

---

# *La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional<sup>1</sup>*

**Carlos Blancas Bustamante<sup>2</sup>**

*Abogado.*

*Profesor Principal de la Facultad de Derecho y de la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

La construcción de un Estado de Derecho «material» implica el sometimiento de la actuación estatal no sólo a un conjunto de formas y procedimientos sino, al mismo tiempo y de modo inseparable, a determinados elementos objetivos, cuya realización constituye una obligación fundamental del Estado, a través de la formación del Derecho. El núcleo esencial de tales elementos objetivos está conformado por los derechos y libertades de las personas, cuya protección y respeto dota de contenido a la actividad estatal<sup>3</sup>.

A su vez, el proceso continuo de expansión de los derechos fundamentales, que condujo al reconocimiento de los derechos sociales o de segunda generación y, entre estos, de manera destacada, a aquellos derivados o vinculados al trabajo, otorgó relevancia constitucional a la relación de trabajo como ámbito natural y específico de desenvolvimiento de tales derechos pero, a la vez, y contradictoriamente, como espacio potencialmente lesivo para su ejercicio, en la medida que los poderes reconocidos al empleador para organizar y dirigir la empresa pueden ser ejercidos abusivamente, afectando con ello los derechos fundamentales del trabajador.

Uno de los momentos en que dicho conflicto suele emerger con características particularmente intensas y consecuencias más graves es el de la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, cuando ésta, lejos de estar fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por el trabajador, tenga por motivo

impedirle el ejercicio de sus derechos o sancionarlo a causa de él, o asimismo, incluso si tal decisión se encuentra justificada, cuando la realización del despido conlleva la lesión de aquellos derechos.

Teniendo en cuenta estas premisas, el presente trabajo tiene por objeto abordar la cuestión atinente a la protección del trabajador frente a despidos lesivos de sus derechos fundamentales en sede jurisdiccional constitucional, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

## **I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIÓN DE TRABAJO.**

### **1. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.**

Una cuestión inicial, antes de establecer la posible relación entre derechos fundamentales y relación de trabajo, y habida cuenta de que ésta última se desenvuelve en el ámbito privado, reside en determinar si tales derechos son oponibles entre particulares, es decir, en el marco de relaciones jurídicas privadas, generalmente establecidas al amparo de la libertad de contratación y del principio de la autonomía de la voluntad.

La respuesta tradicional del Derecho Constitucional a esta cuestión ha sido negativa. La teoría de los derechos fundamentales como «derechos

---

1 El presente trabajo es una versión corregida y ampliada de la ponencia presentada al XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado del 2 al 5 de Setiembre de 2003 en Montevideo, Uruguay.

2 Titular del Estudio Carlos Blancas Bustamante, Abogados, ex Ministro de Trabajo, ex Ministro de Justicia, ex Diputado Nacional, integrante de la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional (2001) y de la Comisión redactora del proyecto de la Ley General de Trabajo(2002).

3 Vid. SCHNEIDER, Hans-Peter. «Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático». *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1979, N° 7, pp.23-24; asimismo, KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, , 1980, pp. 140 y sgts.



públicos subjetivos», formulada por Jellineck<sup>4</sup>, atribuye a estos derechos la función de definir y garantizar la posición del individuo ante y en el Estado, configurando un «status libertatis». Los derechos públicos subjetivos son, según esta concepción, los que corresponden a toda persona como miembro del pueblo del Estado y que le aseguran el respeto y protección de sus libertades ante el poder de este, operando como un límite al mismo y garantía del status reconocido a la persona en su relación con el Estado. Por ello, esos derechos además de subjetivos, como lo es todo derecho, son «públicos» en cuanto a través de ellos se define la relación jurídica entre el individuo y el Estado. Por su parte, Schmitt considera que la función de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional consiste en garantizar una esfera de libertad individual, ilimitada, en principio, frente a la posibilidad de injerencia del Estado que, por el contrario, es limitada, en principio<sup>5</sup>.

Esta concepción, como es obvio, restringe el ámbito de actuación o eficacia de los derechos fundamentales al campo de las relaciones de derecho público, excluyendo aquellas que tienen su origen, y están reguladas, por el derecho privado, como es el caso de la relación de trabajo.

Sin embargo, la moderna doctrina del Derecho Constitucional, desarrollada, en esta materia, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, ha superado esta noción clásica para sentar el principio de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares; esto es, en el ámbito de las relaciones de derecho privado. Esta doctrina conocida como la «Drittwirkung» considera que los derechos fundamentales son oponibles, no solamente frente al poder estatal, sino, también, en las relaciones entre particulares, afirmando, de este modo, que el amplio campo de las relaciones privadas no está exento de conductas y hechos lesivos de los derechos fundamentales de las personas.

Las razones principales que han llevado al tribunal alemán, y luego a otros, a sostener esta doctrina pueden sintetizarse, en el siguiente modo:

a) La existencia de poderes privados o fácticos, que influyen decisivamente en la vida social y ejercen poderes superiores a los de la persona considerada individualmente. La igualdad jurídica de las partes, erigida en fundamento del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, que descarta axiomáticamente cualquier posición de dominación o superioridad entre las partes contratantes, ha demostrado ser un mito o una simple premisa ideológica, propia del estado liberal en que dicha concepción se forja, diariamente desmentida por la realidad que evidencia, especialmente en la sociedad contemporánea, la creación de poderosas organizaciones privadas -económicas, políticas, sociales, religiosas y otras- que detentan un enorme poder, del cual se valen para imponer sus intereses a las personas con las que se relacionan. Se ha dicho, con acierto, por ello que «*Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público*»<sup>6</sup>.

b) La consideración de la Constitución como norma fundamental, que informa y penetra el conjunto del ordenamiento jurídico estatal, otorgándole su unidad. Esta visión, que parte del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable<sup>7</sup>, descarta y supera una visión tradicional que acantona el ámbito de la Constitución a la regulación y ordenación de la actividad estatal y de los «derechos públicos subjetivos», segregando de aquel la esfera del derecho privado que vendría a estar regido, en lo fundamental, por la codificación del derecho civil y privado.

La noción de la Constitución como verdadero fundamento de la totalidad del ordenamiento jurídico, implica la subordinación de todas las ramas del derecho, tanto público como privado, a aquella, que hoy día, especialmente a través de la vasta enumeración de derechos que contiene, establece los principios y bases de los

4 Señala Jellineck, que estos derechos "...describen la relación permanente entre el individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos". JELLINECK, George. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p.387.

5 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1982, p.170.

6 BILBAO UBILLÚS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.243.

7 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Cívitas S.A., 1985.

ordenamientos normativos sectoriales o específicos. De este modo, aquellos ámbitos tradicionalmente reservados al derecho privado, se encuentran hoy insertos dentro del marco general de la Constitución, como norma fundante del ordenamiento en su conjunto, sin que el carácter privado de las relaciones que aquél regula pueda oponerse válidamente a la vigencia en éstas de las normas constitucionales. Ello no conduce, desde luego, a negar o devaluar el principio de la autonomía de la voluntad como fuente de estas relaciones, toda vez que la Constitución no contiene - ni puede hacerlo - una regulación exhaustiva del derecho privado - como si la tiene respecto de la organización de los poderes públicos- sino, únicamente, los trazos esenciales de éste, lo que, sin embargo, es suficiente para insertar en las relaciones propias de su ámbito el principio de supremacía de la Constitución y del mayor valor de los derechos fundamentales<sup>8</sup>.

- c) La conformación del Estado Social de Derecho, que se orienta al logro de la igualdad sustancial, imponiendo al Estado la obligación de promoverla y de remover todos los obstáculos que se oponen a ella. En el Estado Social de Derecho, la teoría de los derechos humanos experimenta una importante modificación al reconocer como valores informadores de los mismos no sólo la libertad y la igualdad ante la ley sino, en la misma medida, la igualdad sustancial y la justicia social, lo que conduce, al mismo tiempo, a la extensión del catálogo primigenio de los derechos fundamentales mediante la incorporación de los derechos sociales, o de la segunda generación, así como a la reformulación, en clave social, de algunos derechos de la primera generación<sup>9</sup>.

Si bien muchos de los derechos sociales, como los relativos a la salud, la educación, la seguridad social o el bienestar, son derechos que exigen una acción positiva de parte del Estado, el núcleo principal de estos lo conforman los derechos de carácter laboral, varios de los cuales por su exigibilidad directa e inmediata, que no por su contenido, se asemejan a los de la primera generación<sup>10</sup>. Sin embargo, aspecto peculiar de los

derechos laborales, homologados como derechos fundamentales, reside en que estos se insertan en el marco de las relaciones de trabajo y si bien algunos de ellos, como la libertad sindical, son oponibles frente al Estado -que está obligado a respetarla y garantizarla- todos son exigibles ante el empleador. En tal virtud, la constitucionalización del Derecho del Trabajo, que es un aspecto característico, y componente esencial, del Estado Social de Derecho, supone la proyección de los derechos fundamentales al ámbito de una de las relaciones privadas más relevantes de la sociedad actual, como lo es la relación trabajador-empleador, nacida del contrato de trabajo.

