

LA CONSTITUCION DE 1979 Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Carlos Blancas Bustamante

La Constitución Política aprobada en 1979 por la Asamblea Constituyente, que nos rige plenamente desde el 28 de Julio de 1980, reconoce al trabajo como hecho social y económico y al Derecho del Trabajo un rol de gran importancia dentro del Estado peruano y su ordenamiento jurídico y social. En este sentido, la Constitución de 1979 otorga a la materia laboral un tratamiento amplio y variado, superando largamente a las otras dos constituciones del presente siglo, las de 1920 y 1933, que abordaron el tema de manera más o menos dispersa y genérica.

Nuestra actual Constitución, dedica al trabajo no sólo integralmente el Capítulo V del Título Primero, título consagrado a los derechos fundamentales de la persona, sino que en otros títulos y capítulos del texto, incluyendo en el recuento al propio Preámbulo, se hallan conceptos y definiciones que se sustentan en el trabajo. Así, por ejemplo, el segundo párrafo del Preámbulo declara: "Que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional".

La abundancia de normas referentes al trabajo hace necesario abordar, con el mayor detenimiento, el estudio de la significación que encierra, tanto para el Derecho Constitucional como

para el Derecho del Trabajo, la presencia en nuestra Constitución de declaraciones, principios y derechos sobre materia laboral.

I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y EL DERECHO DEL TRABAJO

A. Perspectiva histórica

La presencia en el texto constitucional de principios y normas sobre el trabajo, como hecho social y como objeto específico del derecho del trabajo, constituye una de las manifestaciones típicas de aquel fenómeno jurídico-constitucional conocido como el "constitucionalismo social". El "constitucionalismo social" representa, en acertada descripción de Tissembaum, "...un proceso de penetración del derecho laboral y del derecho social en el derecho constitucional para caracterizarlos en sus fines, y luego éste, con el impulso consiguiente, se proyecta a su vez en aquéllos para asignarles la firme orientación institucional de sus postulados rectores, hacia el ordenamiento legal respectivo" (1). Por su parte, Alonso García precisa el sentido, al menos inicial, y ciertamente principal, que tiene el "constitucionalismo social": "Entre estos derechos sociales, los que derivan del trabajo como valor fundamental de la vida social ocupan un lugar importante, y al ser el Derecho laboral el que se ocupa de la regulación de las relaciones nacidas del trabajo, hace que, cuando se habla de incorporación de las cláusulas laborales a los textos constitucionales, se intente definir la caracterización general del movimiento calificándolo como constitucionalización del Derecho del Trabajo" (2).

De este modo, el constitucionalismo social aparece, en primer término, como "constitucionalización del Derecho del Trabajo", aun cuando más tarde comprenderá otros derechos sociales distintos a los específicamente laborales. En el derecho mexicano, el

- (1) TISSEMBAUM, Mariano R. "La Constitucionalización del Derecho del Trabajo", en Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario Deveali, La Ley, Buenos Aires, 1971, Tomo I, p. 178.
- (2) ALONSO GARCIA, Manuel, Curso de Derecho del Trabajo, Ariel, Barcelona, 1975. p. 158.

fenómeno comprendió, desde el primer momento, al derecho del trabajo y al derecho agrario (3).

Precisamente, se reconoce por lo general como punto de partida de esta corriente, a la Constitución Mexicana de 1917, a la que se atribuye el mérito de haber sido la primera en consagrar, en su célebre y extenso Artículo 123, un conjunto de normas y derechos fundamentales relativos al trabajo. Dos años más tarde, en 1919, la Constitución de la naciente República Alemana, también conocida como "Constitución de Weimar", incluyó entre sus normas algunas de gran trascendencia referentes a la seguridad social, el derecho de coalición, la unificación del derecho obrero, la formación de consejos obreros en las fábricas, etc. Años después, la República Española proclamaba en su Constitución de 1931 que "España es una República democrática de trabajadores de todas las clases".

Esta corriente que fue ganando impulso paulatinamente, bajo la presión de grandes acontecimientos sociales, económicos y políticos, se extendió notablemente después de la segunda guerra mundial, alcanzando a algunas grandes constituciones europeas. Entre ellas, debemos mencionar la Constitución Francesa de 1946, cuyo preámbulo enumera un conjunto de principios y derechos de naturaleza laboral que siguen vigentes bajo la Constitución de 1958, la Constitución Italiana de 1947 que toca ampliamente el tema en sus Disposiciones Generales y en el Título III de su Parte I y más recientemente las Constituciones española de 1978 y la portuguesa de 1976. También en América Latina se difundió, durante el presente siglo y más acentuadamente luego de la segunda guerra mundial, la corriente de constitucionalización del Derecho del Trabajo, encontrando expresión en numerosos textos constitucionales. Podemos citar, entre los más recientes, la Constitución Venezolana de 1961, que destina el Capítulo IV del Título III a los "Derechos Sociales" y, asimismo, incluye referencias al trabajo en el preámbulo y en el capítulo relativo a deberes de los venezolanos; la Constitución argentina, que al ser reformada en

(3) Ver la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 27.

1957, incluyó en su nuevo Artículo 14 una enumeración bastante extensa y consistente de normas y derechos laborales; la Constitución Colombiana, que reconoce al trabajo como "obligación social" y le asigna la protección del Estado y que, igualmente, garantiza el derecho de huelga, en sus Artículos 17 y 18; y naturalmente, la Peruana de 1979.

Sin embargo, entre nosotros, la Constitución de 1979 encuentra antecedentes en las dos constituciones anteriores que el Perú ha tenido en este siglo. Puede considerarse que la Constitución de 1920, elaborada y promulgada al inicio de la "Patria Nueva", representa, aunque tímidamente, la presencia del constitucionalismo social en el Perú. Dicha Constitución incluyó en su texto un Título IV denominado Garantías Sociales en el que reconoció algunos derechos laborales. El artículo 47 impuso al Estado la obligación de legislar sobre la organización y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. Igualmente, estableció que la ley fijaría las condiciones del trabajo, los salarios mínimos y la indemnización de los accidentes de trabajo, que consideró obligatoria. El artículo 48 estableció el arbitraje obligatorio para los conflictos entre el Capital y el Trabajo, y el Artículo 49 remitió a la ley la función de organizar los Tribunales de conciliación y arbitraje que debían resolver aquellos conflictos, así como los requisitos y condiciones para dar efecto obligatorio a sus fallos. Cabe, también, mencionar el Artículo 56 que asignó al Estado la obligación de fomentar las instituciones de previsión y solidaridad social, así como otras instituciones, entre ellas cooperativas de producción y consumo, "que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares".

La Constitución de 1933 mantuvo y, en cierto grado, acentuó, esta tendencia a constitucionalizar los derechos sociales, principalmente los derechos laborales. Así, en su Título II, Capítulo I, consagrado a las Garantías Nacionales y Sociales impuso al Estado, en el artículo 43, la obligación de legislar sobre el contrato colectivo de trabajo, y en su artículo 44 prohibió incluir en el contrato de trabajo toda estipulación que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales. El artículo 45, bastante avanzado para su época, señalaba "El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios

de las empresas..." y agregaba la obligación del Estado de legislar sobre las relaciones entre los trabajadores y las empresas y sobre "la defensa de los empleados y trabajadores en general". El artículo 46, a su vez, remitió a la legislación la regulación de la organización y seguridad del trabajo industrial, la protección de la vida y la salud en el trabajo, la higiene, las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios y por accidentes de trabajo y los salarios mínimos. Finalmente, el artículo 48 se refirió al establecimiento por ley de un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte, y al fomento de las instituciones de solidaridad y otras similares.

B. Del Estado Liberal al Estado Social

La constitucionalización del Derecho del Trabajo y, en general, el constitucionalismo social, están unidos o, para ser más exactos, forman parte de un proceso político, social y económico más vasto y profundo: la transformación del estado liberal en estado social o democracia social.

Este proceso es la consecuencia de una serie muy amplia de factores, pero entre ellos, debe mencionarse, de un lado, la evolución y desarrollo de la técnica y la economía y, del otro, el surgimiento de profundas exigencias sociales y de movimientos políticos y sindicales que expresan la creciente presencia en el Estado de una nueva clase social que disputa a la burguesía su hegemonía: la clase trabajadora. El proceso señalado lleva a profundos cambios en la concepción teórica y las funciones concretas del estado tradicional, que lo van transformando en el denominado Estado Social. Los rasgos fundamentales de este cambio son descritos con gran precisión por García Pelayo: "...mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado Social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material... mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material... Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por la inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones so-

ciales, dirección económica y distribución del producto nacional” (4).

Nuestra actual Constitución pretende insertarse en esta corriente, como se desprende del contenido de su artículo 79, que define al Perú como “República democrática y social”. Comentando esta disposición hemos sostenido que “Si bien se trata de una declaración general, de alcance político-social antes que estrictamente jurídica, ella impone al Estado peruano una orientación inequívoca que lo obligará a establecer políticas, invertir recursos y crear servicios que efectivamente permitan el ejercicio de los derechos sociales y el logro del bienestar, el desarrollo y la eliminación de toda estructura de explotación” (5).

Si bien la idea del Estado Social inspira diversas normas de las Constituciones que se basan en dicha concepción, existen, a nuestro juicio, algunas declaraciones o definiciones de carácter general que suelen aparecer en aquellos textos y que pretenden inspirar el conjunto de sus normas. Varias de aquellas declaraciones fundamentales están directamente referidas al trabajo, como podemos apreciarlo claramente en la Constitución de 1979. Ellas son, principalmente, las siguientes: 1) el trabajo como fundamento del Estado, 2) el trabajo como fundamento del régimen económico, y, 3) el trabajo como derecho y como deber social.

1) La idea del trabajo como fundamento del Estado tiene su expresión más nítida en el artículo 79, que está consagrado a definir la forma del Estado peruano. Dicho artículo señala lo siguiente: “El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”.

Dicha definición, que reviste un carácter fundamental en orden de determinar la orientación del Estado peruano, posee al-

(4) GARCIA-PELAYO, Manuel... Las transformaciones del Estado contemporáneo. Alianza Universidad, Madrid 1977, pp. 26-27.

(5) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos... El Estado y la Constitución de 1979, en Derecho, Programa de Derecho de la Universidad Católica, Lima, 1981, Nº 35, p. 10.

gunos antecedentes importantes en la trayectoria del constitucionalismo social. Fórmula similar apareció por primera vez en la Constitución de la República Española de 1931 que afirmó en su artículo 1: "España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia" (6). Muchos años después, la Constitución Italiana, promulgada en 1947, estableció en su Artículo Primero: "Italia es una República democrática, fundada sobre el trabajo".

Refiriéndose a la Constitución Italiana y luego de analizar los fundamentos y alcances de su artículo primero, Tissembaum sostiene que... "debemos inferir que el fundamento o espíritu del texto de la disposición mencionada no es otro que el de la revaloración jurídico-política del trabajo, sin asignarle a este concepto un sentido clasista" (7).

