

La acción de amparo como vía procesal para la protección contra el despido y el código procesal constitucional

Carlos Blancas Bustamante

Profesor Principal de la Facultad de Derecho y
de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUC.
Ex Ministro de Trabajo y Promoción Social y de Justicia.
Ex Diputado Nacional.

Tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (CPCO), se produce una importante modificación en lo atinente a los requisitos de procedencia de la acción de amparo, pues éste sustituye el criterio del amparo como vía opcional al proceso ordinario para adoptar la tesis de la vías paralelas, según la cual esta acción no procede si existe una vía ordinaria mediante la cual el titular del derecho afectado pueda defenderlo eficazmente y lograr que se le brinde adecuada protección frente al agravio de sufrido.

En efecto, el artículo 6º de la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo (LHCA), excluía la procedencia de las acciones de garantía, - además de aquellos supuestos en que hubiere cesado la violación o amenaza del derecho constitucional o la violación se hubiere convertido en irreparable y contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular -, solamente «*Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria*».

Esta posición llevó a considerar que el proceso de amparo se configuraba en nuestro ordenamiento jurídico como una acción alternativa al proceso ordinario «*Lo que significa 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.*»¹

El cambio introducido por el CPCO obliga a revisar, por consiguiente, la procedencia de la acción de amparo como vía para la impugnación del despido, habida cuenta de que antes de su entrada en vigencia ya el TC había desarrollado una sólida jurisprudencia que habilitaba esta vía para obtener una declaración de invalidez de los despidos lesivos de derechos fundamentales con el necesario efecto de la reposición del trabajador en su puesto de trabajo.²

1. El proceso de amparo y las vías paralelas.

El Artículo 5º inciso 2 del CPCO establece entre las causales de improcedencia de la Acción de Amparo que «*Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus*».

A diferencia de la LHCA, el CPCO adopta, por tanto, la tesis de las «vías paralelas», es decir aquella según la cual las acciones de garantía, salvo el habeas corpus, tienen un carácter residual, heroico y extraordinario, por lo que sólo proceden a falta de una vía ordinaria que sea capaz de brindar una protección idónea al derecho vulnerado. Es importante, en este sentido, destacar que la postergación del amparo y demás acciones de garantía - salvo el HC- en razón de la existencia de una vía ordinaria, no es absoluta sino que está condicionada a la presencia de determinados criterios objetivos, siendo el principal de éstos el que la vía paralela resulte «igualmente satisfactoria» que el proceso de amparo para la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado.

Por ello, de la interpretación a sensu contrario, del inciso 2 del artículo 5º del CPCO, se debe a concluir a favor de la procedencia del amparo constitucional cuando se demuestre que no existen «*vías procedimentales, igualmente satisfactorias*» para la tutela del derecho afectado, ya que de existir estas quedaría descartado recurrir a la acción de amparo para alcanzar la protección de ese derecho.

2. Sobre qué debe entenderse por vía procesal «igualmente satisfactoria».

Resulta indispensable, por lo anterior, precisar con la mayor exactitud posible, cual es el alcance la noción de «vía paralela», ya que de

1 STC del 13 de Marzo de 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco, Huánuco), Fundamento 3. En la misma sentencia, el TC señala que «*En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales.*»

2 Vid, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, «La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional», en «Derecho y Sociedad» N° 21, Lima, 2003, p.p.154-171.

ello dependerá la correcta determinación de cuando el amparo es procedente o improcedente para la tutela de un derecho fundamental.

Esta noción - la de «vías paralelas»- ha sido desarrollada en el derecho argentino, en el cual se ha considerado, tradicionalmente, que el amparo es un proceso «residual», «heroico» o «excepcional», al cual sólo cabe recurrir en ausencia de otra vía procesal idónea para la protección del derecho afectado. En este sentido, el reputado tratadista Sagués sostiene que «la acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional, residual o heroico, como lo llama la doctrina; reservado (dice la Corte Suprema en su actual composición) para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales».³

La noción de la «vía paralela» la precisa Lazzarini: «En principio es vía paralela al amparo todo remedio idóneo que tiene el agraviado para sostener su pretensión jurídica ante la autoridad competente. La existencia de estas vías paralelas o concurrentes, como pueden ser los procesos judiciales ordinarios o especiales, cierran la posibilidad al amparo, puesto que si la ley ha establecido procedimientos hábiles no se puede reemplazar a cualquiera de ellos mediante la elección de la acción de amparo».⁴