La «Drittwirkung» ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú a partir de la norma contenida en el artículo 38° de la Constitución. Señala el TC que *«De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, «Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)».* Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado, en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional»<sup>11</sup>.

## 2. Eficacia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo.

### 2.1 Los derechos fundamentales relativos al trabajo.

La constitucionalización del Derecho del Trabajo supone la incorporación al listado de los derechos fundamentales de un conjunto de derechos relativos al trabajo. Entre los más frecuentemente

8 Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp.82 y sgts.

9 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales". En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*, Lima: AAVV, Asociación Laboral para el Desarrollo, 1993, pp. 26-29.

10 *Ibidem*, pp. 31-32.

11 Sentencia del TC del 11 de Julio de 2002, Expediente N° 1124-2001-AA/TC, Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL con Telefónica del Perú S.A. En el mismo sentido, Vid. Sentencia del TC del 13 de Marzo de 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco con Telefónica del Perú.



enumerados en las constituciones figuran el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga y a la negociación colectiva, el derecho a una remuneración justa, a la igualdad de trato y no discriminación, a la jornada de trabajo, a la protección contra el despido y algunos otros<sup>12</sup>.

La Constitución peruana contiene un conjunto amplio de normas relativas al trabajo que podemos agrupar en la siguiente forma: a) Normas generales de protección: el deber y derecho al trabajo, la protección prioritaria del Estado al trabajo de la madre, el menor de edad y el impedido, el fomento del empleo productivo y la educación para el trabajo, la libertad de trabajo y la prohibición de que la relación de trabajo limite el ejercicio de los derechos constitucionales o desconozca o rebaje la dignidad del trabajador; b) Principios de la relación laboral: igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, e interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma; c) Derechos Individuales: el derecho a una remuneración equitativa y suficiente y a la remuneración mínima, la limitación de la jornada de trabajo y el derecho al descanso semanal y anual remunerado, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho a la participación en las utilidades de la empresa y a otras formas de participación que promueva el Estado; y, d) Derechos Colectivos: libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo y el derecho de huelga.

De este modo, tales derechos adquieren rango constitucional y, por consiguiente, quedan comprendidos en el ámbito procesal de protección dispensado al conjunto de los derechos constitucionales<sup>13</sup>.

Sin embargo, desde hace algún tiempo, la doctrina ha puesto de relieve que además de los derechos específicamente laborales reconocidos en las constituciones, existen otros derechos fundamentales

que tienen especial relevancia en las relaciones laborales al punto que de su ejercicio efectivo puede depender que el trabajador disfrute realmente de sus derechos de naturaleza laboral. Alonso Olea, a quien se debe esta perspectiva, se ha referido a la «versión laboral de los derechos fundamentales» y ha señalado que estos derechos «*pueden emerger u ocurrir, y aún ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo*»<sup>14</sup>.

Entre tales derechos, Alonso Olea menciona, con referencia, desde luego, a los derechos enumerados en la Constitución española, los siguientes: libertad ideológica, derecho a la intimidad personal, derechos de reunión y manifestación pacífica, derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, este enunciado no tiene carácter exhaustivo o cerrado, ya que el mismo autor señala que «*esta versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales y libertades públicas, muestra la existencia de un «Derecho constitucional del Trabajo*»<sup>15</sup>.

Qué duda cabe respecto a que sí bien existen en la Constitución derechos típicamente laborales, que se anteponen al contrato de trabajo y configuran las bases mismas de toda relación laboral, los demás derechos fundamentales que el trabajador posee como persona y ciudadano, forman igualmente parte de su situación jurídica o «status» en la empresa, en la medida que aquella relación no puede privar al trabajador de su condición de persona y ciudadano ni, por cierto, impedirle el ejercicio de los derechos que le corresponden como tal. Además, como lo ha puesto de relieve, Alonso Olea, el ejercicio de muchos, si no todos, estos derechos suele aparecer como premisa o manifestación de los derechos laborales como sucede con las libertades de prensa y reunión, esenciales para el desarrollo de un sindicalismo libre y de la negociación colectiva, o el respeto de las creencias del trabajador como garantía de la libertad y el derecho al trabajo.

12 Para una amplia exposición sobre el tema ver CARRILLO CALLE, Martín. «Los Derechos Laborales en las Constituciones Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado». En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*, Lima: AAVV, Asociación Laboral para el Desarrollo, 1993, pp.63-82.

13 La Constitución peruana de 1993, con evidente incorrección, sólo denomina como Derechos Fundamentales a los derechos de la persona (Título I, Capítulo I), englobando a los derechos de origen laboral en el rubro de «Derechos Sociales y Económicos»(Título I, Capítulo II). No obstante, el campo de protección reservado a las a la Acción de Amparo, comprende a los «derechos reconocidos por la Constitución» (Const. Artículo 202.2).

14 ALONSO OLEA, Manuel. *Las fuentes del Derecho en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Madrid: Editorial Cívitas, 1990, p.28.

15 *Ibidem*, p.29. El mismo autor señala, consolidando este criterio, que «El Derecho del Trabajo no es tanto o no es sólo una disciplina jurídica que acote para sí una zona determinada del ordenamiento jurídico; es además una forma de contemplar el ordenamiento todo, en toda su complejidad y en todas sus vertientes, desde el trabajo humano como observatorio privilegiado».

## 2.2. Eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales vinculados al trabajo, sean estos específicamente laborales o inespecíficos<sup>16</sup>, vienen a regular desde afuera, -es decir, desde el ordenamiento jurídico- y desde antes, -es decir, en forma previa a la celebración del contrato-, al contrato de trabajo sentando, por así decirlo, las bases o fundamentos de éste, que, naturalmente, las partes no pueden modificar ni, menos aún, desconocer, sea en su fase constitutiva, en su fase de desarrollo y en su momento extintivo. Como lo señala la doctrina, el contrato de trabajo es un contrato normado en cuanto una vez celebrado se le aplica, de forma inmediata y necesaria, un conjunto normativo establecido fuera del ámbito de la voluntad de las partes<sup>17</sup>. Este conjunto normativo es, desde luego, el conformado por las normas estatales específicamente laborales así como por las provenientes de la negociación colectiva, pero incluye las normas constitucionales relativas al trabajo que si bien, por lo general, actúan a través de la mediación de las normas de derecho necesario absoluto, no por ello dejan de tener virtualidad propia en el seno de la relación laboral, enmarcando y limitando el juego de la autonomía privada de las partes, especialmente en la determinación de su contenido. Este marco normativo comprende, igualmente, como se ha dicho, el conjunto de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, en cuanto el contrato de trabajo no podrá contener estipulación o condición alguna que los limite o impida su ejercicio.

De este modo, el contrato de trabajo y la relación que de él nace, no tiene por efecto feudalizar un sector de la realidad, excluyéndolo del ámbito de aplicación de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales sino que, por el contrario, sólo

adquieren validez y pueden desenvolverse dentro del marco que tales normas establecen.

Afirmar la eficacia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo significa limitar el campo de la autonomía privada no sólo en el momento constitutivo y regulador de aquella, sino durante su vigencia y desenvolvimiento, de modo tal que, como se ha dicho autorizadamente, «*los derechos fundamentales se rigen límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección*»<sup>18</sup>. Porque, en efecto, sin la existencia de tales límites, el poder de dirección del empleador que, en principio, es legítimo por estar basado en la libertad de empresa que nuestra Constitución reconoce en su artículo 59°, podría desbordarse y afectar aquellos derechos. En estos poderes, conferidos al empleador para organizar la producción y dirigir la fuerza de trabajo con criterios de eficiencia y productividad, no sólo en beneficio propio sino de la sociedad en su conjunto, radica, sin duda, el mayor peligro para los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo.

Ello es consecuencia del carácter subordinado de la prestación laboral, que distingue al contrato de trabajo de otras prestaciones de servicios, en virtud del cual el trabajador se subordina jurídicamente al empleador, es decir pone su fuerza de trabajo a disposición de este, que puede usarla en la forma que mejor le convenga.

De allí que pueda afirmarse que «*los poderes del empresario- la empresa en cuanto poder privado- constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador*»<sup>19</sup>; afirmación esta que se sustenta en el hecho de que «*En la medida (...) en que este poder, de contornos difusos y dotado de una acentuada legitimidad, tiene a su disposición de manera permanente el argumento organizativo, puede*

---

**“...el contrato de trabajo y la relación que de él nace, no tiene efecto feudalizar un sector de la realidad...”**

---

16 Con esta expresión se refiere Manuel Carlos Palomeque a los “...derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer”. (citado por CARRILLO CALLE, Martín, “La flexibilización del contenido laboral de la Constitución”. En: *Balance de la reforma laboral peruana*, Lima: AAVV, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001).