La concepción del trabajo como un valor fundamental en la definición del Estado, posee una significación muy profunda porque implica un cambio sustancial en la forma de concebir el Estado. Bajo el liberalismo, el Estado tenía como fundamento esencial el valor de la "libertad", a cuya realización y protección debía consagrar sus mejores esfuerzos. Más aún, el concepto de libertad individual sirve como frontera para demarcar el ámbito de acción del Estado, que está subordinado a ella. Anota, por ello Schmitt que "...la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio" (8).

Pero, la libertad del liberalismo es la libertad burguesa, concebida desde una perspectiva individualista, que recorta la noción integral de la persona humana y mutila, igualmente, la idea de sociedad. La "cuestión social", engendrada por el capitalismo, y muchas otras realidades semejantes, entre ellas la de nuestro propio subdesarrollo, han demostrado suficientemente las carencias de

(6) TISSEMBAUM, Mariano R. ... Op. cit. p. 183.

(7) IBIDEM, p. 184.

(8) SCHMITT, Carl. ..., Teoría de la Constitución, México, Editora Nacional, 1966, p. 147.

este concepto de libertad como basamento sólido para un orden social justo. Por ello, Tissembaum señala certeramente que: "La libertad que constituyó uno de los primeros planteos que inspiraron el constitucionalismo, no fue suficiente de por sí para afirmar los derechos humanos en modo de consolidar su eficacia. Necesitó del complemento necesario para asegurar la posibilidad de hacerla efectiva, en la plenitud de su significado, o sea con dignidad" (9). Y, más adelante agrega: "Y el trabajo que antes se hallaba subestimado como actividad profesional humana, adquirió la jerarquía de un derecho que se consustanció con los otros esenciales de la vida humana, en modo equivalente al de la libertad" (10).

Así pues, se enriquece la idea de la persona y la noción misma del Estado cuando, junto a la libertad, se afirma el trabajo como valor social fundamental, porque ello implica reconocer que el hombre se realiza a través de ambos valores y, que es función o deber del Estado tutelarlos conjuntamente, creando el ordenamiento social y económico que permita su plena manifestación.

En nuestro texto constitucional, la definición contenida en el artículo 79 guarda directa relación con los "deberes primordiales" del Estado señalados en el artículo 80, entre los cuales se mencionan los siguientes: ... "promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado".

Comentando estas disposiciones, Rubio y Bernaldes, anotan que "La consecuencia lógica de esta norma, unida al principio del trabajo como fundamento de la República, es revalorizar plenamente al trabajador en una sociedad donde el individuo y las formas de explotación capitalista, no avasallen a las mayorías nacionales" (11).

(9) TISSEMBAUM, Mariano R. ... Op. cit. p. 179.

(10) Loc. cit.

(11) RUBIO, Marcial y BERNALDES, Enrique, Perú: Constitución Sociedad Política, DESCO, Lima 1981. p. 279.

Creemos que la afirmación de los autores citados es rigurosamente correcta porque carecería de sentido exaltar la noción del trabajo, en abstracto, y no traducir ese culto en medidas concretas en beneficio del trabajador, para librarlo de cualquier situación en la que resulte, en la práctica, objeto de explotación. De este modo, revalorizar el trabajo implica, necesariamente, un compromiso del Estado para crear las condiciones sociales mínimas que reconozcan al trabajo el destacado rol que le asigna la Constitución del Perú. En tal sentido, la definición del artículo 79 representa un principio rector para la totalidad de la vida económica y social y no sólo para las relaciones laborales.

2) Como una consecuencia de lo anterior, el trabajo aparece, también, en nuestra Constitución de 1979, como valor fundamental en relación al régimen económico. El artículo 110 reza así, en su primer párrafo: "El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana". Asimismo, el artículo 42, correspondiente al capítulo Del Trabajo, señala en su primera frase que "El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza".

La relación entre el trabajo, como actividad productiva y creadora, y la economía es evidente, por lo que la Constitución se limita a reconocer el hecho, pero agregando, y esto es lo importante, su valoración de lo que significa el trabajo en la economía al concebirlo como "la fuente principal de la riqueza". Como tal, los demás factores o elementos de la producción deben entenderse subordinados al factor trabajo. De otro lado, el mismo artículo 110, define al trabajo como "medio de realización de la persona humana", con lo que añade a su importante función económica, la valoración ética a que se refiere Juan Pablo II cuando sostiene en "Laborem Exercens": 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" (12).

(12) Juan Pablo II. Encíclica *Laborem Exercens*. Editorial Salesiana. Lima, 1981, p. 35.

La cuestión esencial con relación a este punto es determinar el grado de coherencia existente entre esta declaración de carácter general sobre el régimen económico y las normas que configuran el conjunto de dicho régimen. A este respecto, se ha destacado la contradicción de fondo que existe entre la afirmación del trabajo como fuente principal de la riqueza y medio de realización de la persona y la vigencia e, inclusive, consolidación de una economía capitalista, basada en el mercado y la propiedad privada de los medios de producción, como lo establece la Constitución. Para Rubio y Bernal "..." cuando el artículo 110 es enfrentado a los tres principios básicos del régimen económico; cuando frente a ellos se enarbola una liberalización del concepto de propiedad; cuando no se asegura el empleo ni se da valor real apropiado al salario; cuando se posterga el rol de la planificación del desarrollo, difícilmente se puede decir que hay coincidencia entre la declaración general y las normas concretas" (13).

Por su parte, Ruiz-Eldredge sostiene: "No obstante, esta declaración de principios no se ha seguido en las normas de los capítulos siguientes sobre Recursos Naturales, Propiedad y Empresas y Régimen Agrario..." (14).

Por más que la Constitución tilde de "social" a la economía de mercado —usando un lenguaje neo-liberal— y reconozca como expresiones de la primacía del factor trabajo la existencia de empresas autogestionarias y cooperativas, es evidente que el régimen económico está presidido, en su normatividad específica, por criterios capitalistas, con lo cual las posibilidades de llevar a la práctica los enunciados doctrinarios del artículo 110 son virtualmente mínimas o simplemente nulas.

3) Nuestra actual Constitución, a diferencia de la Constitución de 1933, proclama el derecho al trabajo y, correlativamente, el deber de trabajar. Lo dice así la segunda frase del artículo

(13) RUBIO, Marcial... BERNALES, Enrique. Op. cit., p. 600.

(14) RUIZ ELDREDGE, Alberto... La Constitución comentada, Editora Atlántida, Lima, 1980, p. 177.

42: "El trabajo es un derecho y un deber social". Lo señala, igualmente, el Preámbulo de la Constitución en su párrafo segundo, acápite segundo, cuando afirma "Que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional". Lo sostiene, asimismo, el artículo 76: "Todos contribuyen al bienestar general y a la realización de su propia personalidad mediante su trabajo como deber personal y social".

El derecho al trabajo y el deber de trabajar configuran dos principios o, si se quiere, dos aspectos de un mismo principio, que integran el patrimonio característico del constitucionalismo social. La Constitución Mexicana en su artículo 123 establece en el primer párrafo que "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil". Por su parte la Constitución Alemana de 1919 (de Weimar) consignó en el artículo 163 lo siguiente: "Todo alemán tiene, sin perjuicio de su libertad personal, el deber moral de utilizar sus fuerzas intelectuales y físicas conforme al interés de la colectividad". Como vimos en el apartado A del presente capítulo, varias de las más importantes y recientes Constituciones europeas y latinoamericanas proclaman, con diverso énfasis y expresión, similares principios.

Estos principios constituyen un aporte del constitucionalismo social en la medida que complementan el concepto de la "libertad de trabajo" que representó, en materia laboral, el contenido clásico de las constituciones liberales. Dicho principio fue consignado en nuestras Constituciones anteriores y la de 1979 lo establece en el inciso 13 del artículo 2 (dedicado a los derechos fundamentales de la persona) en los siguientes términos: "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 13.- A elegir y ejercer libremente su trabajo con sujeción a la ley"; así como en el cuarto párrafo del artículo 42 que afirma: "A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución".

Respecto a la significación y alcance de tales principios comenta Rafael Caldera que "A esta declaración no se asignan consecuencias jurídicas. Sin embargo, tiene al menos una muy palpable, la de colocar fuera de la ley la vagancia, es decir "El estado habitual e injustificado de falta de profesión u oficio lícito". El deber del trabajo es, pues, un deber cívico y moral, pero no

sin efectos jurídicos" (15). Refiriéndose al trabajo como derecho, el mismo autor anota que "...no se trata aquí ya de del derecho a trabajar en la actividad que se escoja, sino del título jurídico que a todo hombre se le reconoce de hallar una ocupación para asegurar la subsistencia propia y la de su familia" (16).

Sin discrepancia con la opinión anterior, De la Cueva sostiene que "La sociedad tiene derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto, y por esto el trabajo es un deber, pero el reverso de este deber del hombre, es la obligación que tiene la sociedad de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades" (17).

En armonía con estas interpretaciones doctrinales, encontramos algunas normas de nuestra Constitución que abonan similar concepción respecto a aquellos principios. En relación al derecho al trabajo podemos mencionar el inciso 15 del artículo 2, que señala como derecho fundamental de la persona "...alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia". El ya citado artículo 42 en la tercera frase de su primer párrafo señala que "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". El también ya citado artículo 80 impone al Estado el deber de "promover el bienestar general", y el artículo 110, sobre principios generales del régimen económico, indica en su segundo párrafo que "El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso".

De las opiniones autorizadas que hemos citado, y otras más que por economía omitimos consignar (18), así como de las nor-

(15) CALDERA, Rafael... Derecho del Trabajo, El Ateneo, Buenos Aires, 1960, pp. 178-179.

(16) Loc. cit.

(17) DE LA CUEVA, Mario... El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa S.A., México, 1978, Tomo I, p. 109.

(18) P. ej. CABANELLAS, Guillermo, en Compendio de Derecho Laboral y TISSEMBAUM, Mariano, en Tratado de Derecho del trabajo.

mas transcritas, se puede concluir que el ejercicio del derecho al trabajo y el cumplimiento, correlativo, del deber de trabajar, solamente son posibles en el marco de un orden social y económico que ofrezca a las personas la oportunidad efectiva de desempeñar una ocupación útil para sí mismas y para la sociedad. En nuestra realidad actual esto parece aún algo remoto, según lo anotan Rubio y Bernaldes: "Si partimos del hecho comprobado que en el Perú un 15% de la población económicamente activa carece de trabajo y un 35% más está subempleada, podemos concluir rápidamente que mal puede decirse que el trabajo es un deber a cumplir y menos aún que es un derecho satisfecho" (19). Los mismos autores, enjuiciando el régimen económico previsto en la Constitución sostienen que "...con un modelo económico global como el elegido, poco queda hacer al Estado para optimizar el nivel de empleo en el país, es el propio modelo el que ha limitado y, previsiblemente, seguirá limitando el desarrollo social en este aspecto" (20). De lo cual concluyen que "...la solución al problema del empleo estará en un profundo cambio de estructuras, que altere por completo la lógica del lucro predominante en el sistema capitalista" (21).

