendramiento» aparece como consecuencia de actos de deducción o inducción del texto fundamental. En consecuencia, se trata de principios que «devienen» de algún modo de la propia Constitución.

Los principios adheridos son aquellos que se basan en valores contenidos en alguna doctrina religiosa, política o filosófica. Estos no se encuentran expresados en modo alguno en el texto constitucional, y son instituidos por un acto de poder o por influencia doctrinaria que recoge la jurisprudencia constitucional.

En puridad, forman parte de la Constitución material.

Dichos principios no reciben siempre plena aceptación en la dogmática constitucional.

b) En razón a su naturaleza proyectiva

De conformidad con su carácter y calidad, los principios constitucionales pueden ser sustantivos o instrumentales.
Los principios sustantivos son aquellos que explicitan o sugieren valores de carácter ético-políticos. En puridad forman parte del bagaje ideológico doctrinario-programático establecido en la Constitución.
Los principios instrumentales son aquellos que se orientan hacia la organización, estructuración y funcionamiento óptimo, equilibrado, armónico y sistémico del orden constitucional. A través de su verificación eficaz se hace viable la realización de los principios constitucionales sustantivos.

3. LOS PRINCIPIOS LABORALES CONSTITUCIONALIZADOS

Denomínese como principios laborales constitucionales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa.

En puridad, se trata de pautas basilares recepcionadas del derecho laboral, a efectos de garantizar de la manera más plena posible el goce efectivo de los derechos en el ámbito de las relaciones empleador-trabajador.

En realidad, dichos principios recogidos, recibidos, reclutados o "constitucionalizados" no forman parte de la identidad constitucional; es decir, a pesar de encontrarse insertos en el texto constitucional; ello en modo alguno los convierten en principios constitucionales propiamente dichos. Por dicho motivo, son prescindibles al momento de delimitar y establecer lo privativo y sustancial de lo constitucional. Su incorporación en el texto supra no le agrega ni le resta ningún elemento connotativo para su existencia, pues no son vitales ni constitutivos para definir y significar el concepto constitución.

Su inserción se justifica por la política tuitiva del constituyente en pro de reforzar detallada y minuciosamente la defensa de la dignidad de la persona humana.

4. LOS PRINCIPIOS LABORALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Tal como se ha expuesto, su incorporación tiene por objeto brindar una mayor protección a un segmento gravitante de la población: los trabajadores.

Al respecto, cabe señalar que la relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad; lo que hace que el empleador se imponga como la parte fuerte e imponente y el trabajador aparezca como la parte débil e impotente.

Mario Pasco Cosmopolis[10] reconoce dicha situación asimétrica, entre otros, en los campos jurídico, económico y personal.

En efecto, en el campo jurídico el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; en el campo económico la nota más específica es que frente a la propiedad del medio de producción el oponente solo puede exponer su fuerza de trabajo; y en el campo procesal se constata la capacidad intimidatoria que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba.

Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de desigualación compensatoria, por el cual reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma.

De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución, en toda relación laboral se respetan los principios siguientes:

a) La igualdad de oportunidades

Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral.
En puridad, ello plantea la plasmación de isonomia en el trato previsto genéricamente en implícitamente el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.
Esta regla de igualdad asegura en lo relativo a los derechos laborales, a la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.
Es curioso anotar que en la redacción del texto constitucional se alude a la "igualdad de oportunidades sin discriminación" (inciso 1 del artículo 26). Grave pleonasmo de estólida consecuencia. En ese sentido, cabe preguntarse ¿Es posible que se acepte lógicamente una relación de igualdad con discriminación?.
Tal como hemos precisado anteriormente, la isonomia entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).
La igualdad ante la ley condiciona a que la conducta del Estado al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103 de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas; el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente a no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan y fundamenten razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal señala que el Tribunal Constitucional sólo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando exprese los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamento del precedente jurisprudencial.

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

En ese sentido, la discriminación en materia laboral, aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie).

Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López[11] exponen que a efecto de establecer cuando una conducta al interior de una empresa es discriminatoria o de diferenciación razonable, se hace necesario precisar lo siguiente:

- ¿Cuándo dos situaciones reales son equiparables?.
- ¿Cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias?.

En suma, el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución establece una "tutela antidiscriminatoria".

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Cámara Peruana de la Construcción [Expediente N° 261-2003-AA/TC], señaló que la discriminación strictu sensu en materia laboral se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa.

La conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional.

En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamenta en un juicio y una decisión carente de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

Tal el caso, de la negación de acceso al empleo derivada de la opinión política

u opción del postulante; por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros por su mera condición de no afiliados a una organización sindical; el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales; etc.

Por acción indirecta.

La conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa, revestida con la apariencia de "lo constitucional", empero cuya intención y efecto perseguible es intrínsecamente discriminatorio para uno o más trabajadores.

Tal el caso de las reglas de promoción y concurso sobre la base de información de cultura general no vinculadas con la actividad laboral de los trabajadores.

Dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

En el citado proceso el Colegiado estableció adicionalmente que:

"(...) como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

En ese sentido, la igualdad es un principio– derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones".

En el caso José Andrés Ruíz y otros contra la Empresa Telefónica del Perú S.A.A. [Expediente N° 2510-2002-AA/TC] consignó que:
"la igualdad de oportunidades laborales 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 una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato".
El Tribunal Constitucional en el caso Cámara Peruana de Construcción [Expediente N° 0261-2003-AA/TC] señaló que "el derecho a la igualdad (de oportunidades laborales) 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 que se encuentra postergado en el acceso; en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades".
Asimismo, en el mismo caso consignó que "la primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro".
Asimismo, "la existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con los juicios de valor generalmente aceptados".
Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso Juan José Gorriti y otros Expediente N° 008-2005-AI/TC], señaló lo siguiente:

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

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución".

b) La irrenunciabilidad de derechos

Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley.
Al respecto, José Carlos Remotti Carbonell[12] expone que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo a que todo Estado se obliga a garantizar a sus ciudadanos. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.
Julio E. Haro Carranza[13] expone que "La irrenunciabilidad en materia laboral equivale a decir que el trabajador que expresa voluntad renunciando a derechos laborales, realiza un acto nulo porque es una declaración de voluntad contraria al orden público, como es un mandato constitucional.
Debe señalarse que la Constitución vigente restringe los alcances de este principio originariamente previsto en la de 1979.
Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "derechos reconocidos por la Constitución y la ley".
No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.
El Tribunal Constitucional a través del caso Juan José Gorriti y otros [Expediente N° 008-2005-AI/TC] ha precisado que un derecho de naturaleza laboral puede provenir ya sea de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto cabe señalar que la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la primera de las citadas.
La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando esta es expresada con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.
En efecto, de un lado se caracteriza por suplir o interpretar una voluntad no declarada o imprecisa y por defecto de manifestación; y, de otro por otorgar

a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación privada con pleno albedrío.
Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia o no conveniencia de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.
Al respecto, es citable el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N° 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año; y dentro de ese contexto por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir sobre un "canje" sobre aquello.
En cambio la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades, atribuciones, etc. que le concede la norma.
Javier Neves Mujica[14] conceptúa que el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador como titular de un derecho recaigan sobre normas taxativas, y sancione con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar.
La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas, que por tales son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral.
Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener simultáneamente dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.
Asimismo, el propio Tribunal Constitucional, en el caso Mayfor Roncal Salazar [Expediente N° 8130-2005-AA/TC] consignó que no se da un supuesto de irrenunciabilidad "bajo el argumento planteado por el recurrente, en el sentido de que al declararse fundada la excepción de prescripción, los órganos judiciales emplazados lo habrían hecho aplicando la Ley 26513 de manera inconstitucional (en concreto, con lesión del artículo 26° de la Constitución, en cuanto señala que los derechos de los trabajadores son irrenunciables). En puridad, la existencia de un plazo legal que limite el derecho de acceder a un tribunal de justicia no tiene ninguna relación con el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, pues mientras este último está referido al impedimento del trabajador a renunciar unilateralmente al goce de un derecho reconocido por una norma imperativa

en la relación de trabajo; en cambio la existencia del plazo para iniciar un proceso judicial tiene que ver con un límite temporal en relación al ejercicio del derecho de acción para iniciar la reclamación de un derecho en oportunidad que diga de un interés manifiesto y actual".

c) Indubio pro operario

Esta pauta basilar hace referencia como bien se expuso en el caso Juan José Gorriti y otros [Expediente N° 008-2005-PI/TC] a la traslación de la vieja regla del derecho romano indubio pro reo. Al respecto, nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las reglas de interpretación, la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado.
La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermeneutica.
La aplicación del principio indubio pro operario surge como consecuencia de un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación más no de integración normativa.
La noción norma abarca las leyes los reglamentos y convenios colectivos de trabajo, contratos de trabajo, etc.
Mario Pasco Cosmopolis[15] consigna que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:

- Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.
- Respeto a la ratio juris de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta).