Como lo subraya este autor argentino, la vía paralela, para ser tal, debe constituir un «remedio idóneo» para que el afectado alcance la tutela de su derecho. Por ello, para la jurisprudencia y la doctrina jurídica argentina, el criterio para establecer la existencia de una vía paralela y, consiguientemente, excluir la acción de amparo, no es un criterio básicamente formal, con arreglo al cual la mera existencia de otra - u otras- vía judicial ordinaria en la cual pueda plantearse la defensa del derecho lesionado sea argumento suficiente para cerrar la vía del amparo. El criterio al que, en cambio, recurre para establecer si existen «vías paralelas» es el de vía «idónea» para la protección del derecho, el cual alude al hecho de que la vía «paralela», es decir, la judicial ordinaria o especial, debe ajustarse a ciertas características para que pueda descartar la acción de amparo, de modo tal, que si no las reúne, esto es, sino no es «idónea» para la protección del derecho en la misma medida en que lo es el amparo, entonces procede accionar por ésta vía, sin que la mera existencia de otras vías judiciales pueda excluirla.

En este sentido, sostiene Lazzarini que: «La condición suficiente para la procedencia del amparo es la irreparabilidad, que se da ante la inexistencia de otra vía

legal, o la imposibilidad de usar esta o la insuficiencia de la misma, y aún cuando haya otras vías paralelas, se daría el supuesto de irreparabilidad, si ellas no fueran reparadoras en la medida en que lo es el amparo.»⁵

Con criterio coincidente, Sagués afirma que «No basta, pues, que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría hartamente fácil (y a la vez farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para «lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate», como indica el art.2º, inc. a, de la Ley 16.986.»⁶

Explicando, aún más, la doctrina prevaleciente en la Argentina, los profesores Salgado y Verdaguer señalan, en referencia a las «vías paralelas» que: «...esos recursos o remedios debían permitir la protección eficaz del derecho o garantía constitucional de que se trate. O sea que, aún cuando existiese un remedio, había que entender que este no protegía adecuadamente el derecho o la garantía violada cuando por su complejidad o lentitud no brindara una tutela razonablemente inmediata.»⁷

Por consiguiente, para la doctrina argentina, que es la que ha adoptado nuestro CPCO, la existencia de una vía paralela «idónea», capaz de excluir la acción de amparo, depende de que aquella demuestre ser no menos eficaz que esta para la tutela del derecho violado, criterio que está vinculado, cuando menos, al contenido de la reparación y al tiempo en que ésta pueda lograrse, de tal manera que si mediante la vía paralela no es posible lograr la plena reparación del derecho vulnerado y en un tiempo breve, a través de un proceso sumario, dicha vía no podrá oponerse para pronunciar la improcedencia del amparo.

Por ello, como lo señala Lazzarini «...la prudencia de los jueces abrirá la vía rápida y reparadora del amparo cuando la remisión a los procedimientos ordinarios produjera prima facie un daño grave e irreparable, siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de la restricción a los derechos constitucionales.»⁸

El destacado autor argentino, precisa en qué supuestos de hecho se configura la existencia de un daño grave e irreparable:

«Lo irreparable del daño estaría dado por la inexistencia de vía legal alguna para ocurrir, o a la imposibilidad de hacerlo en el supuesto que la hubiera, o, también,

3 SAGÚES, Néstor Pedro, «Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo», 2da edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p.166.

4 LAZZARINI, José Luis, «El Juicio de Amparo», 2da edición, La Ley S.A., Buenos Aires, 1987, op.cit, p.121.

5 Ibídem, p.122.

6 SAGÚES, op.cit., p.169.

7 SALGADO, Alí Joaquín y VERDAGUER, Alejandro César, «Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad», 2da edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p.123.