En esta perspectiva, el derecho al trabajo y el deber de trabajar, como principio de la vida social, aparecen claramente como cimientos de un nuevo orden social y un nuevo Estado, más que como derecho y deber que puedan realizarse dentro de la sociedad liberal capitalista.

4) Los principios antes enunciados y comentados forman parte de una nueva concepción de la sociedad y el Estado que difícilmente podrá realizarse bajo la vigencia de nuestra actual Constitución, pues si bien ésta ha sido generosa y avanzada, desde el punto de vista social, en la formulación de principios y aún de normas programáticas, no es menos cierto que su concepción económica implica una profunda contradicción con aquellos principios, al orientarse decididamente hacia una economía de fundamento capitalista. Los postulados del constitucionalismo social in-

(19) RUBIO, Marcial y BERNALDES Enrique... Op. cit., pp. 578-579.

(20) Ibidem., p. 580.

(21) Ibidem., p. 581

sertos en la Constitución de 1979, justos y valederos en sí mismos, se verán obligados a una difícil e incómoda convivencia con principios económicos y concepciones sobre el mercado y la propiedad típicas del liberalismo económico. Así, nuestra Constitución encierra, desde su gestación, una profunda e insalvable ambigüedad conceptual y política, que hace presagiar para ella una vida azarosa e incierta. Ello no significa que hubiera sido preferible excluir de su texto los principios del constitucionalismo social, porque aún dentro de su compleja ubicación ellos contribuirán a sostener e impulsar el necesario proceso de cambio de estructuras que requiere el país y a consolidar, aún dentro del marco de una economía capitalista, ciertos derechos importantes para los trabajadores.

Debe tenerse presente, en relación a este tema, que aquí se ha tratado del trabajo en sentido general, como "hecho social" mediante el cual "...se hace posible no tanto la vida del individuo que lo presta, como la vida social misma" (22). No se le ha visto como el objeto específico del Derecho del Trabajo, esto es, como trabajo subordinado y por cuenta ajena. Por ello, refiriéndose a sus propios comentarios sobre el deber de trabajar, Caldera formula una interesante apreciación que creemos perfectamente válida para toda la temática del trabajo como principio de la organización social. Dice el autor mencionado: "...por trabajo, en este caso no se puede entender solamente el trabajo subordinado, ni menos el trabajo industrial, ni solamente el trabajo manual, sino el trabajo en todas sus formas: desde el de un profesor en su cátedra hasta el de un obrero en el fondo de una mina, pasando por el de una madre en su hogar" (23). Concepto éste más amplio que el del trabajo regulado por el Derecho del Trabajo al cual se referirán los capítulos siguientes, aunque íntimamente vinculado a aquél en cuanto le sirve de fundamento e inspiración.

(22) CALDERA, Rafael, op. cit., p. 79.

(23) Ibidem., p. 178.

II. LA CONSTITUCION COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

A. Planteamiento doctrinal

La Constitución destina el Capítulo V de su Título I al trabajo. Como sabemos, el Título I se denomina "Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona" y en sus siete capítulos desarrolla el enunciado de aquellos derechos bajo los rubros de derechos de la persona, de la familia, de la seguridad social, salud y bienestar, de la educación, la ciencia y la cultura, del trabajo, de la función pública y derechos políticos. La ubicación que se ha dado al capítulo sobre el trabajo indica la significación que la Constitución otorga a los derechos derivados o vinculados a él como derechos fundamentales de la persona.

Como ya lo señalamos anteriormente, nuestra actual Constitución es innovadora en el hecho de agrupar las normas constitucionales sobre el trabajo en un capítulo especial, lo que no sucedió con las Constituciones de 1920 y de 1933 que incluyeron sus escasas normas laborales en sus títulos sobre Garantías Sociales, la primera, y sobre Garantías Nacionales y Sociales, la segunda.

Las normas incluidas en el Capítulo V, a diferencia de aquellos principios que hemos analizado en el punto anterior, constituyen, salvo algunas pocas excepciones, normas referidas al trabajo subordinado, esto es, a aquél que generalmente se considera como objeto propio del Derecho del Trabajo. En este sentido, aquellas normas constituyen fuentes formales del Derecho del Trabajo. Como lo señala Tissembaum, tales normas "Constituyen disposiciones fundamentales y rectoras del ordenamiento jurídico y político, debiendo ajustarse a las mismas las otras fuentes formales" (24).

(24) TISSEMBAUM, Mariano, op. cit., p. 476.

Pero, no existe plena uniformidad en la doctrina del Derecho Laboral respecto al valor y significación de la Constitución como fuente formal. Para Cabanellas, "lo más común es que esos principios y preceptos carezcan de vigencia inmediata, por requerir, para aplicarse en la práctica y por los tribunales, una ley especial, que no siempre se dicta después o que restringe en exceso el propósito de los constituyentes" (25). Caldera sostiene opinión parecida, aunque admite que, por excepción, puedan darse normas constitucionales de aplicación inmediata. Prefiere, sin embargo, ubicarlas como "principios inspiradores" de la legislación laboral, antes que como mandatos directos (26).

De la Cueva, comentando en este punto la Constitución mexicana sostiene, en cambio que "...es también una fuente formal del derecho, porque si bien contiene principios generales, se encuentran asimismo en ella normas concretas de aplicación automática, como el principio de la jornada máxima o la protección al salario" (27). Por su parte, Alonso García distingue entre dos significaciones de la Constitución como fuente: fuente mediata, en cuanto sirve de punto de partida para que los textos legales de aplicación directa no sufran desviación de la fuente constitucional, y "...fuente inmediata, singularmente en aquellos supuestos en los que por defecto de texto legal que hubiese debido desarrollar el correspondiente precepto constitucional, las normas contenidas en las propias Leyes Fundamentales actúan como texto de aplicación directa..." (28). Agrega, además, que pueden servir como principios orientadores, e, incluso, estimulantes de la obra del legislador.

Coincidiendo básicamente con las opiniones de De la Cueva y Alonso García, Tissembaum sostiene que "El imperio de las normas constitucionales deriva, en cuanto a su inmediatez, de la característica con que se redacta la disposición consiguiente" (29).

(25) CABANELLAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 183.

(26) CALDERA, Rafael, op. cit., p. 205

(27) DE LA CUEVA, Mario, op. cit., p. 129.

(28) ALONSO GARCIA, Manuel, op. cit., 167.

(29) TISSEMBAUM, Mariano, op. cit., p. 477.

Así, distingue entre "disposiciones constitucionales de tipo programático que sólo enuncian aspiraciones, propósitos y orientaciones de carácter general" de otras "que determinan en modo imperativo el precepto, por la redacción consiguiente del texto, y son de aplicación automática, sin necesidad de leyes posteriores, pero que pueden dictarse para reglamentar su ejercicio..." (30). Este autor cita en su apoyo a los tratadistas españoles Bayón Chacón y Pérez Botija que hacen una distinción entre normas de ejecución inmediata posible y normas de valor programático, entre las cuales separan aquéllas que enuncian un futuro legislativo o un sistema económico-social que debe ponerse en marcha y aquéllas que sólo tienen un valor declarativo o teórico, sirviendo únicamente como principios orientadores. Mencionan tales autores como ejemplo de estas últimas la expresión "el trabajo es un derecho y un deber" (31).

B. Significación y jerarquía de la Constitución de 1979 como fuente del Derecho del Trabajo

Entre las normas constitucionales hay algunas de claro sentido programático como las contenidas en los artículos 42, 43 —salvo lo referente a remuneraciones mínimas vitales— 45, 46, 47, 50, 52, 53 y 56. Otras, podemos considerarlas como de aplicación inmediata o directa, lo que no implica, como lo señala Tissembaum, que no puedan dictarse leyes que regulen su ejercicio o precisen otros detalles necesarios para su aplicación. No obstante, por importar el reconocimiento de derechos subjetivos no podría sostenerse que la falta de regulación legal impide o posterga su ejercicio hasta que ésta se dicte. Es el caso del artículo 44 (en lo referente a la jornada de trabajo y a algunos otros beneficios individuales allí previstos, pues respecto a otros el artículo tiene un carácter programático); del artículo 48 (estabilidad laboral); del artículo 49 (pago preferencial de beneficios sociales y plazo de prescripción); del artículo 51 (derecho de sindicalización); del artículo 54 (convenciones colectivas); del artículo 55 (huelga); y, del artículo 57 (principios de interpretación).

(30) Loc. cit.

(31) *Ibidem.*, p. 478.

Por lo demás, todas estas instituciones del Derecho Laboral se encuentran, en el Perú, normadas por disposiciones legales, tanto por leyes en sentido estricto cuanto por normas de carácter reglamentario, con la excepción del artículo 57 que, por su naturaleza, no requiere mayores desarrollos y ha tenido manifestaciones en la jurisprudencia laboral. De modo que la verdadera función que tendrán las normas constitucionales, tanto las de carácter programático como las de ejecución inmediata, será la de servir de criterio para juzgar y establecer las modificaciones, adecuaciones o eventuales ampliaciones que requiera la legislación vigente.

El hecho de que la Constitución no sea mayormente innovadora en materia laboral no resta a sus normas valor o significación, pues como lo señaló la ponencia de la Comisión Especial de la Asamblea Constituyente N° 12, sobre Trabajo, "...la inestabilidad política del país, la provisionalidad de los gobiernos democráticos, el desconocimiento cuando no la violación de las conquistas sociales, son razones suficientes para proponer la elevación de los derechos relativos al trabajo al rango de normas constitucionales. Sólo de esta manera se logrará que esos principios adquieran validez y persistencia" (32).

Se ha pretendido, por consiguiente, dar a los derechos laborales la garantía que consiste en constitucionalizarlos, beneficiándolos con el carácter de superlegalidad que posee la Constitución. De tal manera, la legislación tendrá que respetarlos, no pudiendo restringirlos o negarlos. Además, ello les permitirá gozar del amparo de las garantías constitucionales establecidas en el texto constitucional para la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en la estructura del orden jurídico la Constitución representa la norma de mayor jerarquía e importancia, a la cual deben supeditarse, formal y materialmente, las demás normas que integran dicho ordenamiento. "El principio supraordinario que emana de la Constitución —afirma Rubio— es el principio de constitucionalidad de todo el sistema jurídico y, por su-

(32) En Actualidad Laboral, Lima, Marzo 1979, p. 34.

puesto, del sistema legislativo. Simplificadamente, este principio señala que las normas constitucionales tienen primacía por sobre cualquier otra norma del sistema y que, en caso de que cualquiera otra norma se oponga de alguna manera a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella" (33).