17 Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio y OTROS. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, pp. 370-371.

18 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador». En: *Autoridad y Democracia en la empresa*. Madrid: AAVV, Editorial Trotta, 1992, p.32.

19 *Ibidem*, p.27.



instalarse un ambiente claramente adverso a aquellos derechos”<sup>20</sup>.

Frente a la lesividad potencial de los poderes del empleador respecto a los derechos fundamentales del trabajador, sólo queda afirmar la plena vigencia de éstos al interior de la relación de trabajo y poner a disposición de éste los mecanismos procesales establecidos por el ordenamiento para la tutela efectiva de los mismos.

En este orden de ideas, el artículo 23º de nuestra Constitución establece con rotundidad el principio de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral al señalar que «*Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*» La cláusula es suficientemente amplia por referirse a los derechos constitucionales en general y, además, es precisa, al proscribir, sin excepciones, toda limitación a su ejercicio establecida como contenido de una relación laboral o surgida en el seno de ésta.

En similar dirección, el Tribunal Constitucional ha afirmado la eficacia expansiva de los derechos fundamentales al sostener la inexistencia de «zonas de indefensión» de éstos dentro del ordenamiento jurídico nacional<sup>21</sup>.

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESPIDO.

Si bien en el desenvolvimiento de la relación laboral pueden producirse diversas y hasta numerosas manifestaciones de una conducta empresarial lesiva a los derechos fundamentales del trabajador, es en la extinción de ésta cuando dichas conductas pueden resultar más relevantes, en la medida que se recurra a esta decisión para sancionar o reprimir el ejercicio de aquellos o que los mismos resulten lesionados por los procedimientos empleados para su realización.

Para el trabajador, desde luego, siendo grave toda afectación a sus derechos durante la vida de la relación laboral, aquella reviste mayor trascendencia cuando debido al ejercicio de éstos pierde su trabajo, razón por la cual la vinculación entre el despido y los derechos fundamentales resulta uno de los temas de mayor

importancia, en orden a la efectiva protección de éstos en el marco de la relación laboral.

La posible lesión a los derechos fundamentales por la vía del despido, puede darse, como lo señala Pedrajas Moreno<sup>22</sup> mediante la presencia, patente o encubierta, de un móvil reñido con esos derechos o a través de la preparación o realización del despido de forma tal que estos resulten lesionados.

### 1. El despido lesivo de derechos fundamentales por el motivo.

En este caso, el despido se constituye en el vehículo o instrumento por el cual el empleador pretende impedir que el trabajador ejerza o disfrute sus derechos fundamentales o le sanciona o reprime por ejercerlos. El motivo real que lleva al empleador a despedir al trabajador, más allá de los motivos aparentes que pudiera invocar, reside en su oposición o rechazo al ejercicio que el trabajador hace de sus derechos. Es el caso, por ejemplo, del empleador que imputa la falta grave de injuria al dirigente sindical que critica los incumplimientos laborales de aquél o el de quien atribuye el incumplimiento inexistente de sus obligaciones a una trabajadora al enterarse que está embarazada.

En la generalidad de los casos, el empleador atribuye al trabajador haber incurrido en una causa justa o falta grave, tipificadas en la ley, como justificación del despido pero en realidad tales causas son aparentes, no existen realmente y sólo se invocan para encubrir un motivo real, cuya ilicitud desaconseja al empleador invocarlo para evitar que una decisión judicial lo prive de toda eficacia.

La presencia de un motivo real ilícito en el hecho del despido conducirá, a la postre, a la invalidación en sede judicial de éste, pues el contenido de tal acto está viciado ab origine por su incompatibilidad con la norma constitucional<sup>23</sup>.

### 2. El despido lesivo de derechos fundamentales por la forma.

La vulneración de un derecho fundamental por la existencia de una motivación ilícita en el despido,

20 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”. En: *Libro de Informes Generales, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p.89.

21 Sentencia del 7 de Noviembre de 2002, Expediente N° 2409-2002-AA/TC, Lima, Diodoro Antonio González Ríos. En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene que no puede alegarse “ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos”.

22 PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 1992, p.142.

23 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: Ara Editores, pp.287-290.

no agota, sin embargo, las hipótesis en que este puede devenir lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. También en la realización del despido, en su preparación y formalización, puede producirse la lesión de aquellos, aún cuando la decisión extintiva del empleador no esté fundada en un motivo ilícito. Debe tenerse presente, al respecto, que la facultad concedida al empleador para extinguir unilateralmente la relación laboral, cuando medie causa justa para ello, no se configura como un poder discrecional sino como el ejercicio de una función que el ordenamiento considera necesaria en el marco de una adecuada organización de la producción y como expresión de la facultad general de resolver el contrato que se reconoce a una de las partes cuando la otra incumple injustificadamente sus obligaciones en los contratos de prestaciones recíprocas. Tal facultad debe ejercerse, por consiguiente, en los estrictos límites que le impone su propia finalidad y, además, en el caso de la mayor parte de los ordenamientos laborales, respetando estrictamente los cauces procedimentales establecidos para el despido, los cuales han sido, usualmente, configurados, para garantizar el derecho de defensa del trabajador.

Desde esta perspectiva, resulta perfectamente posible que la actuación del empleador en orden a la investigación de la conducta del trabajador, que justifique su despido, así como la forma de éste o el incumplimiento de los procedimientos propios del despido, pueda conllevar el agravio a los derechos fundamentales del trabajador.

Señala Pedrajas Moreno<sup>24</sup>, que la lesividad de aquellos derechos en la realización del despido puede ocurrir en los siguientes aspectos: a) Cuando la averiguación de los hechos imputables al trabajador se haga de forma tal que afecte su derecho al honor, dignidad personal e intimidad. Menciona, como prototípica, una sentencia del Tribunal Constitucional español que declaró radicalmente nulo el despido que se basó en la grabación telefónica de una

conversación del trabajador; b) Cuando se efectúan labores de control o vigilancia sobre la actuación de los dirigentes sindicales, que afecten la libertad sindical; c) Cuando la comunicación del despido contiene expresiones lesivas a la dignidad o el honor del trabajador o se utiliza con fines ajenos a los legalmente previstos, como en caso de difundirse o publicarse; y, d) Cuando las actuaciones del empleador previas al despido lesionan derechos fundamentales, especialmente el relativo a la presunción de inocencia.

### III. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

En el estado actual de la legislación y la jurisprudencia peruanas, la protección jurisdiccional frente al despido lesivo de derechos fundamentales, se ha canalizado a través de dos cauces procesales diferenciados: 1) la acción de nulidad del despido en la jurisdicción laboral ordinaria, y 2) la acción de amparo en la jurisdicción constitucional.

#### 1. Jurisdicción ordinaria: la nulidad del despido.

La legislación laboral, que se caracteriza por un modelo de estabilidad laboral relativa, que sanciona con el pago de una indemnización el despido arbitrario, descartando la reposición del trabajador como medida reparadora, admite, no obstante, la aplicación de ésta

únicamente cuando el despido es calificado como nulo, configurando un modelo dual, aunque desigual, de protección contra el despido<sup>25</sup>.

La acción de nulidad del despido se interpone y tramita ante los juzgados especializados de trabajo y excluye la acción indemnizatoria que, alternativamente, puede plantear el trabajador en caso de despido<sup>26</sup>. Para que dicha acción proceda, con la consiguiente declaración de nulidad del despido y la reposición del trabajador, éste debe alegar y demostrar, que el motivo

---

***“El despido nulo  
regalado en la  
ley laboral peruana,  
no permite la  
protección integral  
de los derechos  
fundamentales del  
trabajador...”***

---

24 PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Op. Cit.*, pp.147-157.

25 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, p.280.

26 El carácter excluyente de ambas acciones fue, en realidad, establecido por el artículo 52º del Reglamento del TUO-LFE, llegando a impedir que el pago de la indemnización fuera propuesta como una pretensión subordinada, con arreglo al artículo 87º del Código Procesal Civil. Reciente jurisprudencia ha inaplicado, tácitamente, este precepto reglamentario, al reconocer la procedencia de demandar el pago de la indemnización por despido arbitrario como pretensión subordinada de la acción de nulidad. (Sentencia del 6 de Mayo de 2003, Expediente N° 4124-2002-ND (A), expedida por una Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, integrado por los Vocales Torres Vega, Toledo Toribio y Nué Bobbio).



al que realmente obedece el despido es uno de aquellos taxativamente señalados en la ley<sup>27</sup>. La enumeración que hace la ley, se refiere al despido motivado por la afiliación o la actividad sindical del trabajador, la elección y el ejercicio de funciones de representación sindical, la discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, el embarazo de la trabajadora, ormular reclamos o quejas contra el empleador y por ser portador del VIH/SIDA<sup>28</sup>.