8 LAZZARINI, op.cit, p.130.



*por la insuficiencia de la vía legal prevista para el caso, que puede no ser reparadora del agravio en la medida en que lo es el amparo».*⁹ (subrayado agregado)

En relación a este último supuesto, es decir a la vía paralela insuficiente o no satisfactoria, agrega Lazzarini que «...no todas las vías paralelas o aparentemente paralelas, son reparadoras del agravio, puesto que algunas, como la acción resarcitoria patrimonial, la penal o la disciplinaria, apuntan a lo sumo a compensar el agravio, y no a su reparación integral como lo pretende la acción de amparo, y tienen en consecuencia objetos distintos, motivo por el cual muchas veces son concurrentes y no excluyentes del amparo, y mientras ellas tienden a compensar el agravio, la acción de amparo apunta a su total reparación.»¹⁰

De este modo, siguiendo a Lazzarini, es posible – y necesario – distinguir entre la vía judicial paralela y la vía judicial «aparentemente» paralela, siendo la primera aquella que atiende a la reparación integral del derecho agraviado – como ocurre en el amparo – y otorga dicha reparación mediante un procedimiento rápido, mientras que la segunda es aquella que sólo permite una reparación compensatoria del agravio o que tiene un procedimiento dilatado y complejo. Se advierte aquí, en cuanto al contenido de la reparación del derecho, la diferencia sustancial, entre la tutela restitutoria, propia del Amparo – y de los demás procesos constitucionales –, y la tutela resarcitoria, o compensatoria, característica de las vías judiciales ordinarias.

También, Sagués apunta que «El amparo es viable, aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de éstos, según las características del problema, pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, es decir cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina.»¹¹

Refiriéndose a la jurisprudencia de los tribunales argentinos, que parte del carácter residual del amparo, pero que exige que la vía paralela sea más idónea que el amparo, Salgado y Verdaguer mencionan que la Corte Suprema, en el caso «País Ahumada» «señaló que siempre que aparezca clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción a algún derecho esencial de las personas, y el daño grave e irreparable que se ocasionaría al remitir el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, corresponde que los jueces restablezcan inmediatamente el derecho restringido por la rápida vía del amparo.»¹²

Asimismo, conforme lo refiere Sagués, respecto a la procedencia de la acción de amparo

cuando el tránsito de las vías ordinarias pudiera generar un agravio irreparable, la jurisprudencia argentina ha establecido que «los trámites de la acción de amparo son los que mejor armonizan con reclamaciones por cesación de servicios cuando quienes la esgrimen se ven privados de ingresos que hacen a las necesidades de su subsistencia...»¹³

Del análisis precedente, se puede colegir, sin mayor dificultad, cuales son los alcances del inciso 2 del artículo 5º del CPCO, cuando estima improcedente la acción de amparo en caso de existir vías procedimentales específicas «igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado...».

Es evidente que este texto, no se limita a considerar improcedente la acción de amparo por el sólo hecho de que exista una vía ordinaria en que el derecho lesionado podría ser, de alguna manera, protegido, sino que exige que dicha protección sea, cuando menos, igualmente «satisfactoria» que la que se obtendría mediante la acción de amparo. Ello significa que el grado de protección del derecho afectado no puede ser menor en la vía ordinaria que en la vía del amparo, pues, en tal caso, esta última es procedente para la tutela efectiva de aquel.

En este sentido, es conveniente recordar que, conforme a lo que indica el artículo 1 del CPCO, la finalidad de los procesos constitucionales de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento consiste en «proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional...» Es decir, que por la vía del amparo lo que se persigue, y ha de obtenerse en caso de una sentencia estimatoria, es la «reposición» del derecho afectado, esto es, el otorgamiento, por el juzgador, de una «tutela restitutoria» y no meramente «resarcitoria, ya que, como lo indica Fix Zamudio, la protección de los derechos fundamentales «requiere un sistema protector en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales, y en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes...»¹⁴

De allí que, el criterio esencial que debe tener presente el Juez al calificar una demanda de amparo, en el supuesto de que exista otra vía procesal en la que el derecho afectado pudiera ser protegido, es determinar si, en caso de una sentencia estimatoria, el grado o nivel de protección del derecho es el mismo en una que en otra. O, lo que es lo mismo, si en la vía ordinaria es

9 Ibidem, p.140.

10 LAZZARINI, op.cit.,p.140.

11 SAGUÉS, op.cit.,p.170.

12 SALGADO Y VERDAGUER, op.cit.,p.128.

13 SAGUÉS, op.cit.,p.173.

14 FIX ZAMUDIO, Héctor, «La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982, p.49.

posible la «reposición» del derecho vulnerado, como lo es en el amparo, en cuyo caso el demandante estará obligado a transitar dicha vía, siempre que su procedimiento sea igualmente breve, pues en caso, contrario, es decir, si en la vía ordinaria no es posible la «reposición» del derecho sino, únicamente, su compensación, deberá habilitar la vía del amparo, sin tener fundamento alguno para pronunciar su improcedencia.