¿Cómo debe entenderse la aplicación de este principio en relación a la jerarquía de las fuentes del Derecho Laboral?. De la Cueva, después de señalar que el principio de constitucionalidad implica que las leyes no pueden contrariar, restringir ni ampliar el contenido de las normas constitucionales sostiene que "El derecho del trabajo acepta los dos primeros términos —contrariar o restringir— de los axiomas, por lo que sus normas no pueden contravenir ni restringir los beneficios que el pueblo otorgó a los trabajadores en la Declaración de derechos sociales, pero como son beneficios mínimos... las fuentes formales subconstitucionales no sólo pueden, sino tienen como misión ampliar los beneficios..." (34).

En el mismo sentido opina Alonso García: "El principio de norma más favorable, y el respeto a las condiciones más beneficiosas establecidas con anterioridad, no suponen desconocimiento de la jerarquía normativa o vulneración de ésta. Su admisión por normas de rango jerárquico adecuado, y su mismo sentido, demuestran cuanto sostenemos. Pues como tales normas más favorables no contienen nunca una disposición que siendo de rango inferior a otra, haya de resultar aplicable en contra de ésta, sino mejorándola y completándola" (35).

De esta manera, debemos concebir a los derechos laborales consignados en la Constitución como garantías mínimas, que en modo alguno pueden impedir su mejoramiento por la legislación o la creación, en el futuro, de otros derechos y beneficios no previstos en la norma fundamental. En este sentido, los derechos

(33) RUBIO, Marcial, La Legislación como fuente de Derecho en el Perú, en Derecho, Lima, Programa de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, núm. 34, p. 14.

(34) DE LA CUEVA, Mario, op. cit., p. 132.

(35) ALONSO GARCIA, Manuel, op. cit., p. 292.

que hoy aparecen en la Constitución sólo reflejan o representan un momento en el desarrollo social y económico del país y no pueden interpretarse como restrictivos respecto a aquellos nuevos derechos que surjan como consecuencia de un mayor desarrollo social y económico.

Finalmente, en relación a las fuentes constitucionales, cabe mencionar un significado más que se les puede otorgar. Este es el de afirmar la autonomía del Derecho del Trabajo. Particular énfasis pone en este aspecto De la Cueva quien sostiene, en directa referencia a su propio texto constitucional, "...y como una consecuencia directa de la Declaración (el autor se refiere al art. 123 de la Constitución Mexicana), la autonomía plena del Derecho del Trabajo, lo que implica que sus raíces y su sentido y su finalidad se hallan en el artículo 123, por lo que es de este precepto y no del derecho público ni del privado, de donde debe extraerse la orientación para la creación e interpretación de las normas concretas" (36).

No es radicalmente diferente la opinión de Cabanellas quien al referirse a la autonomía del Derecho Laboral considera que "En el terreno de los hechos, donde la autonomía laboral se ha afirmado más vigorosamente es en la legislación positiva, en una escala que va desde órdenes y reglamentos hasta preceptos o títulos de las Constituciones, pasando por millares de decretos y leyes" (37). Este autor, sin embargo reconoce y sostiene la vinculación de origen que une al Derecho Laboral con el Derecho Civil y admite a éste como fuente supletoria.

En el Perú, como sabemos, dentro del marco de una legislación dispersa en normas de diversa jerarquía y en legislación de distintas materias, la definición del contrato de trabajo se encuentra en los artículos 1571 y 1572 del Código Civil y ha sido nuevamente incluida en el proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Reformadora en los artículos 1807, inciso b), 1825 y 1826, bajo la denominación de "Contrato de trabajo dependiente".

(36) DE LA CUEVA, Mario, op. cit., p. 79.

(37) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., p. 162.

Sin postular una separación absoluta e inconveniente, por lo demás, del Derecho Laboral y el Derecho Civil, creemos que el disponer de fuentes constitucionales propias, entre las cuales figuran declaraciones básicas, principios de interpretación y derechos fundamentales, robustece la autonomía del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica y representa un importante estímulo para que en el Perú se pueda avanzar hacia la progresiva unificación de la legislación laboral, como según parece fue el intento de la Comisión de Trabajo de la Asamblea Constituyente, para no mencionar sino el más reciente de los numerosos proyectos existentes en esa dirección.

III. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACION DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA CONSTITUCION DE 1979

El Derecho del Trabajo posee principios propios de interpretación, que responden a su naturaleza peculiar y a su finalidad. Señala Cabanellas al respecto que "La interpretación laboral parte del sistema interpretativo general, que suelen concretar los códigos civiles, para establecer luego sus reglas especiales, fundadas en los caracteres propios del Derecho del Trabajo y en la condición peculiar que dentro de él se crea para el trabajador" (38). De la afirmación anterior se desprende que el Derecho Laboral no se aparta o deja de lado los clásicos métodos de interpretación del derecho, a saber, los llamados literal o gramatical, lógico, histórico y sistemático, que tienen plena validez dentro de su ámbito, pero la función de tales métodos es complementada con principios o reglas propias de interpretación que unidas a los citados métodos deben contribuir a la mejor comprensión de las normas del Derecho del Trabajo.

Considera Alonso García que tales principios constituyen "...verdaderas normas que inspiran —por la necesaria obediencia al mandato en ellas contenido— el sentido de las disposiciones reguladoras del trabajo, definen el significado y alcance de las relaciones cuyo objeto es la prestación libre de un trabajo

(38) IBIDEM., p. 233.

por cuenta ajena, y, en suma, sirven al juez y al intérprete para determinar la genuina y verdadera expresión de los acuerdos entre partes o de la normativa aplicable, cuando surge el litigio o se suscitan las diferencias entre los sujetos interesados" (39).

La doctrina difiere, aunque no sustancialmente, en la enunciación de aquellos principios interpretativos, pero existe coincidencia acerca de un núcleo básico de ellos, que nuestra Constitución ha recogido en diversos artículos del Capítulo V de su Título Primero, según veremos a continuación.

A. Irrenunciabilidad de derechos

Este principio se encuentra claramente enunciado en el artículo 57, que señala en su primer párrafo: "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".

Este principio es consecuencia del carácter de orden público que tienen las normas laborales y, asimismo, del carácter tuitivo o protector de este derecho, que determina que las normas que otorgan o reconocen derechos y beneficios al trabajador no puedan ser objeto de renuncia o negociación por éste. Este límite impuesto a la voluntad del trabajador se justifica plenamente por la función protectora que cumple el Derecho del Trabajo respecto de la parte débil de la relación laboral, a la que se pretende tutelar frente a la otra parte que, por su posición más fuerte, podría forzar al trabajador a aceptar condiciones de trabajo y remuneraciones que implicaran una renuncia a sus derechos y beneficios fundamentales. Por ello, el Derecho Laboral está básicamente conformado por normas de orden público frente a las cuales no puede prevalecer la voluntad de las partes, aunque una de ellas sea la del propio trabajador.

Este principio reconoce sin embargo algunas excepciones o matices, que disminuyen su rigidez cuando ella pueda resultar perjudicial al trabajo, por lo que existen algunas leyes que permi-

(39) ALONSO GARCIA, Manuel, op. cit., p. 301.

ten la compensación de derechos, por la que el trabajador puede sustituir, a su elección, un derecho concedido genéricamente por la ley por otro beneficio, generalmente económico (40).

Expresión de este mismo principio, aunque no referida exclusivamente a derechos de carácter laboral, es la contenida en el segundo párrafo del artículo 42, según el cual "En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad".

La sanción al incumplimiento de estas normas es la nulidad del pacto que implique renuncia de derechos, como lo establece el artículo 57.

B. Principio "pro operario"

Este es un principio muy importante y aceptado generalmente por la doctrina laboral, que ha sido consignado en el segundo párrafo del artículo 57 en los términos siguientes: "En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador".

Señala Tissembaum el contenido exato de este principio cuando afirma: "Dos aspectos encara el mismo en su realización: a) el de la aplicación de la norma más favorable al trabajador, cuando existen varias de fuentes distintas; b) el que interpreta situaciones dudosas de la norma o de los hechos en favor del trabajador" (41).

En armonía con la opinión citada, coincidente con las de otros autores, se puede comprender dentro del principio "pro operario" las siguientes aplicaciones concretas o principios específicos

(40) Es, por ejemplo, lo que ocurre con las vacaciones, pues la ley permite la compensación de hasta 20 días en el caso de obreros (Ley 13683, Art. 3º) y 15 días en el caso de empleados (Ley 9049, Art. 2º), a cambio de una remuneración extraordinaria.

(41) TISSEMBAUM, Mariano, op. cit., p. 539.

cos: 1. In dubio pro operario, 2. La norma más favorable, y, 3. La condición más beneficiosa.

1. *El principio "indubio pro operario"*.— En sentido específico, implica que en presencia de una duda acerca del contenido o alcance de una norma el intérprete deberá escoger la interpretación que sea más favorable al trabajador. Señala al respecto Alonso García que "El principio pro-operario no es, pues, principio judicial, sino en cuanto —y sólo en cuanto— de la interpretación de la norma, llevada a cabo por el juez, quepa deducir varios sentidos posibles —todos lógicos y justos—, de los que alguno sea más favorable al trabajador que el otro o los otros" (42). Para Cabanellas, a su vez, "...para resultar aplicable hay que encontrarse ante una duda normativa, y una duda que no haya podido resolverse por reglas explícitas legales o convencionales" (43).

Mientras que para Cabanellas este principio es aplicable no sólo a la ley, como norma de fuente estatal, sino también a los convenios colectivos, los usos y costumbres y, en general, a todas las disposiciones laborales (44) otros autores como Tissembaum (45) y Barassi (46) estima muy discutible su aplicación respecto a los convenios colectivos, arguyendo que en ellos la posición débil de la parte laboral, que sirve de fundamento al principio "pro-operario", ha desaparecido o disminuído significativamente, al haberse equilibrado la relación empleador-trabajador por la acción colectiva o sindical del segundo elemento.

Para Tissembaum, además, este principio es igualmente aplicable a la valoración de hechos o situaciones dudosas y se traduce, en este aspecto, en el principio procesal laboral de la inver-

(42) ALONSO GARCIA, Manuel, op. cit., p. 302.

(43) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., p. 237.

(44) Loc. cit.

(45) TISSEMBAUM, Mariano, op. cit., p. 542.

(46) BARASSI, Ludovico... Tratado de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, Tomo I, p. 243.

sión de la carga de la prueba (47), principio recogido por nuestro procedimiento laboral (48).

2. *La norma más favorable.*— Esta aplicación del principio "pro-operario" tiene como supuesto la coexistencia de una pluralidad de normas laborales, de distinta fuente, aplicables a una situación concreta. En esta hipótesis, el indicado principio "...se refiere a la vigencia de la que establece condiciones más ventajosas, para lo cual se requiere el análisis comparativo e interpretativo de sus disposiciones, para definir su vigencia de acuerdo al citado principio" (49).