Como lo he señalado en ocasión anterior, estos motivos «*entrañan conductas del empleador lesivas a determinados derechos constitucionales del trabajador, tales como la libertad sindical, el derecho a no ser discriminado y el derecho a la tutela jurisdiccional. En este sentido, el fundamento último de la nulidad del despido, radica en la lesión a los derechos constitucionales del trabajador que se materializa por la vía del despido...*»<sup>29</sup>.

De esta manera, la figura del despido nulo corresponde a la del despido lesivo de derechos fundamentales, pues de la enumeración de motivos ilícitos que formula la ley se deduce, sin dificultad, que la calificación de «nulo» la reserva a aquellos despidos que lesionan los derechos fundamentales cuya protección se encuentra implícita detrás de cada uno de esos motivos proscritos. No obstante, hay que anotar que aquella figura, con ser importante, no constituye el cauce procesal único para la tutela del conjunto de derechos fundamentales del trabajador pues «*el efecto concreto de la enumeración legal consiste en reservar la declaración de nulidad únicamente a la lesión de los derechos fundamentales comprendidos en ella, excluyendo, por tanto, que ésta pueda extenderse, en forma general, a toda violación de los derechos fundamentales que opere efectivamente como motivo real del despido*»<sup>30</sup>.

Así pues, la enumeración taxativa de la ley laboral tiene el efecto inmediato de reducir el ámbito de protección procesal de los derechos fundamentales del trabajador, reducción esta que opera en el campo de la actuación horizontal de estos derechos, al excluir

de aquella numerosos e importantes derechos, cuanto en el campo de actuación vertical de los mismos, al excluir, en el caso de los que figuran en dicha enunciación, ciertos aspectos propios del contenido esencial de los derechos supuestamente protegidos<sup>31</sup>.

La conclusión es que el «despido nulo» regulado en la ley laboral peruana, no permite la protección integral de los derechos fundamentales del trabajador, pues una parte, cuantitativamente numerosa y cualitativamente significativa, de éstos, se encuentran excluidos del ámbito procesal de protección de aquella figura.

De allí, que se haya planteado que la vía procesal idónea para la defensa de esos derechos fundamentales excluidos del «despido nulo» sea la acción de amparo, regulada en el artículo 200.1 de la Constitución<sup>32</sup>.

## 2. Jurisdicción constitucional: la acción de amparo.

### 2.1. La jurisdicción constitucional de la libertad.

En el ordenamiento constitucional peruano, la jurisdicción constitucional, comprende dos tipos de procesos constitucionales: los relativos a la protección de los derechos fundamentales, consagrados en el texto constitucional, dentro de lo que se conoce como «jurisdicción constitucional de la libertad»<sup>33</sup>, y los que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las normas así como los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales, correspondientes a la «jurisdicción constitucional orgánica»<sup>34</sup>.

La jurisdicción constitucional de la libertad está estructurada sobre la base de cuatro acciones o procesos constitucionales: el habeas corpus, la acción de amparo, la acción de cumplimiento y el habeas data, enumerados en el artículo 200° de la Constitución<sup>35</sup>. A su vez, en cada uno de estos procesos, los jueces, en caso de existir conflicto entre la norma legal aplicable al caso y la Constitución deben ejercer el control difuso de

27 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 29°.

28 Conforme al artículo 6° de la Ley N° 26626.

29 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, p.315.

30 *Loc. Cit.* :

31 ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p.212.

32 *Vid.* BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, pp.321-324.

33 *Vid.* SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional-Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp.13-14.

34 *Loc. Cit.*

35 En la misma enumeración la Constitución incluye las acciones de control de la constitucionalidad: la Acción de Inconstitucionalidad y la Acción Popular, cuya naturaleza y función es, no obstante, diferente a las acciones de garantía.



constitucionalidad, pudiendo inaplicar la primera de aquellas normas, conforme a lo que dispone el artículo 138° de la Constitución.

En el caso específico de la acción de amparo, en cuanto a su ámbito objetivo o material, este proceso está habilitado para la tutela de todos los derechos constitucionales que no se encuentran expresamente comprendidos en el ámbito de protección del Habeas Corpus. Y, en cuanto se refiere a su ámbito subjetivo, el Amparo, igual que el Habeas Corpus y el Habeas Data, procede contra toda lesión a los derechos fundamentales, cuyo autor sea autoridad, funcionario o cualquier persona<sup>36</sup>, lo que, desde luego, posibilita su eficacia contra actos de particulares y legitima su actuación respecto de aquellos actos lesivos que tengan lugar en el ámbito de las relaciones laborales.

En este sentido, en el caso de lesión a los derechos fundamentales ocasionada por el despido, el amparo constitucional vendría a ser el cauce procesal específico para su tutela, especialmente en el caso de aquellos cuya protección no pueda obtenerse mediante la acción de nulidad de despido, por no encontrarse comprendidos en la enumeración cerrada que formula la ley laboral, aún cuando la existencia de esta última vía no excluye, en modo alguno, la opción por el amparo, en razón de la doctrina de las vías alternativas consagrada en la ley peruana, que se analiza a continuación.

## 2.2. La acción de amparo y las vías paralelas.

Una posible, y frecuente, objeción al uso de la acción de amparo para impugnar un despido lesivo de derechos fundamentales, proviene del argumento según el cual la acción de amparo sólo procede cuando no existen vías ordinarias idóneas para la protección del derecho afectado, porque se trata de una acción que tiene un carácter residual, excepcional o heroico. Esta observación se funda en las características del amparo argentino que excluye su uso cuando existe una vía

paralela idónea<sup>37</sup>. Al respecto, conviene precisar lo siguiente:

- a) Que, la doctrina de las vías paralelas supone la existencia de una vía ordinaria idónea para la protección del derecho lesionado, esto es no menos efectiva y protectora que el proceso de amparo<sup>38</sup>. En el caso peruano dicho paralelismo procesal no existe porque, como se ha indicado antes, la gran mayoría de los derechos fundamentales no se encuentran protegidos por los procesos de impugnación del despido en la vía laboral ordinaria, teniendo en cuenta el carácter mutilado del despido nulo, que restringe su ámbito de tutela a unos pocos de aquellos, dejando en la indefensión a los demás. Es obvio, que la otra vía de impugnación del despido, es decir, la acción indemnizatoria no puede calificarse, en modo alguno, como idónea para la tutela de los derechos fundamentales, pues la naturaleza meramente resarcitoria de la medida reparadora del despido no es compatible, ni equivalente, con la naturaleza restitutoria que es inherente a los procesos constitucionales de protección de los derechos humanos<sup>39</sup>.
- b) Porque, el ordenamiento constitucional peruano no excluye acudir a los procesos constitucionales por el hecho de existir una vía paralela ordinaria, como se deduce de la formulación de aquellos establecida en el artículo 200° de la Constitución - que no contiene, a diferencia de la Constitución argentina<sup>40</sup>, la exigencia de que no exista la vía paralela- y se expresa, de forma rotunda, en el artículo 6° de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley N° 23506, cuyo numeral 6) considera improcedente la acción de garantía únicamente cuando el afectado haya optado, previamente, por acudir a la vía judicial ordinaria para defender su derecho. De esta manera, la ley peruana descarta la doctrina de las «vías paralelas» y adopta la de las «vías alternativas» en virtud de

36 Conforme al ámbito que le establece, de modo expreso, el numeral 2. del artículo 200° de la Constitución.

37 Indica Lazzarini que "El Amparo es un remedio excepcional y, por ello, requiere, para su viabilidad, el agotamiento de toda otra posibilidad de reparación por vía administrativa o judicial. Existiendo vías hábiles para la restauración de los derechos violados, el Amparo no es posible" (LAZZARINI, José Luís, *El Juicio de Amparo*. Buenos Aires: La Ley S.A., 1987, p.93).

38 Afirma al respecto Lazzarini que "...la existencia de procedimientos previos o de vías paralelas no serán obstáculo al Amparo, si el tránsito por ellos trajera apareado un daño grave e irreparable, y siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a los derechos constitucionalizados..." (Lazzarini, José Luís, *Op. Cit.*, pp.95-96).

39 Vid. FIZ ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid: Editorial Cívitas S.A., 1982, p.49.

40 El artículo 43° de esta Constitución dice: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de Amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".



la cual ante la violación de un derecho fundamental el agraviado puede optar entre acudir a la vía judicial ordinaria o a la vía constitucional, quedando deslegitimado para acudir a esta última solamente cuando, en forma previa, eligió la vía ordinaria.