De igual manera, para preferir la vía paralela a la acción de amparo, deberá analizarse la eficacia estrictamente procesal de aquellas, esto es, si puede atender a la protección del derecho con la misma urgencia y prontitud de ésta. Al respecto, comentando la reciente norma del CPCO, Abad Yupanqui indica que: «*En definitiva, el juez tendrá que examinar en cada caso concreto si la urgencia de tutelar un derecho fundamental puede ser eficazmente cubierta por un proceso distinto al amparo. Si es que el juez se percató que, por ejemplo, el proceso contencioso administrativo – que cuenta con medidas cautelares- es idóneo para tutelar los derechos alegados y su tránsito no producirá un agravio irreparable al quejoso, deberá desestimar la vía del amparo. En todo caso, de existir una «duda razonable» – a nuestro juicio-podría ser aplicable el principio de favorabilidad – «favor processum o «pro actione»- y, por tanto, dar cabida al amparo.»¹⁵*

3. La procedencia del amparo en caso de despido lesivo de derechos constitucionales.

Conforme a la jurisprudencia establecida por el TC, la acción de amparo resulta procedente cuando el agravio consiste en un despido lesivo o violatorio de los derechos constitucionales del trabajador. Esta afirmación encuentra sustento en el hecho de que en el ordenamiento procesal-laboral de nuestro país, no existe acción procesal alguna que permita reponer el derecho vulnerado, cuando este tiene rango constitucional, con la limitada excepción del despido nulo, que sólo atiende a la protección específica de tres derechos constitucionales (Infra 3, A, 2)

A. Las vías para la impugnación del despido en el ordenamiento procesal-laboral.

Conforme a la normatividad laboral, expresada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, en caso de despido existen dos vías procesales para su impugnación: 1) la acción indemnizatoria, y 2) la acción de nulidad de despido.

1) La acción indemnizatoria, que tiene por objeto impugnar el despido «arbitrario», esto es, aquel que se basa en una causa justa de despido, señalada por la ley, pero que no puede ser demostrada en juicio por el empleador que la invoca como justificación del despido. En tal caso, el juez concede al demandante el derecho a percibir una «indemnización por despido», pues la ley no lo faculta a ordenar su reposición en el trabajo. Es evidente, por ello, que esta acción judicial en ningún caso puede considerarse una «vía paralela» al amparo, pues no permite la «reposición» del derecho sino únicamente su resarcimiento mediante el pago de la indemnización, quedando, por tanto, el demandante, aunque gane el juicio, privado de su puesto de trabajo.

2) La acción de nulidad del despido, que se dirige a impugnar el despido «nulo», que es aquel que está basado en determinados «motivos» que la ley considera ilícitos. Esta acción procede únicamente respecto de los supuestos de nulidad taxativamente enumerados en el artículo 29° de la LPCL y que son los referidos a: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25°, d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto, la discriminación por ser portador del VIH/SIDA, conforme a la Ley N° 26626 y, finalmente, el despido por razón de discapacidad del trabajador, según la Ley N° 27050. En caso de declararse fundada la demanda, el Juez ordenará la reposición del trabajador en su puesto de trabajo y, además, el pago de las remuneraciones devengadas desde la fecha del despido hasta la de su reposición, incluyendo los aumentos de carácter general otorgados en el centro de trabajo, así como el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios generada durante dicho período. En general, el tiempo transcurrido entre el despido y la reposición se considera laborado para todos los efectos legales, salvo para el récord vacacional y el pago de utilidades, que tienen reglas especiales.¹⁶ Esta solución obedece al criterio de que la sanción de nulidad del acto del

15 ABAD YUPANQUI, Samuel B, «El Proceso Constitucional de Amparo», Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.268.

16 Conforme al artículo 54° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, el récord vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al que preste con posterioridad a su reposición. En lo que se refiere a la participación en las utilidades, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 892, para su cálculo sólo se considerarán los días efectivamente laborados por el trabajador, salvo los de inasistencia considerados como trabajados por mandato legal expreso.



despido priva a éste de todos sus efectos, razón por la cual de un acto nulo no puede derivarse por el trabajador perjuicio alguno, como lo sería la pérdida de remuneraciones o de la CTS o la reducción de su tiempo de servicios.