Con relación a este principio se plantea el problema de la jerarquía de las normas jurídicas, que en materia laboral sufre algunas alteraciones como consecuencia de la aplicación del aludido principio. Pero, en realidad no existe violación de la estructura jerárquica del orden jurídico, pues teniendo las disposiciones legales el carácter de derechos mínimos en materia laboral, la aplicación de una norma de inferior jerarquía que contenga un beneficio o norma más favorable no implica violación de la norma jerárquicamente superior, como ya se ha demostrado en otra parte de este trabajo en relación al valor de la Constitución como fuente formal del Derecho del Trabajo (50).

Otra cuestión sobre la que se discute con referencia a este postulado es la forma concreta de aplicarlo, en cuanto ella abre dos posibilidades: la de aplicar la norma más favorable en su integridad o totalidad o la de aplicar simultáneamente las diversas normas, tomando de cada una de ellas lo más favorable al trabajador. La doctrina conoce la primera opción como la teoría de la inescindibilidad y a la segunda como la teoría de la acumulación. También en este campo puede surgir conflicto entre lo que se considere la norma más favorable para un trabajador y la que sea más favorable para un grupo o categoría de trabajadores. En tal supuesto, Cabanellas no duda en afirmar que la interpreta-

(47) TISSEMBAUM, Mariano, op. cit., p. 543.

(48) Ver. Decreto Supremo, N° 006-72-TR, Art. 34, y Decreto Supremo N° 03-80-TR, Art. 32.

(49) TISSEMBAUM, Mariano, op. cit., p. 539.

(50) Ver. pág. 16.

ción debe inclinarse del lado en que se encuentre el interés general, y no el particular, de los trabajadores (51).

3. *La condición más beneficiosa.*— Alonso García relleva el significado de este principio que, siendo una aplicación concreta del principio “pro operario”, posee peculiaridad pues “supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y la cual queda respetada precisamente en función del juego que presta la aplicación de la norma más favorable, sentido preferencial que opera, en general, en las relaciones contrapuestas” (52). Como señala el mismo autor, el respeto de tales condiciones más beneficiosas puede efectuarse por ley o norma legal, costumbre o convenio colectivo. Se trata, en buena cuenta, de que una norma posterior aplicable a situaciones generales, no resulte perjudicial o menos beneficiosa para el trabajador que la situación específica de que gozaba.

Algunas expresiones de este principio existen en nuestra legislación. Por ejemplo, el artículo 8 del Decreto Supremo 009 del 26 de Mayo de 1962, reglamentario de las Leyes 13790 y 13842, sobre compensación de tiempo de servicios de obreros, señala que dicha reglamentación no comprende a “los trabajadores sujetos a regímenes especiales que contemplen beneficios superiores a los que establecen las leyes 13790 y 13842, en cuyo caso continuarán disfrutando los beneficios mayores”. Similar situación se contempla en el artículo 5 del Decreto Ley 21106, relativo al salario obrero en día feriado.

Pese a la redacción poco precisa del segundo párrafo del artículo 57 pensamos que él contiene en su enunciado las tres aplicaciones del principio pro operario a que acabamos de referirnos, toda vez que no son en absoluto contradictorias sino más bien complementarias entre sí, por provenir de una matriz común. Por lo demás, si bien este principio adquiere por vez primera rango constitucional e, inclusive, rango normativo, se encuentra, en sus diversas aplicaciones, contenido en nuestra legislación y jurisprudencia laboral.

(51) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., p. 237.

(52) ALONSO GARCIA, Manuel, op. cit., p. 304.

C. Igualdad de trato

Este otro principio interpretativo del Derecho Laboral encuentra expresión en dos artículos del texto constitucional. El artículo 42 establece que "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". El artículo 43, en su segundo párrafo señala: "El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo, prestado en idénticas condiciones al mismo empleador".

Este principio tampoco es nuevo en nuestra legislación, pues ya está consagrado en el artículo 1572 del Código Civil que al definir el contenido mínimo del contrato de trabajo menciona "la igualdad del salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual...".

Con la vigencia de este principio se pretende "...evitar las arbitrariedades que pueden surgir de tratos desiguales que no tienen fundamento alguno..." (53). Principalmente, se busca proteger a las mujeres, los menores y los inmigrantes, para ponerlos a salvo de un trato discriminatorio que sería contrario al propósito de justicia e igualdad que persigue el Derecho del Trabajo. Naturalmente, este principio no puede llevar a la concepción extrema de una igualación absoluta en las remuneraciones y condiciones de trabajo y, por ello, el precepto comentado exige, como fundamento para exigir dicha igualdad de trato, la igualdad del trabajo, la identidad de las condiciones y su prestación al mismo empleador.

D. La retroactividad benigna

No se trata propiamente de un principio de interpretación de la ley laboral, sino de una cuestión relacionada a su vigencia en el tiempo, pero que por la importancia que reviste para la aplicación del derecho laboral la consideramos en este capítulo.

El principio general, orientado a dar seguridad al orden jurídico es, como sabemos, el de la irretroactividad de la ley. De

(53) TISSEMBAUM, Mariano, op. cit., p. 549.

acuerdo con su formulación clásica, la ley nueva rige para lo futuro, en tanto que los actos celebrados con anterioridad a su vigencia se rigen, en cuanto a su validez y a sus efectos, por la ley vigente al momento de su celebración o acontecimiento.

Este principio lo consagra nuestra Constitución en su artículo 187, segundo párrafo, el cual, sin embargo, permite la retroactividad de la ley en materia penal, laboral o tributaria cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente.

El sentido en que debe tomarse esta retroactividad, llamada benigna, en materia laboral es el que señala nitidamente De la Cueva cuando sostiene: "...las leyes de trabajo son de aplicación inmediata y rigen la vida y los efectos de las relaciones de trabajo, de las ya formadas y de las futuras, a partir de su vigencia..." (54). Refiriéndose a la misma cuestión, Brassi anota: "La conclusión es que la regla de la irretroactividad está lejos de ser absoluta porque ella presupone una equidad en su aplicación que puede faltar cuando se trate de relaciones jurídicas que determinan situaciones duraderas. Para éstas, la sujeción a la ley vieja o al convenio colectivo anterior o, aún peor, al reglamento interno precedente, representaría una iniquidad insoportable..." (55).

De esta manera, la ley laboral, o el convenio u otras fuentes, rige de inmediato, se aplica a todas las relaciones laborales, como ocurre con las normas de orden público, por la naturaleza de los intereses que tutelan. Esta es la clase de retroactividad que algunos llaman atenuada o de grado mínimo, para distinguirla de la retroactividad de segundo grado que implicaría aplicar la ley a situaciones o efectos ya producidos bajo la ley anterior, modificándolos, lo que, en nuestra opinión, no parece ser la intención de la Constitución ni es tampoco postulado que impulse el Derecho del Trabajo.

(54) DE LA CUEVA, Mario, op. cit., p. 150.

(55) BARASSI, Ludovico, op. cit., p. 257.

IV. LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCION

En el Capítulo V del Título I, se consagran y reconocen un conjunto de derechos laborales, individuales y colectivos, que ocupan el grueso de dicho capítulo. Se ha sostenido, y con fundamento, que la enumeración de tales derechos laborales no ha significado ninguna innovación en el contenido de nuestro Derecho del Trabajo, pues todos ellos, de una forma u otra, ya se encontraban plasmados en la legislación laboral peruana (56). Si bien esta afirmación es cierta, ya hemos destacado, a propósito del estudio de las fuentes que la constitucionalización de tales derechos posee un significado trascendente porque otorga jerarquía constitucional a las fuentes y principios del derecho laboral.

En parte debido a ese hecho y, en parte también por razones de espacio, no pretendemos en este análisis abordar todos y cada uno de los derechos laborales, sino tan sólo algunos de ellos que, en nuestro concepto, revisten gran importancia o resultan polémicos en relación a su contenido y al alcance que ha pretendido darles la Constitución. Por ello, comentaremos a continuación únicamente las normas constitucionales referentes a estabilidad laboral (Art. 48°), derecho de huelga (Art. 55°) y participación de los trabajadores en la empresa (Art. 56°).

A. Estabilidad laboral

1. *El concepto de estabilidad laboral.*— Como es sabido, el derecho de los trabajadores a la estabilidad laboral fue consagrado por vez primera en la Constitución Mexicana de 1917, cuyo Artículo 123°, inciso A, numeral XXII definió el concepto en los siguientes términos: "El patrono que despide a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obli-

(56) PASCO, Mario... El Tema del trabajo y la nueva Constitución en "La Nueva Constitución y su aplicación legal". Lima, Francisco Campodónico F. y Centro de Investigación y Capacitación (cic). Coeditores, 1980, p. 75.

gado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario”.

Definiendo doctrinalmente la estabilidad laboral, ha dicho De la Cueva: “La estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte de estas modalidades es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía; si esta seguridad falta, la estabilidad sería una mera ilusión. Por ello es que la exigencia de una causa razonable para la disolución de las relaciones de trabajo es uno de los aspectos fundamentales del problema” (57).

La estabilidad es una de las notas típicas del contrato o relación de trabajo, en el sentido de continuidad, permanencia o durabilidad de dicha relación, aludiendo, de este modo, al carácter indefinido que posee, que coloca en situación de excepción a los contratos de duración determinada. Pero el verdadero alcance de la estabilidad aparece en relación a la terminación de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, que comunmente se define como despido. Con referencia a esta posibilidad es que, en la doctrina y la legislación, se han configurado dos clases o regímenes de estabilidad en el trabajo: la estabilidad relativa y la estabilidad absoluta.

Para De la Cueva “Se habla de estabilidad absoluta cuando se niega al patrono, de manera total, la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada... Y se habla de estabilidad relativa cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de una indemnización” (58). Por su parte, Cabanellas define en términos análogos las dos clases de estabilidad: “...la estabilidad relativa o

(57) DE LA CUEVA, Mario... Derecho Mexicano del Trabajo... México Editorial Porrúa, 1964 8va. Edición, Tomo I, p. 755.

(58) DE LA CUEVA, Mario, Nuevo Derecho... op. cit., p. 221.

durabilidad, mínima garantía para el trabajador, indemnizable cuando se le despida sin justa causa, y la estabilidad absoluta o perdurabilidad, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justificada causa" (59).

En síntesis, podemos afirmar que en el régimen de estabilidad relativa un trabajador puede ser despedido por causa justificada o sin que exista causa justificada, "resolución "ad nutum", que se da por el simple ejercicio del poder empresarial" (60); en cambio, en el régimen de estabilidad absoluta el despido sólo procede cuando existe causa justificada.

2. *La estabilidad laboral en el Perú.*— En el Perú hemos pasado por tres etapas, claramente distinguibles, en cuanto al régimen de la estabilidad laboral. A partir de la Ley 4916, que reguló el régimen laboral de los empleados se implantó un sistema de estabilidad relativa, según el cual superado el periodo de prueba de noventa días, el empleado podía ser despedido sin causa justificada mediante un pre-aviso de noventa días (Art. 1º), que podía ser sustituido por el pago de una indemnización equivalente a la remuneración de esos noventa días. (Art. 28, Reg. -Ley 4916). Lógicamente, de existir alguna causa justificada, o falta grave de aquellas enumeradas en el Art. 2º de la Ley 4916, el Art. 294 del Código de Comercio y los artículos 12, 22 y 27 del Reglamento de la Ley 4916, el trabajador podía ser despedido de inmediato sin el beneficio del pre-aviso o de la indemnización sustitutoria por omisión del mismo.