Esta cuestión, ha sido resuelta por el propio Tribunal Constitucional que ha señalado que «...no puede entenderse en modo alguno que este proceso constitucional se configure como un proceso subsidiario, al que corresponda dilucidar una controversia en torno a un derecho constitucional después de haberse agotado su conocimiento en un proceso ordinario seguido ante el Poder Judicial; sino, como se desprende del inciso 3) del Artículo 6° de la Ley N° 23506, como un proceso al que en forma alternativa pueda acudir quien considere que sus derechos constitucionales se encuentran amenazados de violarse o se hayan violado por acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona»<sup>41</sup>.

En otra ocasión, reafirmando este criterio, el Tribunal Constitucional ha dicho que «*contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos como el argentino o el español, en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, «alternativo», es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa, y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución*»<sup>42</sup>.

---

**“...por la vía de amparo no se plantea la cuestión de la arbitrariedad del despido... sino la de su inconstitucionalidad...”**

---

### **2.3. El amparo como protección procesal frente al despido lesivo de derechos fundamentales.**

Con el propósito de explicar la función del Amparo como mecanismo de tutela ante el despido

arbitrario, la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional realiza una distinción entre dos regímenes de protección adecuada contra el “despido arbitrario”: uno «sustantivo» y otro “procesal»<sup>43</sup>. El primero tiene fundamento en el artículo 27° de la Constitución que establece el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos que otorgue la ley. En este caso, «*el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27° de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador*». En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional concluye que «*el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales*», cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de «*tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador*», quien, de este modo

«*decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización*». A partir de esta premisa la sentencia Tribunal Constitucional del 13 de marzo de 2003 concluye que el artículo 34° del D.Leg. 728 «*ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional*”.

El otro régimen de protección, de carácter «procesal»

es aquel que No: «*en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional*».

41 Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de diciembre de 1997 (Exp. N° 394-97-AA/TC). Vid., en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de diciembre de 1997 (Exp. N° 538-97-AA/TC); Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 1998 (Exp. N° 757-97-AA/TC); Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 1998 (Exp. N° 795-98-AA/TC, La Libertad); Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de noviembre de 1999 (Exp. N° 045-22-AA/TC) y Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de diciembre de 2000 (Exp. N° 875-2000-AA/TC, Lima). En este última el Tribunal Constitucional reitera que «el Amparo en nuestro ordenamiento jurídico no tiene la condición de proceso residual, excepcional o extraordinario, y, que, por tanto, imponga como condición de la acción que antes de acudirse a esta vía, el afectado en sus derechos constitucionales tenga que agotar las vías judiciales ordinarias que puedan existir. Por el contrario (...) el amparo no es sino un proceso alternativo, cuya elección facultativa no tiene otros límites que los que se derivan de la propia estructura del proceso (...) y siempre que en él se pretenda la tutela de derechos subjetivos reconocidos en el Texto Constitucional.»

42 Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de Marzo de 2003 (Exp. N° 976-2001-AA/TC, Huánuco).

43 Loc. Cit.

La distinción no es teóricamente convincente pues, en primer lugar, toda protección contra el despido arbitrario, al margen de cual sea la naturaleza del agravio a los derechos del trabajador, tiene lugar a través de un cauce procesal específico, sea éste el ordinario o el constitucional, sin que, por ello, pueda calificarse al primero como «sustantivo» y al segundo como meramente «procesal». En la medida que nuestro ordenamiento laboral, faculta al empleador para proceder al despido directo e inmediato del trabajador, la impugnación de dicho acto tiene carácter revisor y reparador del mismo, por lo que el proceso judicial constituye el cauce obligado para dicha revisión y, eventualmente, la reparación del despido<sup>44</sup>.

En segundo lugar, porque la posibilidad de acudir al Amparo como cauce procesal para la impugnación de un despido, no depende, como lo expresa la sentencia, simplemente de la voluntad del trabajador de elegir entre la tutela resarcitoria o la restitutoria, sino de la naturaleza del agravio infligido a los derechos del trabajador. En el primer supuesto (régimen sustantivo) se agravia al derecho del trabajador a la protección frente al despido arbitrario, entendiendo por éste a todo aquel que no se funde en una causa justa de despido; es decir, que la Constitución proscribe el despido arbitrario, pero habilita al legislador para establecer la «protección adecuada», o medida reparadora, en caso de producirse, razón por la que, como lo indica la sentencia, si la ley opta por un sistema de protección basado en la tutela resarcitoria, ésta no podrá calificarse como inconstitucional. Este supuesto obedece, en rigor, a la problemática de la «estabilidad laboral», cuyo tratamiento legal, a su vez, depende de su consagración, o no, como derecho constitucional, materia en la que, como se sabe, existe una diferencia notoria entre la Constitución de 1979, que consagró tal derecho, y la de 1993, que únicamente reconoce la «adecuada protección contra el despido arbitrario». Por consiguiente, lo que el Tribunal Constitucional denomina «régimen de protección sustantivo» se refiere, específicamente, a los mecanismos procesales habilitados para la protección contra el despido arbitrario, en los términos que se derivan del artículo 27º de la Constitución y del artículo 34º del TUO del D.Leg. 728, los cuales privilegian la tutela resarcitoria del despido, con la única excepción del «despido nulo».

En cambio, en el segundo supuesto, para acudir al Amparo será indispensable alegar y probar que el

despido implica la violación de un derecho fundamental. En otras palabras, sólo está legitimado para interponer una acción de amparo aquel trabajador que sostenga que dicho acto lesiona sus derechos constitucionales, conforme al requisito general de procedibilidad de las acciones de garantía, previsto en el artículo 2º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, que limita su procedencia a los supuestos de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razón por la cual la sola voluntad del trabajador de optar por la tutela restitutoria, a través del Amparo, resulta insuficiente si tal vulneración no se ha producido realmente. No obstante, y a pesar de su equívoco terminológico, el Tribunal Constitucional ha precisado bien la función del amparo respecto al despido al expresar que: «...en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales»<sup>45</sup>.

No se trata, pues, de una protección «procesal», en el sentido que la virtualidad de esta vía resida exclusivamente en la naturaleza restitutoria de su tutela, con independencia de los derechos para cuya protección ha sido concebida, sino de una vía procesal, basada en una sustantividad diferente, constituida por los derechos fundamentales, erigidos en factor deslegitimador de todo despido que los vulnera en cualquier forma. Por ello, por la vía del amparo no se plantea la cuestión de la «arbitrariedad» del despido, ante la ausencia de una causa legal que lo justifique, sino la de su «inconstitucionalidad» por la presencia en éste, y como elemento determinante, de un móvil lesivo a los derechos fundamentales. Así, pues, en conclusión, el Tribunal Constitucional, aunque aludiendo, impropia, a un sistema de «protección procesal», ha establecido, sin embargo, correctamente, la procedencia de la vía del amparo para la defensa del conjunto de los derechos fundamentales del trabajador frente a la lesión de aquellos por el despido.

De este razonamiento, se desprende, sin mayor dificultad, que, las sentencias del Tribunal Constitucional que, en vía de amparo constitucional,

44 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, pp.250-255.

45 Sentencia del 13 de Marzo de 2003.



ordenan la reposición de trabajadores despedidos con violación de sus derechos fundamentales, no significan, como impropriamente han sostenido algunos, un retorno, por vía jurisprudencial, de la estabilidad laboral, pues tales decisiones se han adoptado como resultado de aplicar a dichos despidos el test de constitucionalidad, del cual no puede ser excluido, a priori, ningún acto que afecte derechos de otras personas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal al indicar que *"...el Juez Constitucional, en procesos como el presente, no puede conocer un proceso de calificación de despido arbitrario en los términos prescritos en la denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) sino solamente aquellos en los cuales el alegado despido, resulte eventualmente o no lesivo a derechos fundamentales de la persona humana"*<sup>46</sup>.

Quizás, por ello, resulte necesario distinguir, en el plano terminológico, entre el despido "arbitrario" y el despido "lesivo de derechos fundamentales" como dos categorías diferentes, en lugar de pretender que la "protección contra el despido arbitrario" tiene lugar mediante dos regímenes, calificado el primero como "sustantivo", que se ajusta al desarrollo legal del artículo 27° de la Constitución y que prevé la indemnización como reparación del despido, y el segundo como "procesal", que se sustancia mediante las acciones de garantía, específicamente el amparo, y que posee eficacia restitutoria respecto al despido. Conceptualmente la distinción consta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando ésta señala que *"...en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presentes en dicho despido"*<sup>47</sup>, o, asimismo, que *"...la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51° de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra"*<sup>48</sup>.

Por ello, parece conveniente, y, sobre todo, coherente con el desarrollo conceptual realizado por la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no seguir insistiendo en el uso de la expresión despido "arbitrario" para referirse a dos supuestos claramente diferentes, pues si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, sólo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de "despido lesivo de derechos fundamentales" a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador.