Esta acción, en razón de su eficacia protectora –la reposición–, dispensa, sin duda alguna, una protección «igualmente satisfactoria» a la que puede alcanzarse mediante la acción de amparo, y, por tanto, puede considerarse «vía paralela» a ésta, pero, sin embargo, en razón de la lista cerrada que contiene el art.29º LPCL, únicamente cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales para cuya tutela se ha previsto la «acción de nulidad del despido», a saber, la libertad sindical (incisos a y b) del art.29º LPCL), la no discriminación (incisos d) y e) art.29º LPCL, Ley 26626 y Ley 27050) y el derecho a la tutela judicial efectiva (inciso c) art.29º LPCL), que son aquellos a los que, en último análisis, se reconducen los seis supuestos de nulidad del despido establecido en el art.29º LPCL y los otros dos agregados por las leyes 26626 (VIH-SIDA) y 27050 (discapacitados).

En cambio, si se tratase de la protección de otros derechos constitucionales, vulnerados mediante el despido del trabajador, no es posible acudir a la vía laboral de «nulidad de despido» pues, como se ha explicado, esta acción sólo procede cuando el despido se basa en alguno de los «motivos» enumerados, como «lista cerrada», por el artículo 29º LPCL. Por ello, respecto a la vulneración de los demás derechos constitucionales, no comprendidos en esa reducida- y excluyente- lista, no procede la «nulidad de despido» y, por tanto, en relación a la protección de éstos, no constituye, en modo alguno, una «vía paralela» al proceso de amparo.

B. La acción de amparo contra el despido violatorio de derechos constitucionales según el criterio del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse *in extenso* acerca de la procedencia de la acción de amparo, en diferentes sentencia en materia de despido, siendo la más relevante de todas ellas, por su tratamiento integral y amplitud, la sentencia del 13 de Marzo de 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC.

En dicha sentencia, el TC considera que la «protección adecuada contra el despido arbitrario», prevista en el artículo 27º de la Constitución, puede ser abordada desde dos perspectivas: a) un régimen de carácter «sustantivo» y b) un régimen de carácter «procesal».

1) El régimen «sustantivo» de protección contra el despido arbitrario.

El régimen «sustantivo» contempla, su vez, dos formas o modalidades: 1.1) la protección «preventiva» y 1.2) la protección «reparadora».

1.1) La «protección preventiva» esta constituida por los mecanismos previstos por el legislador para prevenir, evitar o impedir un despido arbitrario y se traducen, en lo esencial, en otorgar al trabajador el derecho de defensa en un proceso de demostración de la causa justa de despido, anterior a éste, que debe tener lugar en el seno del propio centro de trabajo. Según el TC, este es el caso del procedimiento administrativo previsto en el Decreto Legislativo N° 276 cuando se trate de imponer la sanción de destitución a los servidores públicos y el procedimiento previo al despido previsto en el artículo 31º de la LPCL, en el caso de los trabajadores de la actividad privada, inspirado en el artículo 7º del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo. (Vid. Fundamento Jurídico 12 a), a.1).

1.2). La «protección reparadora», en virtud de la cual el legislador, adoptando una de las alternativas que derivan del artículo 27º de la Constitución, establece como mecanismo de reparación del despido arbitrario el pago de una indemnización, pues en tal caso, *«la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.»* (FJ.12.a/a.1). Considera el TC *«que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique al despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización»* (FJ.12.a/a.2)

2) El régimen «procesal» de protección contra el despido.

Conceptúa la STC que la existencia de un «régimen sustantivo» , antes reseñado, *«no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter procesal.»*(FJ.13.b). Señala el TC que, en nuestro ordenamiento, existe un modelo de protección procesal estrechamente ligado al régimen de protección «sustantiva», que se traduce en la acción indemnizatoria y la reparación del despido mediante el pago de una indemnización, tal como lo prevé el artículo 34º de la LPCL. (Vid.FJ, 13.b/b.1).

Pero, *«Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, puede 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.»* (FJ.13.b/b.2).

En este sentido, el TC reafirma la distinta finalidad, en cuanto a su eficacia reparadora, entre la acción indemnizatoria y la acción de amparo:



«Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1º de la Ley 23506, «reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional».

En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente.» (subrayado agregado) (FJ.13.b/b.2).