En el caso de obreros, el Decreto Ley 14221 del 23 de Octubre de 1962 estableció un pre-aviso de sólo 15 días, sujeto a reglas análogas a las vigentes para el despido de los empleados. Pero esta norma duró poco, pues fue derogada por la Ley 14857 del 5 de Febrero de 1964, con lo cual se privó a los obreros del beneficio del pre-aviso de despido.

(59) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., p. 702.

(60) ALONSO GARCIA, Manuel, op. cit., p. 602.

Este régimen reconoció, sin embargo, algunos casos de mayor protección al trabajador en cuanto a su estabilidad, aunque con carácter excepcional. Ello ocurrió con los dirigentes sindicales (61), los trabajadores enfermos (62) y los empleados con 15 ó 20 años de servicios (63).

Esta primera etapa terminó al promulgarse el 10 de Noviembre de 1970 el Decreto Ley 18471, que instituyó un régimen de estabilidad absoluta. Según dicha norma la estabilidad se adquiría pasado el período de prueba de tres meses y en virtud de ella el trabajador sólo podía ser despedido por falta grave, según la enumeración de los hechos que configuraban dicha falta tipificados en el artículo 2, o por reducción de personal o liquidación de la empresa, según el artículo 5. El trabajador despedido sin justificación podía reclamar, a su elección, la reposición en el trabajo o el pago de una indemnización equivalente a noventa días. Este régimen comprendía tanto a empleados como a obreros.

La tercera etapa, en la que hoy nos encontramos, se inicia con el Decreto Ley 22126 que deroga la ley anterior y establece un régimen caracterizado por la combinación de los dos regímenes precedentes. Así tenemos, una vez terminado el período de prueba que continúa siendo de tres meses, un período de estabilidad relativa que dura hasta que el trabajador cumple tres años ininterrumpidos al servicio del mismo empleador. Durante este período, el trabajador, obrero o empleado, puede ser despedido sin causa justificada con un pre-aviso de noventa días cursado por carta notarial o, en caso de omitirse el pre-aviso, mediante el pago de una indemnización equivalente a noventa días de remuneración según lo establecen los artículos 2 inciso b) y 28. Naturalmente, creemos que en este lapso puede ser despedido el trabajador sin pre-aviso o indemnización si incurriese en falta grave prevista en el Artículo 4°. Pasados los tres años, el traba-

(61) Ver Resoluciones Supremas de 18 de Febrero, Nº 23 y de 20 de Abril de 1957.

(62) Ver Decreto Supremo Nº 2-DT de 28 de Enero de 1954 y Ley 13724, Artículo 32, inc. g).

(63) Ver D.S. de 05 de Junio de 1953, D.S. Nº 19 del 4 de Noviembre de 1958 y Ley 15542, Art. 1º

jador adquiere estabilidad absoluta y únicamente puede ser despedido por cometer falta grave o de mediar alguna de las situaciones excepcionales previstas en el artículo 10º. Si se produce un despido injustificado, esto es, sin mediar una falta grave, el trabajador puede optar por reclamar su reposición o una indemnización equivalente a doce meses de remuneración, con un tope máximo para cada remuneración igual al tope vigente para la compensación por tiempo de servicios (64). El nuevo régimen respetó la situación de aquellos trabajadores que bajo la vigencia de la ley anterior habían adquirido la estabilidad laboral por haber superado el período de prueba, como lo establece su artículo 2. inciso a).

3. *La estabilidad laboral en la Constitución.*— Estando vigente el Decreto Ley 22126, se dicta la Constitución de 1979, que consagra este derecho en el artículo 48: "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".

En torno a los alcances de este artículo, es decir a si establece un régimen de estabilidad relativa o uno de estabilidad absoluta se ha iniciado una interesante discusión a la cual deseamos aportar algunos planteamientos. Para algunos autores nacionales, el artículo 48 no define un régimen de estabilidad y, por consiguiente, la ley puede escoger cualquiera de los existentes. En tal virtud, sostienen la constitucionalidad del Decreto Ley 22126, particularmente la de sus artículos 2º inc. b) y 28º. En este sentido, afirma Mario Pasco que "Si quisiéramos sostener que el Decreto Ley 22126 resulta ilícito porque contempla un plazo de tres años que la Constitución no señala, tendríamos que llevar el argumento hasta sus últimas consecuencias y decir que tampoco señala un plazo de tres meses. Y si no señala un plazo de tres

(64) El Artículo 6º, inc. b) del D. Ley 22126 hace referencia al tope señalado en el Decreto Ley 21396, que es de 30 mil soles y era el máximo al dictarse el D.L. 22126. Pero, en nuestra opinión personal, dicha referencia está hecha al concepto mismo de la compensación por tiempo de servicios y, por tanto, al reajustarse éste con posterioridad mediante el D. Ley 22658 a la suma de 60 mil soles, entendemos que éste es el tope vigente para dicha indemnización especial.

meses llegaríamos por reducción al absurdo de sostener que la estabilidad en el empleo es un derecho que se alcanza desde el primer día de trabajo, concepción que no creo que haya estado en la mente de ninguno de los constituyentes si el plazo de tres meses no está en la Constitución, el plazo de tres años resulta igualmente válido y creo, por lo tanto, que el Decreto Ley 22126 puede subsistir exactamente en los términos en que está concebido sin que viole el derecho constitucional contenido en el artículo 48°" (65).

En cambio, otros autores sostienen la tesis contraria y de ella deducen la inconstitucionalidad parcial del Decreto Ley 22126. Entre tales opiniones destaca la de Jorge Rendón para quien "... el artículo 48° de la Constitución ha derogado el inciso b) del artículo 2° y el artículo 28° del Decreto Ley 22126 que le permitían al empleador despedir sin causa justificada a los trabajadores que una vez que pasaban el período de prueba de tres meses no habían cumplido aún tres años de servicios, dándoles un pre-aviso de 90 días calendario" (66).

Por nuestra parte, creemos que debe analizarse cuidadosamente la redacción del artículo 48° y el contexto en que se ubica, para desprender su verdadero sentido y alcance. La primera frase del artículo establece que "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo". Esta afirmación es, en efecto, genérica y principista por lo que sería legítimo desprender de ella que la Constitución no establece sistema específico alguno de estabilidad, pudiendo ser válida tanto la relativa como la absoluta. Pero, a nuestro juicio, la segunda frase del artículo aclara el sentido preciso del principio consignado en la primera frase, cuando asevera "El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa señalada en la ley y debidamente comprobada". En otras palabras, el trabajador no puede ser despedido sin causa justa como lo permite el artículo 28° del Decreto Ley 22126 durante los tres primeros años del vínculo laboral. Uceda sostiene, al respecto, que "El aviso de despedida es la posibilidad que tiene el empleador de cesar la re-

(65) PASCO, Mario, op. cit., pp. 84-85.

(66) RENDON, Jorge, Manual de Derecho Individual del Trabajo, Ediciones Tarpuy, Lima, 1981, p. 106.

lación laboral para aquellos trabajadores que todavía no tienen los tres años de servicios mediante el simple recurso de pasarle una carta notarial indicándole que ya no continuará el vínculo laboral. Yo me pregunto ¿es esta una causa justa? Si analizamos habría que conceder que es una causa justa, porque no se sancionaría al empleador por su utilización. No podría alegarse que hay despedida injustificada, porque es una causal señalada por la ley" (67).

Discrepamos con esta respetable opinión porque, precisamente, el artículo 28º del Decreto Ley 22126 se refiere a "La rescisión del vínculo laboral sin causa justificada de los trabajadores a que se refiere el inciso b) del artículo 2º del presente Decreto Ley...". es decir, aquellos que no han cumplido tres años de servicios ininterrumpidos para el mismo empleador. Esta norma es concordante con el artículo 3º de la misma ley que refiriéndose a los trabajadores con más de tres años de servicios establece que "Los trabajadores a que se refiere el artículo anterior sólo podrán ser despedidos por las causales previstas en el presente dispositivo legal...". Y con el artículo 4º que empieza su redacción señalando "Constituyen faltas graves que dan lugar a la despedida justificada e inmediata del trabajador, las siguientes: (...)".

Por tanto, la hipótesis prevista en el artículo 28º de la vigente ley de estabilidad laboral es la del despido sin causa justificada, dentro de los tres primeros años de la relación laboral, con la única exigencia de cursar un pre-aviso notarial de noventa días o, en sustitución, abonar el importe de la remuneración de esos días, por lo que no puede reputarse que la formalidad del pre-aviso constituya una causa justificada. Por lo demás, en este punto, el artículo 28º es congruente con lo que comúnmente se entiende como estabilidad relativa, esto es, la facultad discrecional del empleador de despedir al trabajador, con o sin causa justificada, con el único requisito en el segundo caso de un pre-aviso o una indemnización, o de ambas según los sistemas legales. Tal es la misma situación considerada y prevista ya en el artículo 1º de la ley 4916 y el artículo 28º de su reglamento (R.S. de 22.06.1928).

(67) UCEDA MAURER, Luis, Discurso en Revista del FORO. Lima, 1979, N° 2-3-4, pp. 161-162.

No nos cabe la menor duda, al respecto, de que la posibilidad de un despido sin causa justa está prohibida por el artículo 48º de la Constitución y que, en consecuencia, ésta ha optado por un sistema de estabilidad absoluta, en razón de lo cual las normas del Decreto Ley 22126 que permiten el despido sin causa justificada (Art. 2º, inciso b) y el Art. 28º) han devenido inconstitucionales en razón de su contenido material.

Por otro lado, no cabe pensar que a la luz de los distintos sistemas que ha experimentado el Perú en esta importante cuestión el constituyente haya empleado la expresión "sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley..." en un sentido distinto del generalmente empleado, y haya querido comprender en él conceptos como el pre-aviso u otros semejantes. Si hubiera querido dejar abierta la opción a varios sistemas de estabilidad hubiera bastado enunciar la frase inicial del artículo 48º, o la utilización de un concepto más genérico como el que consagra el artículo 88º de la Constitución venezolana, Estado donde no existe la estabilidad absoluta, que se limita a señalar "La ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo...". En cambio, cabe destacar la similitud existente entre el contenido de nuestro artículo 48º y el artículo 123º, A, XXII de la Constitución Mexicana.