## V. EL AMPARO Y EL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

### 1. Por el motivo real del despido.

En materia de protección de los derechos fundamentales directamente lesionados por el despido, en cuanto éste se funda en un móvil contrario a éstos, la jurisprudencia constitucional se ha manifestado en relación al Derecho al Trabajo, a la Libertad Sindical y a la no discriminación.

#### 1.1 El Derecho al Trabajo.

##### 1.1.1 El despido incausado.

La sentencia prototípica en relación a la vulneración del «derecho al trabajo» es la dictada el 11 de Julio del 2002 en relación a la acción de amparo interpuesta por los sindicatos de la empresa Telefónica del Perú S.A. contra el despido de más de 500 trabajadores, al amparo del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que faculta al empleador a despedir sin expresión de causa con la condición de pagar al trabajador la indemnización correspondiente al despido arbitrario.

La sentencia considera que los despidos efectuados al amparo de este precepto legal vulneran el contenido esencial del «derecho al trabajo» reconocido en el artículo 22° de la Constitución y, por tanto, declara incompatible con la Constitución el citado precepto, cuya inaplicación al caso concreto es dispuesta por la sentencia, la misma que declara fundada la acción de amparo y ordena la reposición de los trabajadores despedidos.

46 Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de Agosto de 1999, Expediente N° 150-99-AA/TC, Lima, Francisco Jorge Urbano Amayo con Fondo de Empleados del Banco de la Nación.

47 Sentencia del Tribunal Constitucional 13 de Marzo de 2003, Exp. N° 976-2001-AA/TC.

48 Loc. Cit.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional realiza, por primera vez, la interpretación del «derecho al trabajo» reconocido en el artículo 22° de la Constitución y precisa su contenido esencial, estableciendo que este «...*implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa*». Agrega, la sentencia que «*El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa*».

Dicha operación hermenéutica abarca también, el artículo 27° de la ley fundamental, que consagra la “protección adecuada contra el despido arbitrario”, ante la innegable vinculación, y potencial colisión, entre ambas disposiciones. Interpretando conjuntamente ambas normas, el Tribunal Constitucional concluye que si bien el referido precepto no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, concediendo, por tanto, al legislador un margen discrecional para optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la tutela resarcitoria (indemnización), empero “...*no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una facultad de despido arbitrario hacia el empleador*”<sup>49</sup>.

En otras palabras, no puede interpretarse el artículo 27° prescindiendo del artículo 22° que reconoce el derecho al trabajo, y en función de tal omisión subsumir en la categoría “despido arbitrario” cualquier clase de despido, incluyendo aquel que lesiona derechos fundamentales, dejando por consiguiente la cuestión relativa a la reparación del mismo a lo que establezca de la ley ordinaria que, como se ha visto, puede elegir entre una u otra clase de tutela reparadora. Este razonamiento, llevaría a erigir el artículo 27° en la única norma constitucional rectora en materia de despido, vaciando de contenido el artículo 22°, que quedaría reducido a su tradicional contenido programático, de eficacia diferida. Además, supondría excluir del ámbito de la jurisdicción constitucional la lesión de derechos fundamentales acaecida en el despido, al reconducir, en exclusiva, la impugnación y revisión del despido al cauce procesal laboral, con el efecto de privar a los sujetos afectados por el despido de la tutela restitutoria de sus derechos, que es inherente a los procesos constitucionales de garantía.

Por el contrario, la interpretación coordinada de ambas normas, lleva a concluir que cuando el artículo 27° alude al despido arbitrario, este concepto no es excluyente y, por ello, no comprende todos los supuestos del despido, sino tan sólo aquellos en que la causa justa alegada no se configura legalmente o no puede probarse, es decir aquella clase de despidos antes los cuales suele plantearse, como medida reparadora, la reposición o la indemnización. Tal sería, por consiguiente, el ámbito de actuación del legislador pues “...*este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilita al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional*”<sup>50</sup>.

Tal núcleo duro, -del derecho al trabajo-, reside, precisamente, en “*El segundo aspecto del derecho (...). Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por justa causa*”<sup>51</sup>. Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad *ad nítum* del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido, y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales, susceptible de ser protegido mediante las acciones de garantía constitucional.

Aspecto importante de esta sentencia es que el despido impugnado ha sido un despido «legal» en cuanto se produjo por aplicación de una norma legal que expresamente habilitaba al empleador a despedir sin expresión de causa, pagando al trabajador una indemnización. Por tanto, en este caso, el Tribunal Constitucional no sólo analizó un despido arbitrario, carente de causa, sino que se vio obligado a dilucidar, por la vía del control difuso de constitucionalidad, la cuestión relativa a la compatibilidad de esta norma con la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que «*El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido, salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al*

49 Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de Julio de 2002, Exp. N° 1124-2001-AA/TC.

50 *Loc. Cit.*

51 *Loc. Cit.*



empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional».

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional asume criterios que la jurisprudencia de los tribunales constitucionales italiano y español, entre los primeros, así como la doctrina ya tienen firmemente establecidos, afirmando el carácter de derecho inmediatamente aplicable, en el ámbito individual, del derecho al trabajo, además de su tradicional concepción como derecho colectivo de naturaleza programática<sup>52</sup>.

Mediante este razonamiento, el Tribunal Constitucional introduce una clara distinción entre el despido incausado y el despido arbitrario, basado en una causa justa, no demostrada. El primero es contrario al derecho al trabajo y la norma que lo posibilita es, por ello mismo, inconstitucional. El segundo no vulnera derechos fundamentales, aún cuando el empleador no demuestre en el proceso judicial la causa invocada. A este despido -fundado en causa no demostrada- le son aplicables las categorías propias de un régimen de estabilidad laboral, absoluta o relativa, según que se prevea la reposición o la indemnización como reparación del despido injustificado; en cambio, si la causa ni siquiera es alegada la cuestión pertenece al ámbito constitucional porque importa la lesión del derecho al trabajo.

Esta doctrina, ha sido reiterada en la Sentencia del 13 de marzo de 2003<sup>53</sup>, la cual precisa que la tutela restitutoria, es decir, la reposición del trabajador procede, entre otros supuestos, en caso de «despido incausado», señalando que *«...la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos»*.

La sentencia precisa que el despido incausado se produce no sólo cuando se omite en la comunicación escrita señalar la causa del mismo, sino, igualmente, cuando éste se produce verbalmente. Siguiendo la misma lógica, tendrá que incluirse en esta categoría a los despidos de hecho, a los que se refiere como un supuesto de despido, la norma reglamentaria de la ley laboral y en los que, igualmente, no hay expresión de causa, porque ni siquiera existe comunicación del despido, sea escrita o verbal<sup>54</sup>.

La sentencia del 9 de octubre de 2002<sup>55</sup> ha establecido que es incausado el despido que se produce invocando la terminación de un contrato de trabajo de duración determinada (sujeto a modalidad) cuando dicho contrato es simulado o fraudulento por haberse celebrado con carácter temporal cuando las labores desempeñadas por los demandantes tenían carácter ordinario y permanente. Por ese hecho, la relación de trabajo debe reputarse de duración indeterminada, razón por la cual sólo puede extinguirse por una causa

**“...un supuesto de violación al derecho a la tutela judicial efectiva, pues el despido se configuró como una represalia por los continuos reclamos del trabajador...”**

justa y no por cumplimiento de un plazo establecido con finalidad fraudulenta. Señala, por ello, el Tribunal Constitucional, que *“La lesión a los derechos constitucionales, por lo tanto, no se concreta con el sólo hecho de no haber cumplido con la ley, por lo que ésta, strictu sensu, representa, sino por haber utilizado la figura del contrato de trabajo sujeto a modalidad y el ulterior despido supuestamente habilitado por el mismo, como un mecanismo de vulneración o distorsión de tales atributos esenciales”*

No se puede objetar el criterio aplicado por el TC, pues es innegable que cuando se produce la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad, en especial con propósito de simulación, su efecto, por aplicación del principio de “primacía de la realidad” y, asimismo, del principio de continuidad, consiste en preservar la relación laboral considerándola como de duración indeterminada, al tener por no válidas las cláusulas relativas a su duración. En tal virtud, ésta no puede extinguirse por vencimiento del plazo o

52 Vid. un análisis de esta sentencia en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El derecho al trabajo y el despido arbitrario. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional». *IUS et VERITAS*, Lima, 2002, Año XIII, N° 25, pp.268-280.

53 Expediente N° 976-2001-AA/TC, Huánuco, Eusebio Llanos Huasco, con Telefónica del Perú S.A. La sentencia declara infundada la demanda del trabajador despedido, pero aprovecha la ocasión para explicitar su doctrina frente al despido.

54 Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, artículo 45°.