A nuestro modo de ver, la aplicación del referido principio esta sujeto a las consideraciones siguientes:

(a) Existencia de una norma jurídica que como consecuencia del proceso de interpretación ofrece varios sentidos.
(b) Imposibilidad lógico axiológico de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.

(c) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
d) Imposibilidad del operador de la norma de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino de adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

El Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Callao ?Expediente N° 0013-2002-AI/TC? señaló que el lesiona el inciso 3) del artículo 26° de la Constitución (...) no reconoce directamente derecho constitucional alguno. Se trata, más bien, de un criterio de interpretación utilizable en materia laboral, cuya aplicación se encuentra supeditada a que, en una norma legal, exista una "duda insalvable" sobre su sentido. En pocas palabras, de un criterio de interpretación cuya aplicación corresponde al operador jurídico".

5. LOS PRINCIPIOS LABORALES INCORPORADOS COMO PARÁMETRO CONSTITUCIONAL MEDIANTE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A la fecha la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha incorporado en el bagaje de los principios laborales constitucionales, los denominados de primacía de la realidad e inmediatez. Ello en razón ha considerar que siendo innominados aparecen implícitamente contenidos en el corpus constitucional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- **El principio de primacía de la realidad**

Esta pauta basilar hace referencia a que la autoridad jurisdiccional debe hacer predominante la verdad de una situación laboral frente a la mera consignación formal. Ergo, lo jurídicamente admisible no es lo que aparece en la documentación, sino lo que acontece en la realidad.

Este principio es conocido también como contrato-realidad e implica que la existencia de una relación de trabajo, no sólo depende de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación en que el trabajador se encuentra ubicado facticamente. Es evidente que la aplicación de las normas laborales cada vez depende menos de una relación jurídica subjetiva, sino de la situación objetiva cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento.

Por ende, no puede juzgarse, la naturaleza de una relación laboral de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecieran de todo valor.

Américo Plá Rodríguez[16] expone que en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el término de los hechos.

Con relación a esta pauta basilar, el Tribunal Constitucional en el caso Eduardo Chinchay Puse [Expediente N° 1944-2002-AA/TC] ha precisado que "(...) es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se admite que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada (...)"; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada".

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso Nidio Calle Vilchez [Expediente N° 0833-2004-AA/TC] expuso que "(...) en atención a los documentos señalados, resulta evidente para este Tribunal que, pese a lo señalado en los contratos, la entidad demandada ha hecho las veces de empleadora del demandante, ejerciendo poderes de fiscalización y dirección propias de una relación de dependencia de tipo laboral, y no civil, como se pretende afirmar".

Igualmente, en el caso Domitila Guzmán Castañeda [Expediente N° 0689-2003-AA/TC] expuso que el principio de primacia de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, que consagra el trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (...) y además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado.

Finalmente en el caso Alberto Dolcey Pintocatalao Murgueitio [Expediente N° 3710-2005-AA/TC] consignó que"Con Acta de Inspección Especial, de fecha 11 de setiembre de 2004, obrantes a fojas 11 a 12, se acredita que el demandante fue contratado para realizar labores de Inspector de los Cortes y Rehabilitación de agua potable, desde el 1 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2004; por lo tanto, con los referidos medios probatorios se demuestra que el actor, desde que ingresó en la empresa demandada, siempre realizó, las mismas labores, las cuales fueron realizadas en forma subordinada, ya que con el Memorandum N° 028-2004-EPS SEDAPALORETO S.A. ARL., de fecha 5 de junio de 2004, obrante a

fojas 7, se acredita que el recurrente se encontraba subordinado a las órdenes de un jefe inmediato, el cual le concedió permiso para que se ausente de su puesto de trabajo (...) . En tal sentido, un contrato civil suscrito sobre la base de estos supuestos se debe considerar como un contrato de trabajo de duración indeterminada, y cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, sólo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario, como ha sucedido en el caso de autos".

- **El principio de inmediatez**

Esta pauta basilar hace referencia a lo que Ricardo Santana Rodriguez[17] a que para dar lugar a la potestad disciplinaria del empleador, se debe acreditar que "la falta sea actual, en el sentido de que cuando sea cometida y conocida por el empleador, y este decida no punir, no puede invocar después aquella como antecedente".