De este modo, el TC considera que existe una vía distinta a la acción indemnizatoria, de efecto meramente resarcitorio, para la protección contra el despido arbitrario, con efectos restitutorios, que es el amparo constitucional, cuyo fundamento es tutelar al trabajador frente al despido que vulnera sus derechos constitucionales. Sostiene por ello 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» (FJ.13.b/b.2)

3. Los supuestos en que procede el amparo para la protección contra el despido arbitrario.

Tras establecer, en general, la procedencia del amparo para la impugnación del despido cuando este vulnera los derechos constitucionales del trabajador, el TC precisa en que supuestos de despido procede acudir a esta vía procesal constitucional. Así, señala que

«De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:...» (FJ.15)

Tales casos, señalados en los literales a),b) y c) del Fundamento Jurídico 15 de la sentencia son: a) Despido nulo, b) Despido incausado, y c) Despido fraudulento.

A. Despido Nulo.

Indica el TC que este supuesto es el regulado en el artículo 29º del Decreto Legislativo N° 728 (o LPCL), el cual se refiere a la necesidad de proteger los derechos «previstos en el inciso 2) del artículo 2º, inciso 1 del artículo 26º e inciso 1) del artículo 28º de la Constitución.» (FJ.15, a).

Aún tras la entrada en vigencia del CPCO, el TC, afirma, sin ambages, su competencia para resolver la impugnación del despido nulo, no obstante que, como se ha explicado, existe un cauce procesal específico para ello en la vía judicial ordinaria, a través de la acción de nulidad de despido, la cual debe reputarse «igualmente satisfactoria» que la acción de amparo, pues aquella dispensa al trabajador la tutela restitutoria, es decir, su reposición. Sin embargo, el TC ratifica «(...) su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados»¹⁷

De forma particular, el TC enfatiza su competencia para resolver las demandas de amparo en los supuestos de nulidad del despido referidos a la lesión de la libertad sindical, la discriminación y el despido por causa de discapacidad. Señala al respecto que «los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aún cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos»¹⁸ Respecto al despido discriminatorio sostiene que «los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre»¹⁹.

Respecto al despido basado en un motivo discriminatorio, obsérvese que al enunciar los supuestos de discriminación, la fórmula del TC es más amplia que la del artículo 29º de la LPCL, al incluir la cláusula de apertura «o de cualquier otra índole», la cual consta en el numeral 2 del artículo 2º de la Constitución, pero que aquella norma legal omitió, lo cual permite impugnar mediante el proceso de amparo despidos

17 STC del 28.11.2005 (Exp. 0206-2005-PA/TC). Precisa el TC, en la misma sentencia, que «cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente»

18 STC del 28.11.2005 (Exp. 0206-2005-PA/TC)

19 Ibídem.

discriminatorios no comprendidos en la normativa laboral. Finalmente, también considera que el proceso de amparo «*será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7º y 23º de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado.*»²⁰

B. Despido incausado.

Señala la STC que «*Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de Julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N° 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22º de la Constitución y demás conexos.*» (FJ.15,b)

Considera el TC que se produce el «despido incausado» cuando «*Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.*» (FJ.15,b)

Cabe señalar que en la citada STC del 11.07.2002, el TC se pronunció, en vía de control difuso, sobre la inconstitucionalidad del artículo 34º de la LPCL, que permitía el despido incausado, sujeto al pago de indemnización. En ese fallo sostuvo que «*El artículo 34º, 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 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.*» (FJ.12,a)

Asimismo, en la Resolución del 10 de Septiembre de 2002, mediante la que se pronuncia sobre el pedido de aclaración de la anterior sentencia, formulado por la parte demandada, el TC afirma que «*Telefónica del Perú ha efectuado la extinción de contratos de trabajo al amparo del artículo 34 «ab initio», del Decreto Legislativo N° 728, sin motivar la causa del despido; hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional por las razones expuestas en los considerandos de la sentencia y por la presente aclaración solicitada por la parte demandante.*» (FJ.2.5,b).

En tal virtud, al ser el despido «incausado», lesivo del «derecho al trabajo», deviene inconstitucional y procede demandar su protección por la vía del amparo, toda vez, que esta no es posible –por las razones antes expuestas– mediante la acción indemnizatoria ni la de nulidad de despido. Por tanto, en este

supuesto, no existe vía judicial ordinaria o especial para la tutela del derecho, motivo por el cual la única vía en que esta puede alcanzarse es la del amparo constitucional.

Este supuesto se configura, por tanto, cuando en la carta de despido se omite expresar la causa del mismo o cuando el despido se produce de hecho, ya sea de palabra o negando al trabajador acceso a su centro de labores.