55 Expediente N° 1397-2001-AA-TC, Ayacucho, Ángel de la Cruz Pomasonco y otros con Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Ayacucho S.A.

terminación de la obra o servicio contratado, conforme a las causas de extinción prevista en el inciso c) del artículo 16° del TUO-D.Leg.728, sino únicamente por alguna de las causas justas enumeradas en los artículos 23°, 24° y 25° del mismo texto, por lo que, al no invocarse éstas, la extinción del contrato se configura como un despido incausado y, por consiguiente, lesivo del derecho al trabajo.

### 1.1.2. El despido fraudulento.

Ésta es otra categoría de despidos cuya invalidez proviene del hecho de que el empleador utiliza, formalmente, las disposiciones de la ley para justificar un despido que carece de justificación real. Se configura este supuesto, según lo indica, la Sentencia Tribunal Constitucional del 13 de marzo de 2003, cuando: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad<sup>56</sup>, c) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o d) mediante la fabricación de pruebas.

En todos estos casos, como lo indica la sentencia, existe «ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aún cuando se cumple con la imputación de una causa y los cánones procedimentales...».

Como ejemplo del primer caso, se encuentra la Sentencia del 22 de agosto de 2002<sup>57</sup>, que declara fundada la demanda por considerar que los hechos imputados al trabajador no fueron demostrados. Obsérvese que ni siquiera se llega a discutir la eventual responsabilidad del trabajador respecto de ciertos hechos comprobados y verificados, sino que la existencia de los hechos que le fueron imputados para despedirlo no fue probada, lo que evidencia que estos eran irreales o ficticios y fueron alegados con el objeto de aparentar una justificación. Por ello, como se ha señalado en la doctrina nacional, «a la inexistencia de

*causa debe seguir la declaración de inconstitucionalidad del despido, en la medida que viola el derecho al trabajo»<sup>58</sup>.*

En el segundo caso, cabe mencionar la sentencia del 21 de enero de 1999<sup>59</sup>, en la que el Tribunal considera que la falta grave imputada a los despedidos consistente en la «disminución de la productividad» no se encuentra tipificada como causa legal de despido. Señala el Tribunal Constitucional que «conforme al artículo 2° inciso 24°, literal «d» de la Constitución Política del Estado el principio de tipicidad impone que los hechos (actos u omisiones) tipificados como infracciones punibles deben ser establecidos de forma expresa e inequívoca, lo cual no sucede en la carta de imputación de cargos con la que la demandada atribuye la comisión de falta grave»<sup>60</sup>.

Respecto al supuesto de despido fraudulento con vicio de la voluntad, la sentencia del 10 de julio de 2002<sup>61</sup>, considera que éste se produjo porque la supuesta renuncia de la demandante no fue voluntaria sino que la empresa demandada la obligó, mediante presiones, a firmar el documento respectivo, configurándose su despido arbitrario, violatorio de sus derechos constitucionales.

La afectación al derecho del trabajo en el caso del despido fraudulento deriva del hecho de que, como lo indica la sentencia del 13 de Marzo de 2003, «...al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo»<sup>62</sup>.

### 1.1.3. Jubilación forzosa.

Dos sentencias, del 10 de diciembre de 1999<sup>63</sup> una y del 11 de septiembre de 2002 la otra<sup>64</sup>, han considerado lesiva al derecho al trabajo la extinción

56 Vid. BANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, pp.229-232.

57 Expediente N° 1001-2001-AA/TC, Huánuco, Jesús Favio Mendieta y Ríos con Telefónica del Perú S.A.

58 ARCE ORTIZ, Elmer. «La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido. La construcción del Tribunal Constitucional». En: *Asesoría Laboral*, Lima, Mayo 2002, N° 149, p.13.

59 Expediente N° 1112-98-AA/TC, Lima, César Antonio Cossío y otros con Telefónica del Perú S.A.

60 Sobre el principio de tipicidad aplicable al despido: Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, pp.229-232.

61 Expediente N° 628-2001-AA/TC, Huánuco, Elba Graciela Rojas Huamán con Telefónica del Perú S.A.

62 Arce Ortiz, considera que podría incluirse en esta categoría a aquellos despidos que vulneran el «principio de inmediatez» por cuanto «Si la causa se entendió condonada o perdonada por el empleador, esto quiere decir que la causa que existió ya no existe». Afirma que, en este supuesto, se produciría, asimismo, la afectación del «principio de causalidad» y del «derecho al trabajo». (ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. Cit.*, p.16).



de la relación laboral por jubilación obligatoria y automática al haber cumplido el trabajador 70 años de edad, conforme a la causa de extinción de la relación laboral prevista en el artículo 21º, in fine, del TUO-D.Leg.728<sup>65</sup>. En ambos casos, los demandantes afectados por esta disposición son docentes universitarios y el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional es que la ley universitaria no contempla esta causal de cese de los docentes y que, además, la jubilación es un derecho por lo que es el trabajador quien “...libremente decide a partir de que momento debe retirarse de la actividad laboral, ya sea porque no puede o porque no desea seguir trabajando, criterio éste, potestativo y responsable, que no compatibiliza con la figura de la “jubilación guillotina”, que opera de manera obligatoria y automática, sin contar con la anuencia del trabajador...”<sup>66</sup>. Agregan, las sentencias, que “...el sólo hecho de llegar a una edad determinada no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores académicas, de funciones administrativas o de alta dirección, que por ley le corresponde en el ámbito de sus responsabilidades”<sup>67</sup>.

Este criterio, tiene antecedentes en la posición adoptada hace algunos años por el Tribunal Constitucional español en relación a una norma del Estatuto de los Trabajadores, de 1980, que dispuso la jubilación forzosa del trabajador, por límite de edad, a los 69 años. En una sentencia del 2 de Julio de 1981, dicho tribunal consideró inconstitucional dicha disposición por estar basada en una suerte de “presunción iuris et de jure de ineptitud” que “carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar anulando, de hecho, su contenido esencial”<sup>68</sup>. Es, precisamente esta sentencia, la que afirma el contenido dual del “derecho al trabajo”: el de tener un puesto de trabajo y el de conservarlo o no ser despedido sin causa justa. De la faceta colectiva de este derecho, como aspiración social a tener la

oportunidad de acceder a un empleo, la citada sentencia reconoce un supuesto de excepción en que podría admitirse la validez de la jubilación forzosa y es aquel en que ésta se utiliza como una medida para el reparto del empleo, es decir, cuando, su finalidad es liberar un puesto de trabajo para que sea ocupado por otro trabajador<sup>69</sup>.

### 1.2 La libertad sindical.

La sentencia del 11 de Julio de 2002, ya citada, relativa al despido masivo de trabajadores de Telefónica del Perú S.A., considera que, concurrentemente con la violación del derecho al trabajo, se ha vulnerado la libertad sindical, por el hecho de que, sin excepción, todos los trabajadores tenían la condición de afiliados a las organizaciones sindicales actuantes en la empresa.

Invocando, como fundamentos, además del artículo 28.1 de la Constitución, el Convenio N° 87 de la OIT, aplicable de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que obliga a interpretar las normas relativa a los derechos constitucionales de conformidad con los tratados suscritos por el Perú, la sentencia señala que «es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos»<sup>70</sup>.

Se ha criticado este criterio sosteniendo que el fallo del Tribunal Constitucional no se ha basado en prueba específica que acredite la afectación de la libertad sindical por cuanto el simple hecho de que todos los despedidos fueran sindicalizados no es suficiente para acreditar esa supuesta afectación toda vez que “si en una empresa la mayoría del personal es sindicalizado, es claro que despidos, con características de cese

63 Expediente N° 594-99-AA/TC, Lima, César Enrique Orrego Espinoza con Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

64 Expediente N° 1485-2001-AA/TC, Junín, José Leoncio Matos Sotelo con Universidad Peruana Los Andes.

65 Sin embargo, el artículo 30º del Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el D.S. N° 001-96-TR, precisa que para que opere la jubilación obligatoria y automática, se requiere que el trabajador tenga derecho a pensión de jubilación, cualquiera sea su monto.

66 Sentencia Tribunal Constitucional del 11 de Septiembre de 2002.

67 Sentencia Tribunal Constitucional del 10 de Diciembre de 1999 y Sentencia TC del 11 de Septiembre de 2002.

68 Vid. SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El Derecho al Trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, pp.130.137.

69 Dicha sentencia expresa que “La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una Política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primer el ejercicio del derecho individual mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho” (Vid. SASTRE IBARTECHE, Rafael, *Op. Cit.*, p.132).