Fernando Elías Mantero[18] expone que se trata de "un límite al ejercicio del poder disciplinario del empleador, el cual se encuentra obligado a sancionar una falta apenas esta sea conocida y/o comprobada, caso contrario nos encontraríamos ante una situación de condonación tácita de la misma".

El Tribunal Constitucional en el caso Betty Monge Martinez [Expediente N° 2339-2004-AA/TC] expone "(...) no lo es menos que dicha falta debió ser determinada como tal en la fecha en que presuntamente fue cometida, resultando inadmisible y contrario al principio de inmediatez que, después de tantos años, la demandada pretende responsabilizar a la recurrente por hechos respecto de los cuales no tomó las medidas pertinentes en el momento oportuno; por consiguiente, queda claro que lo que la demandada ha pretendido es eximirse de sus propias responsabilidades, sancionando a destiempo a la hoy demandante, lo que de ningún modo puede considerarse ejercicio regular de un acto conforme a derecho".

Asimismo, en el caso Jimmy Chirinos Garavito [Expediente N° 2349-2003-AA/TC] expuso que "(...) conforme al artículo 13 del Reglamento Interno de Trabajo de 1992, existía la prohibición expresa de que los trabajadores de Aduanas tuviesen parientes directos laborando en la misma institución, y que el recurrente pudo haber cometido una falta al no haber declarado dicha situación al momento de su ingreso (1994) , no lo es menos que dicha falta debió ser determinada como tal en la fecha en que presuntamente fue cometida, resultando inadmisible y contrario al principio de inmediatez que, después de

tantos años transcurridos, la demandada pretende atribuirle tal falta. Por otro lado, aunque la emplazada ha pretendido extender la comisión de los hechos presuntamente irregulares a las declaraciones de datos personales de la demandante de los años 1998 y 2000, tal proceder resulta inválido, puesto que ya no existía la prohibición expresa contemplada en el citado Reglamento Interno del año 1992, al haber quedado derogada tal norma mediante Resolución de Superintendencia Nacional de Aduanas N° 001607, del 2 de julio de 1997, mediante la cual se aprobó el Nuevo Reglamento Interno de Trabajo. En ese contexto es indubitable que el despido fue planteado maliciosamente; vale decir, con un claro y evidente fraude a la ley".

En suma, el Tribunal Constitucional ha planteado los cuatro criterios jurisprudenciales siguientes:

- El deber del empleador consiste en comprobar con pertinencia la comisión de las faltas imputadas al trabajador. Así, en el supuesto que no hubiere adoptado las medidas disciplinarias correspondientes en forma y tiempo oportuno, la imposición de sanciones implicara la ilegalidad de las mismas.
- El empleador toma conciencia y conocimiento de la comisión de una falta disciplinaria, cuando esta es comunicada al superior jerárquico del trabajador. Al respecto, es prescindente que este último no hubiere sido informado oficialmente de los hechos ocurridos.
- El período de tiempo entre la imputación de la falta y la imposición de la sanción no conlleva indefectiblemente a la afectación de dicho principio, siempre que dicho lapso corresponda aun plazo razonable que guarde relación directa con la realización de un fehaciente procedimiento pesquisador.
- El empleador que se vea razonablemente impedido de comunicar oportunamente la sanción impuesta al trabajador a causa de situaciones ajenas a su voluntad, no incurre en infracción de dicho principio.

BIBLIOGRAFIA

1. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional. Lima: Jurista editores 2006.
2. SAGÜES, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En AA.UU. Derechos Humanos y