En lo que se refiere a la compatibilidad entre el periodo de prueba y la estabilidad laboral creemos que si bien la Constitución no lo menciona, podría admitirse su existencia toda vez que se trata de una institución casi universalmente admitida, cuya finalidad es, principalmente, para el empresario respecto al trabajador "...apreciar en la práctica su capacidad profesional, la adaptación a la tarea que se le asignará, así como descubrir, en la convivencia inmediata y más o menos prolongada, sus cualidades personales de toda índole que se valoren en el trabajo" (68). Pero, este periodo también conlleva beneficio para el trabajador, pues este puede, como lo señala Alonso "...comprobar si efectivamente el trabajo que se le ofrece puede por él ser desempeñado, y advertir

(68) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., p. 487.

además, si las condiciones genéricas y concretas a un t'empo, en que ha de desarrollarse su tarea, han de satisfacerle" (69).

Doctrinaria y conceptualmente el periodo de prueba, ciertamente breve de acuerdo a su finalidad, no es de naturaleza incompatible con la estabilidad laboral, ni relativa ni, tampoco con la absoluta. Inclusive, podría pensarse que es más necesario en un régimen de estabilidad ya que como apunta Cabanellas "El periodo de prueba es necesario a causa de las complejas obligaciones que contraen las partes. Cuando la tendencia imperante consiste en lograr la estabilidad del trabajador en su empleo, su inamovilidad —en ocasiones absoluta—, resulta evidente la necesidad de que las partes que contratan conozcan mutuamente sus condiciones personales y profesionales" (70).

La conveniencia de que exista un periodo de prueba, como el de tres meses previsto por nuestra legislación, no autoriza, sin embargo, a justificar un periodo de espera de la estabilidad absoluta de tres años, el cual carece de la finalidad que caracteriza el periodo de prueba y que hace a éste necesariamente breve. No obstante, si con un criterio estricto se estimase su incompatibilidad con el artículo 48º de la Constitución, creemos que la interpretación que debe prevalecer es la referente a la vigencia de la estabilidad laboral absoluta, no sólo por ser la más favorable al trabajador, sino, fundamentalmente, porque entre la estabilidad absoluta claramente contenida en el artículo 48º y el periodo de prueba no previsto expresamente en él, no podría optarse por el segundo en desmedro de la primera. Más aún, cuando la defensa del periodo de prueba sirve, en realidad, para sostener la vigencia de un periodo superior a éste como el de tres años que exige la ley vigente para alcanzar la estabilidad absoluta, lo que si configura una evidente vulneración de la norma constitucional. A este respecto, también podríamos sostener que si fuera licito un plazo de tres años para adquirir la estabilidad absoluta, también podría admitirse un plazo de veinte o treinta años, con lo cual la estabilidad laboral absoluta se convertiría en un espejismo, lo

(69) ALONSO GARCIA, *op. cit.*, p. 458.

(70) CABANELLAS, Guillermo, *op. cit.*, pp. 487-488.

que consideramos no puede haber sido la "mens legis" de los constituyentes.

Cabe anotar, para culminar estas reflexiones, que en México la estabilidad laboral absoluta se obtiene desde el inicio de la relación laboral, sin que exista un período de prueba, aunque el trabajador despedido dentro del primer año de servicios no puede optar por la reposición en el empleo sino únicamente por la indemnización correspondiente a despido injustificado, si fuera el caso (71).

B. El derecho de huelga

Por primera vez en el Perú, la Constitución consagra el derecho de huelga. El artículo 55° lo hace en los siguientes términos: "La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley".

No se puede escatimar el valor de este reconocimiento por el texto constitucional, que responde a una tendencia generalizada en el proceso constitucionalizador del Derecho del Trabajo. Por ello, Cabanellas sostiene que "La cesación laboral concertada y colectiva, por iniciativa de los trabajadores —la huelga— ha concretado la máxima evolución jurídica que cabe concebir, al pasar de execrado delito a derecho, proclamado con énfasis, y hasta con orgullo, por los constituyentes que han santificado en lo legal lo perseguido antes como aberración" (72).

Refiriéndose al precepto contenido en el artículo 55, Santistevan y Delgado opinan que "El reconocimiento en abstracto del derecho de huelga y de otras garantías laborales significa en general, un avance en términos técnico-jurídicos y políticos" (73).

La redacción del artículo 55° se inspira en la redacción del preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 referente a la

(71) Ley Federal de Trabajo de México, Art. 49.

(72) CABANELLAS, *op. cit.*, Tomo II, pp. 325-326.

(73) SANTISTEVAN, Jorge y DELGADO, Angel, *La Huelga en el Perú*, Lima, CEDYS, 1980, p. 304.

huelga y en el Artículo 40º de la vigente Constitución de Italia, las cuales consagran el derecho de huelga pero envían su regulación al dominio de la ley. Como apunta Pasco "Más importante que la exposición del artículo constitucional va a ser, sin duda, la ley que lo reglamenta. Es a esa ley a la que sólo podemos hacerle comentario una vez que el Estado se anime a ponerle el cascabel al gato" (74). Hay quienes piensan que esa indefinición del artículo, que remite prácticamente su propio contenido a la ley, puede devenir en una interpretación, según la cual en tanto no exista la ley reguladora del derecho no puede éste ser ejercido. Sale al paso de esta posibilidad interpretativa Cabanellas cuando afirma "El problema se plantea en el sentido de que, si este derecho sólo se ejerce dentro de los límites de las leyes que lo reglamentan, mientras esas leyes no hayan sido dictadas, habría que llegar a la conclusión de que tal derecho no existe. Sin embargo, no es así; el derecho de huelga puede ejercerse aún cuando no hayan sido dictadas leyes que lo reglamenten (75). Dicha afirmación es completamente justa, pues lo contrario implicaría una violación constitucional por omisión, es decir por impedirse el ejercicio de un derecho constitucional, por ausencia de la ley que debe regularlo.

En el Perú, la huelga ha estado regulada por diversas disposiciones legales, básicamente normas del poder ejecutivo, que más que regularla o encauzarla han tenido un carácter restrictivo del derecho. Santistevan y Delgado anotan esta realidad: "... debe tenerse en cuenta que no existe por ahora en el Perú, ninguna norma que regule este derecho, salvo las muchas vigentes que contienen prohibiciones en vez de canales de implementación de la garantía constitucional" (76). La norma más antigua, en esta materia, fue el Decreto Supremo del 24 de Enero de 1913, dictado por el gobierno del Presidente Billinghurst, de carácter fuertemente controlista, el cual después de haber caído en desuso fue revivido durante la segunda fase del gobierno militar, quien ante la protesta que ello generó lo declaró en suspenso mediante el Decreto Supremo 001-76-TR, del 3 de Febrero de 1976, situación

(74) PASCO, op. cit., p. 91.

(75) CABANELLAS, Guillermo, op. cit., T. II, p. 327.

(76) SANTISTEVAN, Jorge y DELGADO, Angel, op. cit., p. 304.

jurídica en la que permanece hasta el día de hoy. Otras normas de los años 1920 y 1962, son las que hoy enmarcan el ejercicio de la huelga, sin que exista una normatividad integral y coherente sobre esta institución. Diversas otras normas de carácter sectorial establecen restricciones o prohibiciones al ejercicio de la huelga en determinadas actividades o situaciones. Refiriéndose a esta normatividad, Rubio y Bernaldes consideran que "La legislación sobre huelga, por lo tanto, ha sido esencialmente represiva y tendiente a suprimir el derecho por vía de facto. Una recta aplicación de la normatividad constitucional obligará a declararlas incompatibles con ella" (77).

El envío que hace el artículo 55º a la legislación para la regulación del ejercicio del derecho de huelga hacer temer a algunos, teniendo en cuenta la tradición restrictiva de la legislación peruana sobre la huelga, que por esa vía se pueda consagrar una legislación con similares características: "Al remitirse la Constitución a una ley implementadora del artículo 55º, da margen a que, dependiendo de la correlación de fuerzas de cada coyuntura futura, se pongan en práctica regímenes restrictivos y limitativos al derecho de huelga..." (78).

En el hecho, ese temor ha cobrado cuerpo al aprobarse por el Senado de la República el 27 de Octubre de 1981 un proyecto de ley reglamentando el derecho de huelga, que ha sido remitido a la Cámara de Diputados para su revisión. Dicho proyecto contiene diversas disposiciones restrictivas del derecho de huelga que han merecido, incluso, la crítica del Comité de Libertad Sindical de la OIT, por considerarlas poco democráticas y contrarias al principio de libertad sindical (79). Cabe mencionar entre los aspectos más inconvenientes del citado proyecto, su concepción restringida de la finalidad de la huelga (Art. 4º), el debilitamiento de la organización sindical en la declaración de la huelga (Art. 6º) y en su convocatoria por organizaciones de grado superior (Art. 8º), la terminación de la huelga por sometimiento a arbitraje obligatorio cuando lo decida el gobierno en casos de interés general, lo

(77) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique, op. cit., p. 237.

(78) SANTISTEVAN, Jorge y DELGADO, Angel, op. cit., p. 304.

(79) Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en Análisis Laboral.

meración de los servicios esenciales en los cuales se limita el derecho de huelga, especialmente cuando queda a discreción del Gobierno determinar cuáles otros son "indispensables para la vida social" (Art. 17º, inc. G), lo que posibilitaría limitar algunas huelgas si se considera esencial el servicio afectado, en base a consideraciones subjetivas o coyunturales.

Cabe destacar que la Constitución en su Artículo 61º reconoce el derecho de huelga a los servidores públicos, lo que representa una innovación muy positiva en nuestro ordenamiento jurídico. El referido proyecto de ley sobre la huelga comprende, también, la regulación del derecho de huelga de los servidores públicos, derecho que, según la Constitución, no corresponde a los funcionarios con poder decisión o cargos de confianza, ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales.

Coincidimos con la necesidad de dictar en el Perú una ley que obviamente restringe su ejercicio (Art. 16º inc. c), y la enulación que regule el derecho de huelga y que, a la par que elimine las normas restrictivas que aún subsisten, encuadre su ejercicio dentro de límites adecuados, compatibles con el interés general. En tal sentido consideramos que una cuestión fundamental consiste en no subordinar el ejercicio del derecho de huelga a una calificación previa por parte de la autoridad de trabajo, lo que podría traducirse en una política restrictiva, sino tan sólo exigir el cumplimiento de determinados requisitos formales, tales como mayoría en la votación y un pre-aviso a la autoridad, para que éste pueda ser lícitamente ejercido, quedando a salvo la potestad de la autoridad de declarar ilegal una acción de huelga que no satisfaga dichas formalidades.

Otra cuestión que queremos dejar señalada estriba en anotar que de conformidad con la redacción del artículo 231 inciso a) de la Constitución, el derecho de huelga no puede ser suspendido bajo el Estado de Emergencia, pues dicha norma no lo menciona entre las garantías o derechos que pueden suspenderse en aquel régimen de excepción. En tal sentido, una norma que quisiera repetir la prohibición de la huelga bajo el estado de emergencia, como lo hiciera el Decreto Supremo N° 11-76-TR, sería abiertamente inconstitucional.