70 Cabe señalar que la escasez de pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre violación de la libertad sindical, obedece al hecho que en este supuesto procede la acción de nulidad de despido, que ha sido la vía preferentemente seguida por los trabajadores, razón por la que existe abundante jurisprudencia sobre nulidad de despido por lesiones a la libertad sindical.



colectivo, van afectar, mayoritariamente, a dicho personal”<sup>71</sup>, por lo que, además, la vía del amparo no sería idónea para dilucidar esta cuestión, al requerirse para ello la actuación de prueba. Asimismo, se sostiene que dicha sentencia, por el contrario, afecta la libertad sindical en sentido negativo, por cuanto al otorgar protección a los trabajadores sindicalizados “está induciendo a la afiliación sindical a fin de acceder a una mayor protección contra el despido”<sup>72</sup>.

Respecto al primer cuestionamiento, es verdad que no es suficiente que los trabajadores comprendidos en un despido plural o colectivo estén afiliados a un sindicato para concluir, por ese solo hecho, que su despido configura la lesión de la libertad sindical. Pero, en el caso específico del despido realizado por la Telefónica del Perú S.A., se da la circunstancia de que todos los despedidos eran sindicalizados, no obstante existir en esa empresa un regular número de trabajadores no sindicalizados, ninguno de los cuales fue afectado por el despido, situación ésta que, cuando menos, representaba un importante indicio de una conducta discriminatoria por motivos sindicales, panorama éste que obligaba al demandado, como en todo proceso relativo a derechos fundamentales, a desvirtuar la existencia de dicho móvil, acreditando la presencia de causas objetivas que sustentaran el despido. Sin embargo, al haberse practicado tales despedidos al amparo del artículo 34° del TUO-D.Leg. 728, es decir, sin expresión de causa, su propia conducta le impidió a la empresa invocar la existencia de una justificación para el despido, ajena a un móvil inconstitucional, ante lo cual el elemento indiciario, resultante de la condición de sindicalizados de todos los despedidos, cobró certeza a los ojos del juez constitucional.

Respecto a la falta de idoneidad de la acción de amparo, por carecer de estación probatoria, el Tribunal Constitucional ha señalado que “*Tal carácter alternativo del Amparo nada tiene que ver con el hecho de que dicho instituto carezca de estación probatoria (lo que no implica impedimento alguno para actuar medios de prueba) ya que mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio*”<sup>73</sup>. Y más adelante agrega: “*De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el*

que el juez no tiene que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional”<sup>74</sup>.

Finalmente, no puede afirmarse que la sentencia afecta la libertad sindical negativa por el hecho de amparar a los afiliados al sindicato que fueron despedidos, toda vez que la finalidad de los sindicatos es, precisamente, defender y proteger los derechos e intereses de sus miembros, por lo que el respeto de las normas que garantizan dicha protección no puede interpretarse como contrario al derecho de los trabajadores a no afiliarse a un sindicato, ya que, bajo semejante premisa, para salvaguardar la libertad sindical negativa sería menester suprimir la positiva, lo que sería igual a eliminar el derecho en sí.

### 1.3 La no discriminación.

En la sentencia del 13 de Junio de 1997<sup>75</sup> el Tribunal Constitucional estima que el despido ha vulnerado el derecho del trabajador a la no discriminación y a la libertad de trabajo. Se trata de un trabajador que ganó un concurso interno para una plaza de jefatura de un aeropuerto, pero que no fue nombrado para ese cargo y tras sucesivos reclamos para que se le otorgara la plaza ganada, fue despedido. La sentencia, en sus fundamentos, apela a los derechos a la no discriminación, libertad de trabajo, igualdad de oportunidades sin discriminación e irrenunciabilidad de derechos, reconocidos, respectivamente, en los artículos 2°, numerales 2 y 15 y artículo 26°, numerales 1 y 2 de la Constitución.

En realidad, en el caso concreto, ninguno de esos derechos fue vulnerado, pues la discriminación, en todo caso, existió en relación a la negativa de la empresa a nombrarlo en la plaza obtenida, lo que sí ocurrió con otros trabajadores; y la libertad de trabajo no es aplicable al caso, por tratarse de un despido, como tampoco lo es el principio de irrenunciabilidad de derechos por cuanto el acto impugnado pertenece al empleador. Se trata, en rigor, de un supuesto de violación al derecho a la tutela judicial efectiva, pues el despido se configuró como una represalia por los continuos reclamos del trabajador.

71 FERRO DELGADO, Víctor. “El despido arbitrario en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo”, *Laborem, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo*, Lima, 2003, N° 3, p.193.

72 *Loc. Cit.*

73 Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de marzo del 2003. Exp. N° 976-2001-AA/TC.

74 *Loc. Cit.*. El Tribunal Constitucional precisa, en la misma sentencia, que “La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso”.

75 Exp. N° 008-97-AA/TC, Callao, Enrique Ibárcena Rivera con Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (CORPAC S.A.).



### 2. Por la forma y el procedimiento del despido.

#### 2.1 Debido proceso y derecho de defensa.

En la mencionada sentencia «marco» del 13 de marzo de 2003, el Tribunal Constitucional señala que el ordenamiento legal peruano establece dos formas de protección contra el despido: la protección preventiva y la protección reparadora.

La protección preventiva está constituida por aquellos procedimientos que deben realizarse antes de la materialización del despido, a fin de garantizar la adecuada investigación de los hechos imputados al trabajador y la responsabilidad de éste, asegurándole su derecho a la defensa. En el régimen laboral peruano esta protección se concreta, siguiendo al artículo 7° del Convenio N° 158 de la OIT, en un procedimiento previo al despido en que el empleador imputa, formalmente, cargos al trabajador y éste cuenta con un plazo, no menor a seis días naturales, para defenderse de los mismos, luego de lo cual, aquel puede tomar una decisión definitiva. Únicamente la falta grave flagrante se encuentra excluida de este procedimiento previo.

La omisión de este procedimiento previo es considerada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como vulneración a los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa<sup>76</sup>, incluso si se arguye la supuesta flagrancia de la falta, luego no demostrada<sup>77</sup>. También se ha estimado vulnerados estos derechos cuando no se han respetado procedimientos predeterminados por la ley para establecer la existencia de una causa de despido relacionada a la capacidad del trabajador, como la verificación del rendimiento deficiente<sup>78</sup> o la realización de una evaluación semestral como paso previo a un despido por causa de excedencia<sup>79</sup>. Finalmente, es lesivo al derecho de defensa no identificar en la carta de imputación de cargos los

hechos que configuran la supuesta falta grave ya que «el emplazado por ella no podrá efectuar eficazmente el descargo correspondiente porque desconoce qué hechos son los que tendrá que aclarar a efectos de salvar su responsabilidad»<sup>80</sup>.

#### 2.2 Presunción de inocencia.

Alguna sentencia ha considerado lesionado el principio constitucional de la «presunción de inocencia» cuando se despide al trabajador imputándole un hecho de contenido doloso sin que previamente se haya establecido su responsabilidad por la justicia penal<sup>81</sup>. En el caso que motiva esta sentencia el trabajador fue acusado de robo sistemático de bienes de la empresa, pero el Fiscal que investigó la denuncia lo exculpó de toda responsabilidad. La sentencia estimó que «se infringió el respeto al principio constitucional de presunción de inocencia y, en forma conexa, se afectó el derecho al trabajo...». Es verdad que, generalmente, se considera que la eventual responsabilidad penal del trabajador es independiente de la falta de índole laboral en que pudiera haber incurrido, de modo que la inexistencia de la primera no conlleva, necesariamente, la exoneración de la segunda. No obstante, en situaciones como la que es materia de la sentencia, en que los hechos imputados al trabajador (robo sistemático de bolsas de azúcar) o la conexión entre aquellos y éste no se demuestran en la investigación penal, es evidente que tampoco se le pueden imputar como infracción laboral, pues ello sería equivalente a inventar o atribuirle una falta que no ha cometido. Por ello, es lógico el criterio de la sentencia, cuando considera que si los hechos que se atribuyen al trabajador deben ser materia de investigación judicial, su despido antes que esta concluya afecta la «presunción de inocencia» y, por conexión, su derecho al trabajo, en cuanto no se ha establecido la existencia de una causa justa que legitime el despido.

76 Sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de noviembre de 1999 (Exp. N° 469-99-AA/TC) y Sentencia del Tribunal Constitucional del 7 de enero de 2000 (Exp. N° 1043-98-AA/TC).

77 Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de septiembre de 1999 (Exp. N° 019-98-AA/TC, Lambayeque).

78 Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de diciembre de 1997 (Exp. N° 976-96-AA/TC).

79 Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de julio de 1998 (Exp. N° 970-96-AA/TC).

80 Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de enero de 1999 (Exp. N° 1112-98-AA/TC, Lima); Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de julio de 1999 (Exp. N° 482-99-AA/TC, Lima); Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de noviembre de 1999 (Exp. N° 712-99-AA/TC, Lima); Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de noviembre de 1999 (Exp. N° 555-99-AA/TC) y Sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de julio de 2000 (Exp. N° 150-2000-AA/TC, Tumbes).

81 Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de septiembre de 1999 (Exp. N° 673-99-AA/TC)