Constitución Iberoamericana: Grijley, 2002
3. RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2005.
4. CARPIO MARCOS, Edgar. La interpretación de los derechos fundamentales. Lima: Palestra, 2004.
5. CARPIO MARCOS, Edgar. La interpretación de los derechos fundamentales. Lima: Palestra, 2004.
6. AYALA CORSO, Carlos. El Derecho de los derechos humanos. En Lecturas Constitucionales N° 3 Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994.
7. HUERTA GUERRERO, Luis. Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales. En derechos fundamentales e interpretación constitucional. Lima: Ciedlos, 1997.
8. REMOTTI CARBONELL, José Carlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: Idemsa, 2004.
9. CIURO CALDERÓN, Miguel Angel. Principios y valores en el derecho constitucional. En: Los valores en la Constitución Argentina. Buenos Aires. Ediar, 1999.
10. PASCO COSMOPOLIS, Mario. El principio protector en el proceso laboral. En: Revista de Iure N° 1, editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1999.
11. RODRÍGUEZ PIÑEIRO, Miguel y MEJÍA FERNÁNDEZ LÓPEZ, Igualdad y discriminación. Madrid, Tecnos, 1986.
12. REMOTTI CARBONELL, José Carlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.
13. HARO CARRANZA, Julio E. Derecho individual de trabajo. Lima: Rao, 2003.
14. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho laboral. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2003.
15. PASCO COSMOPOLIS, Mario. El principio protector en el proceso laboral. En: Revista de Jure N° 6, editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1999.
16. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho de Trabajo. Buenos Aires: Depalma, 1998.
17. SANTANA RODRIGUEZ, Ricardo. El poder disciplinario del empleador en la empresa privada. Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 2001.
18. ELIAS MANTERO, Fernando. Curso de derecho laboral Individual. Mimeo s/f.

SEMBLANZA: LUIS ERNESTO APARICIO VALDEZ

Dr. Róger E. Zavaleta Cruzado

El distrito de Barranco tiene el singular privilegio de ser cuna de don Luis Ernesto Aparicio Valdez; pues, allí nació el juslaboralista que tantos y tan importantes lauros ha dado al País. La tarea de trazar su semblanza, aparentemente fácil, porque se trata de una persona familiar y ampliamente conocida en el mundo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, resulta compleja porque es polifacética, con caracteres deslumbrantes, que subyugan a quienes, como yo, tratamos de describirlas. Entonces, con mi personal afecto y admiración, cumplo el encargo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, rindiendo el honroso homenaje a quien fue su fundador y primer Presidente, porque honrar, honra.

Su entorno familiar:

Luis Ernesto Aparicio Valdez, es hijo de noble familia y digno descendiente de una consagrada estirpe de juristas; pues, su tatarabuelo fue don Evaristo Gómez Sánchez, eminente magistrado, académico y jurista arequipeño, quien propiciara la creación de la Academia Lauretana de Ciencias y Artes de Arequipa; su bisabuelo don Germán Evaristo Gómez Sánchez y Benavides, integrante de la comisión codificadora de la reforma penal del año 1863; su abuelo el prominente abogado del foro de Lima don Germán Aparicio y Alvarado y su padre don Germán Aparicio y Gómez-Sánchez, autor de la monumental obra en quince tomos "Concordancias al Código Civil", ampliamente conocida a nivel nacional e internacional.

El Dr. Germán Aparicio y Gómez Sánchez, contrajo matrimonio con la respetable matrona doña Carmen Rosa Valdez Tudela y, fruto de esta unión nacieron los Drs. Luis Ernesto, Germán, Felipe y Alfredo, así como sus hermanas Rosa y Carmen.

Luis Ernesto Aparicio Valdez, contrajo matrimonio con doña María Elena Rabines y fruto de esta unión nacieron sus cuatro hijos y destacados profesionales: Luis Felipe, Manuel Augusto, José Antonio y María Elena

Sus estudios

Luis Ernesto estudió la primaria y la secundaria en el Colegio Champagnat de Miraflores; manifestando, desde entonces su inclinación por la carrera de derecho, por su vocación a las leyes y, sobre todo, a la justicia. Sus estudios de letras los cursó en la Pontificia Universidad Católica y los de derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos. Realizó estudios de postgrado en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Paris.

Dos ejemplares instituciones:

Su labor profesional siempre estuvo comprometida con la promoción del conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario de las relaciones de trabajo y, para ello, fundó en el año 1982, la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo (APERT), de la que es su actual Presidente. El 14 de julio de 1988, fundó la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), destacándose en el acta de su fundación que se trata *"de una asociación de naturaleza científica, cuya finalidad principal sería la de promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinaria del derecho del trabajo, así como de la seguridad social"*. Ejerció la Presidencia de esta Institución en el período comprendido entre 1988 a 1991. Ninguna de estas instituciones tiene fines de lucro y en la actualidad son ejemplo a nivel mundial de su eficiente organización y funcionamiento, condiciones que garantizan su permanencia en el tiempo, como fue, y es el propósito de su fundador.

Su labor especializada.