C. La participación de los trabajadores en la empresa

Este derecho aparece cons'gnado en el Artículo 56 de la Constitución. Tal como está formulado también representa un avance a nivel del texto constitucional, aunque responde a una realidad existente en el país. Tuvo, además, un débil antecedente en el Artículo 45 de la Constitución de 1933 que estableció que "El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas...".

En aplicación del mencionado artículo se dió en el Perú, el año 1948, un régimen de participación en las utilidades normado por el Decreto Ley 10908, que por la oposición de los sectores empresariales nunca fue aplicado, siendo finalmente sustituido por el sistema de la Ley 11672, aún vigente, que estableció una asignación anual sustitutoria de la participación en las utilidades de las empresas consistente en otorgar a los trabajadores una asignación equivalente a un porcentaje de sus remuneraciones, en función de sus años de servicio.

Recién a partir del año 1970 se avanza en el Perú hacia un verdadero sistema de participación de los trabajadores en la empresa, al dictarse la Ley General de Industrias, Decreto Ley 18350 y, posteriormente, la Ley de Comunidad Industrial, Decreto Ley 18384, que establecieron el derecho de los trabajadores de las empresas industriales a participar en las utilidades, la gestión y la propiedad de las empresas. Dicha participación revestía un carácter colectivo, en lo referente a la gestión y la propiedad, para lo cual se instituyó el organismo denominado Comunidad Industrial, integrado por todos los trabajadores, obreros, empleados y ejecutivos, de las empresas. Dicha participación se producía reconociéndose a los trabajadores derecho sobre un porcentaje de la renta neta de la empresa, antes de impuestos, el cual alcanzaba en el sector industrial al 25% de dicha renta. La participación en la propiedad se daba adjudicando a la Comunidad Industrial acciones representativas del capital social de la empresa, originadas, ya sea en la reinversión y capitalización obligatoria del 15% de la renta neta o en la aplicación de dicho porcentaje a la adquisición directa, e igualmente obligatoria, de acciones de propiedad de los socios de la empresa, cuando la empresa decidiera no

reinvertir o su programa de reinversión no fuese aprobado por el Ministerio de Industria. Dicho mecanismo tenía como objetivo final que la Comunidad Industrial llegase a ser propietaria del cincuenta por ciento (50%) del capital social, instaurándose una auténtica copropiedad empresarial.

De la misma manera, la participación en la gestión alcanzaría semejante proporción, estableciéndose una cogestión en la empresa.

Este sistema de participación, con algunas variantes propias de cada sector, se hizo luego extensivo a la actividad pesquera (Decreto Ley 18810), minera (Decreto Ley 18880) y telecomunicaciones (Decreto Ley 19020). Sin embargo, no llegó a extenderse a sectores tan significativos como la banca y finanzas, y el comercio, que continuaron aplicando el régimen de la ley 11672

A partir del año 1977, comenzando asimismo por el sector industrial y extendiéndose posteriormente a la pesquería y la minería, pero no a las telecomunicaciones (80) por su régimen peculiar, este sistema fue sustancialmente modificado, por uno en el que se reemplazó la participación en la propiedad empresarial mediante acciones comunes por una participación "en el patrimonio", mediante los títulos denominados "acciones laborales", representativos de una cuenta patrimonial de participación distinta e independiente del capital social. Dicha participación no debe superar cifra equivalente al 50% del capital social, con lo cual, por ser cuenta aparte, la participación final sobre el patrimonio llegará como cifra tope al tercio de dicho patrimonio empresarial. En igual medida, se afectó la participación en la gestión empresarial que por aplicación de estos criterios no podrá superar, en el mejor de los casos, el tercio del Directorio. En la Junta General, quedó suprimida toda participación laboral.

Hemos sostenido en otra oportunidad que "La acción laboral viene a constituir, en último análisis, una figura "sui generis" crea-

(80) En este sector, el Decreto Ley 19020 que instituyó la Comunidad Laboral no otorgó a los trabajadores derecho sobre la propiedad de la empresa.

da en circunstancias muy particulares, con una finalidad más política que jurídica, y que, en la práctica, introduce una trascendente reforma de la Comunidad Laboral que ha eliminado el acceso de los trabajadores a la propiedad empresarial" (81).

Tal era la situación de la participación de los trabajadores en la empresa cuando se aprobó la Constitución vigente, que recoge la institución en su artículo 56. El indicado artículo presenta, en este sentido, dos párrafos de alcance diferente que conviene analizar con algún detenimiento.

El primer párrafo afirma: "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta". En nuestro concepto esta afirmación incluye dentro del ámbito del derecho a la participación laboral en las utilidades y la gestión, a todas las empresas, sin excepción alguna, permitiendo, únicamente, diferentes aplicaciones del derecho en consideración a las diversas modalidades existentes en la legislación. Las modalidades empresariales, a falta de alguna definición en el texto constitucional, no pueden ser otras que las enumeradas en el artículo 112 de la Constitución, que en su segundo párrafo sostiene que "Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad, actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características".

En este sentido, todas las empresas allí mencionadas deben aplicar el principio del artículo 56, primer párrafo, entendiéndose que la norma es de validez particular en el caso de las empresas estatales, privadas y las cooperativas de usuarios, por cuanto las cooperativas de trabajadores y las empresas autogestionarias y comunales se organizan, precisamente, a base de una participación plena de sus trabajadores en todos sus niveles. En tal sentido, la legislación vigente que excluye a las pequeñas y medianas em-

(81) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos... La acción Laboral en el nuevo régimen de comunidad laboral en *Apuntes*, Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Núm. 10, Año V, 1980, p. 68.

presas de alguno o ambos niveles de participación resulta institucional (82).

En cuanto al segundo párrafo, éste se refiere al derecho a participar en la propiedad estableciendo: "La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide". En esta cuestión creemos que pese a su vaguedad, hasta cierto punto enigmática, el párrafo segundo del artículo 56 se refiere al régimen de propiedad de la empresa, es decir, a la naturaleza jurídica del régimen de propiedad sobre el cual se organiza la empresa. Sólo así, podría comprenderse que en algunos casos dicho régimen de propiedad excluya la participación por cuanto de darse ésta se modificaría su naturaleza jurídica. Opinamos que éste sería el caso de la empresa de propiedad estatal, en la cual si hubiese participación laboral en la propiedad —que sería un derecho privado de los trabajadores— la empresa devendría mixta; o el caso de la empresa de propiedad individual (uni-personal o empresa individual de responsabilidad limitada) en la cual la participación laboral en la propiedad la obligaría a transformarse en sociedad, cambiando su régimen individual de propiedad.

Ello, en cambio, no ocurre en la empresa privada constituida como sociedad, ya que la participación de los trabajadores en la propiedad no variará la naturaleza de su régimen de propiedad, ya que se trataría únicamente de la incorporación de uno o más socios. En cuanto a las empresas cooperativas de trabajadores, autogestonarias y comunales, ellas no presentan dificultad alguna respecto a este derecho porque se basan en la propiedad de los trabajadores sobre la empresa.

De lo expuesto, concluimos que las empresas privadas que no sean pequeña empresa de propiedad individual, deben tener un régimen de participación de los trabajadores en la propiedad. Este nivel de participación lo entendemos como derecho sobre el capital social de la empresa, tal como se concibe en la doctrina

(82) Nos referimos al Decreto Ley Nº 23189 y a la reciente Ley General de Industrias, Ley 23407, que no establecen participación laboral en la gestión de las pequeñas empresas.

jurídica de las sociedades y en nuestra legislación sobre la materia, que atribuyen a los accionistas de la empresa la condición de socios, con plenitud de derechos patrimoniales y de gestión respecto de la empresa.

Por ello, tienen razón Rubio y Bernaldes cuando estiman, refiriéndose a la legislación que ha creado el sistema de acciones laborales en sustitución de la participación mediante acciones comunes, que "...es evidente que las nuevas leyes eliminan la propiedad real de los trabajadores sobre las empresas, al negar la propiedad sobre el capital" (83). Por nuestra parte, hemos sostenido que "...se puede apreciar que la denominada "acción laboral", si bien presenta ciertas similitudes con la acción no reúne la plenitud de las características esenciales que, a juicio de la doctrina, definen el concepto de acción. En tal sentido, consideramos perfectamente válido sostener que la "acción laboral" no es, jurídicamente, acción" (84).

La consecuencia práctica del artículo 56, en su segundo párrafo es, a nuestro juicio, doble: por un lado, debe modificarse la legislación vigente en materia de Comunidad Laboral a fin de establecer un régimen de participación que otorgue a los trabajadores efectiva participación en la propiedad del capital de las empresas privadas, y de otro lado, debe extenderse el régimen de participación en utilidades, gestión y propiedad hacia los sectores de la actividad económica que carecen de tal régimen porque así lo manda la Constitución.

La nueva Ley General de Industrias, dictada recientemente bajo el número 23407 no significa, en este campo, progreso alguno, sino, por el contrario, un serio retroceso. Ofrece a los trabajadores un doble sistema de participación patrimonial y en utilidades: el primero es virtualmente igual al que está vigente y que hemos criticado línea arriba, y el segundo implica dejar de lado ese régimen para que los trabajadores reciban a cambio una participación líquida mayor que la actual, esto es, el 17% de la renta neta, antes de impuestos, en lugar del 10%. Se elimina el

(83) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique, op. cit., p. 589.

(84) BLANCAS, Carlos, La acción laboral..., op. cit., p. 67.

sistema de participación patrimonial mediante acciones laborales y en su lugar se concede a los trabajadores una opción preferencial para suscribir, en caso de aumento de capital por suscripción pública, no menos del 10% de dicho aumento. Este aparente beneficio o derecho no es tal porque, como sabemos, ya se encuentra previsto en la Ley de Sociedades Mercantiles, toda vez que tratándose de "suscripción pública" cualquiera del público, incluidos los trabajadores de la empresa, puede suscribir acciones, por lo que no se trata de un derecho "creado" por la Ley General de Industrias. La opción preferencial sobre el 10% no es más que una facilidad para el ejercicio de un derecho de carácter general y mercantil y no laboral como el de suscribir acciones por oferta pública. Por otro lado, este mecanismo de la suscripción pública es virtualmente inexistente en el Perú como medio de hacer efectivo un aumento de capital y, en todo caso, su realización depende de un acuerdo, con quórum especial y mayoría calificada, de la Junta de Accionistas, a la cual no tienen acceso los trabajadores. Cabe decir, finalmente, que se trata de una opción para la cual la ley no preve ningún tipo de financiamiento o recurso que permita a los trabajadores hacerla efectiva, por lo que se convierte en una opción desigual para los trabajadores, desvinculada por completo de su participación en la generación de la renta empresarial, y librada, exclusivamente, a la capacidad económica individual o familiar de cada trabajador.

En consecuencia, no se trata, realmente, de una aplicación cabal del artículo 56 de la Constitución, que hace referencia a un derecho de los trabajadores, íntimamente vinculado al precepto contenido en los artículos 42 y 110, según el cual el trabajo es la "fuente principal de la riqueza".