El Dr. Aparicio Valdez, por la profundidad de sus conocimientos, es considerado como un especialista en el ámbito laboral y de la seguridad social nacional e internacional, méritos que le valieron para su elección como miembro del Comité Ejecutivo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1982- 1998); representante de América Latina en el Comité

Ejecutivo de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo-AIRT (1989-1992); Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1991-1994) Miembro del Consejo Editorial Consultivo de la Revista Internacional de Seguridad Social de la Asociación Internacional de la Seguridad Social; Presidente de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, en varias ocasiones; Coordinador de los Delegados de los Ministros de Trabajo del Grupo Andino, a cargo de la preparación del Convenio Simón Rodríguez, así como de los Instrumentos Andinos de Seguridad Social y Migraciones. Como Consultor de la Junta del Acuerdo de Cartagena, elaboró el estudio sobre la creación del Instituto Laboral Andino (ILA). Actualmente es miembro del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo que se encuentra abocado a la elaboración de la Ley General del Trabajo.

En el año 2003, para orgullo de todos los peruanos, el Dr. Aparicio Valdez, fue el primer latinoamericano electo Presidente a nivel mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo (AIRT), importante entidad académica que analiza el desarrollo del trabajo desde una perspectiva multidisciplinaria, comprendiendo la sociología, el derecho, los recursos humanos, la administración de empresas, la seguridad social, entre otras áreas del conocimiento.

En ejercicio de este cargo, con motivo del XIII Congreso Mundial de la AIRT, realizado en Paris, el año 2003, propuso que el XIV se realizara en Lima-Perú, el año 2006, lo que fue aprobado.

El XIV Congreso, "Actores Sociales, Organización del Trabajo y Nuevas Tecnologías en el Siglo XXI, se realizó en las instalaciones de la Universidad de Lima, en el mes de septiembre del presente año, congregando a los más destacados especialistas laborales del mundo. El Dr. Aparicio, en su calidad de Presidente de la AIRT, en su mensaje manifestó que *"es grato que el XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo se lleve a cabo en el Perú, en Sudamérica, en Iberoamérica; lo que constituye una prueba de la expansión y de la vitalidad de nuestra Asociación"*.

Los discursos pronunciados por Tayo Fashioin, Secretario de la AIRT, de Manfred Wis y de Russell Lansbury, electo Presidente de la IIRA, han destacado la esforzada labor desarrollada por el Dr. Luis Aparicio Valdez, por ser el artífice de "Uno de los más grandes Congresos en la historia del IIRA".

La nueva idea del Derecho del Trabajo, responde a los cambios profundos que se vienen produciendo. El empleo de nuevas tecnologías y métodos de organización del trabajo, el incremento del desempleo, las

dimensiones óptimas de la producción, así como la articulación de empresas, son algunos de los factores extrínsecos e intrínsicos que inciden para el efecto, provocando crisis en el Derecho del Trabajo. *"La solución de los problemas del Derecho del Trabajo pasan por circunstancias que se encuentran fuera de él. El desarrollo de la economía y factores sociales, como el poblacional, influyen de una manera apreciable y no están, en absoluto, bajo su control, como tampoco lo están las ideologías utópicas o las promesas que a priori se conocen que no se podrían cumplir"*, sostiene nuestro homenajeado.

Agrega que *"El jurista es conciente, sin embargo, que no es al Derecho del Trabajo que le corresponde solucionar problemas como el del empleo. Para Montoya Melgar, la finalidad de este Derecho es la ordenación del trabajo asalariado o, si se prefiere, la ordenación protectora en pro de los trabajadores dependientes. Si además, el Derecho del Trabajo, sirve ocasionalmente a la obtención de finalidades propias de la política de empleo, será éste un designio alcanzado por añadidura: Un servicio lateral o extraordinario del ordenamiento laboral. Pero, en todo caso, será un servicio de cuyos limitados efectos se debe ser consciente al que no cabrá pedir milagros"*.

Es, también importante destacar que, el Dr. Aparicio con la profundidad que le caracteriza sostiene que, de poco vale, además un Derecho de Trabajo, que otorga una gran cantidad de beneficios, si al mismo tiempo crece el porcentaje de trabajadores informales que se encuentra fuera de su ámbito. En otras palabras y siguiendo a Sagardoy, considera que se trata de un nuevo Derecho del Trabajo, un Derecho de la emergencia o de la crisis que se caracteriza por su adaptabilidad al mercado laboral y a las nuevas realidades sociales, politicas y económicas. Esto supone que es ahora y debe ser siempre un Derecho consciente de la necesaria relación con la economía del que no se puede llegar al absurdo de pensar que basta confiar en él como único medio protector de los trabajadores para que éstos avancen en su desarrollo. El ideal de la justicia que le caracteriza debe siempre ubicarse dentro de lo posible en términos económicos, con tendencias participativas.

Refiriéndose al nuevo sindicalismo, afirma que se está produciendo en el campo sindical, un profundo cambio que obliga a sus organizaciones a pasar de la tutela del trabajador a la tutela preferente del trabajo. El desafío del nuevo sindicato, es administrar y distribuir ese bien escaso que es, hoy, el trabajo.

Y en cuanto a la Seguridad Social, sostiene que hace unos decenios iniciara un proceso de separación del Derecho del Trabajo, mantiene coordinación con éste y la incrementa especialmente a través de la negociación colectiva, donde más del 50% de los puntos convenidos tienen que ver con ella. Cuando estos

acuerdos colectivos generalicen determinados beneficios propios de la Seguridad Social que se encuentran a cargo de las empresas, bien podrían ser propias entidades de la Seguridad Social asumirlos...la idea que la Seguridad Social pública y la privada sean interrelacionadas es positiva y tiene un campo muy importante de desarrollo.

Su labor docente

Luis Ernesto Aparicio Valdez, ha ejercido la docencia con marcado éxito, trasmitiendo sus conocimientos y experiencia a nuevas generaciones de estudiantes en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en la Universidad del Pacífico en los cursos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cuyas materias también las enseñó en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, con la profundidad del científico y con la sencillez del maestro, por eso una de cuyas promociones lo nombró padrino y lleva su nombre.

Su labor publicista.

El Dr. Luis Aparicio Valdez, es Presidente de AELE, institución también creada por él hace 30 años y realiza investigaciones en el campo del trabajo y de la seguridad social edita mensualmente la publicación ANALISIS LABORAL, entre otras importantes publicaciones laborales y tributarias.

En esta Revista, encontramos un diagnóstico especializado de la realidad laboral de nuestro país, así como información legal y estadística para un enfoque imparcial y detallado de las relaciones laborales y la seguridad social. Esta publicación es miembro del Club Internacional de las Publicaciones Periódicas del Trabajo junto a las más destacadas ediciones del tema laboral en el Mundo.

Análisis Laboral es publicación mensual con impecable presentación que no viene sola; pues, la acompaña El Informe Laboral que cumple un rol auxiliar; pero, ambos son instrumentos de primer orden que orientan la investigación, el conocimiento y la aplicación de las normas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Brindan, de primera mano, la publicación de las normas legales, el análisis de sus alcances, la doctrina y la jurisprudencia. En, síntesis cumplen señera labor para los actores del derecho del trabajo y de la seguridad

social, así como orientan los cambios que se estiman convenientes para el cumplimiento de sus fines. Esta portentosa labor se cumple gracias al tesonero esfuerzo, el minucioso control y la singular dirección del Dr. Luis Aparicio Valdez, quien rinde culto al trabajo y no se rinde ante él y esta es, sin duda, la mejor herencia de su señor padre el Dr. Germán Aparicio y Gómez Sánchez, a quien se le recuerda como gran jurista por su genial obra relativa al Código Civil de 1936, a la que se la califica como colosal y difícilmente imitable aún fuera del Perú y a su autor se le admira por su espíritu de investigador nato.

Si el Dr. Germán Aparicio y Gómez Sánchez, brilla como estrella de primera magnitud en el Derecho Civil, el Dr. Luis Ernesto Aparicio Valdez, como su digno heredero, también brilla con la misma intensidad en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que son los derechos de nuestros tiempos. El Derecho, decía Montenegro Baca, es sinónimo de realidad social, a la cual encausa dictándole las normas indispensables para la buena marcha social. He ahí la importancia del Derecho. El buen abogado, es la lengua del Derecho; es quien hace hablar el Derecho mudo que existe en los Códigos; y luego refriéndose al Dr. Aparicio y Gómez Sánchez, agregaba que "con sus obras ha conquistado la gloria, porque ésta según definición de Simón Bolívar, consiste en ser grande y en ser útil", expresión que con toda justicia, es también aplicable al Dr. Luis E. Aparicio Valdez, pues también es grande porque es el único jurista nacional que ha alcanzado la brillantez de la Estrella Polar y porque su obra es útil para todos los que permanentemente disfrutamos de sus enseñanzas.