C. Despido fraudulento.

Este tercer supuesto, en que procede acudir al amparo para obtener la tutela restitutoria, se configura cuando «*Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aún cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad...*» (FJ15,c).

EL TC vincula esta figura al despido «incausado» al sostener que: «*En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo*» (FJ 15, c).²¹

Sin duda, por ello, en este supuesto de despido, tampoco es posible, con objeto de obtener la tutela restitutoria –inherente a la reparación de un derecho constitucional– acudir a la acción indemnizatoria ni a la de nulidad del despido, en el primer caso porque aquella sólo contempla el resarcimiento económico del perjuicio y no la restitución del derecho; y, en el segundo, porque el despido fraudulento no se encuentre previsto entre los motivos de «nulidad de despido» contemplados en la LPCL.

Recientemente, el TC ha precisado que «*En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indudablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.*»²²

²⁰ Ibídem.

²¹ En la STC del 16 de Mayo de 2006, Expediente N° 2158-2006-PA/TC, se afirma lo siguiente: «*En el presente caso la recurrente ha demostrado que la demandada fundamentó su despido en hechos falsos e inexistentes, toda vez que dicha emplazada no ha probado que la demandante tenía la obligación de atender los requerimientos de la SUNAT y que se le había informado de tal hecho. En consecuencia, el despido se basó en una causa inexistente e irreal equiparable a un despido incausado, constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, amparados por los artículos 22º y 27º de la Constitución*» (FJ.6)

²² STC del 28.11.2005 (Exp. 0206-2005-PA/TC)

La exigencia de que el trabajador pruebe «fehaciente e indubitadamente» la existencia de fraude en el despido, resulta excesiva, por cuanto atribuye la carga de la prueba al trabajador, sin admitir una distribución racional y equilibrada de ésta, a partir de la aportación por el demandante de indicios, conforme a los criterios de facilitación de la carga de la prueba, especialmente importantes en la nulidad del despido, recogidos en la Ley Procesal del Trabajo (LPT). De otro lado, remitir al trabajador a la vía judicial ordinaria, para que en ella demuestre el carácter fraudulento del despido, no configura solución alguna, pues en caso de tener el trabajador éxito en su actividad probatoria y, obtener, por tanto, una sentencia favorable, no podrá alcanzar, sin embargo, la protección efectiva, de naturaleza restitutoria, que dispensa el amparo, debiendo conformarse - en razón de la vía procesal a la que es obligado a acudir- con la de contenido resarcitorio, mediante la percepción de la indemnización por despido arbitrario, ello no obstante haberse comprobado el contenido fraudulento del despido.

A manera de conclusión, puede señalarse que, aún después de la entrada en vigencia del CPCO, la jurisprudencia del TC respecto a la procedencia de la acción de amparo en los supuestos de despido antes enumerados, conserva su validez, pues salvo el supuesto referido al «despido nulo», cuando el despido se basa en alguno de los motivos taxativamente enumerados en el artículo 29º LPCL, en los supuestos de «despido incausado» – aunque este se base en el artículo 34º LPCL – y «despido fraudulento», la «vía paralela» no existe, pues no es posible reclamar su tutela mediante las acciones laborales ordinarias, esto es, las de indemnización y nulidad del despido.

Para que no queden dudas al respecto, el TC, tras la entrada en vigencia del CPCO, ha sostenido que «(...) esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp.Nº 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en su esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso

de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados».²³

Como expresión de ello, el TC ordena a los juzgados civiles tramitar los procesos de amparo incoados contra el despido cuando el demandante sustente su pretensión en el carácter nulo, incausado o fraudulento de aquel, descartando que, en tales casos, el juez puede rechazar *in limine* la demanda.²⁴

Más aún, el CPCO, en la enumeración de derechos constitucionales susceptibles de ser protegidos por la acción de amparo, modificando, en este sentido, la recogida en el artículo 24º de la Ley 23506, ha incluido, en el inciso 10 del Artículo 37º, el derecho «Al Trabajo», que es, precisamente, aquel que resulta vulnerado por el «despido incausado» y «fraudulento», los que, como se ha expuesto, carecen de una vía procesal ordinaria para su tutela efectiva.

4. La discutible constitucionalidad de la doctrina de las «vías paralelas».

No obstante que el cambio introducido por el CPCO, al acoger la doctrina de las «vías paralelas» no ha modificado los criterios de procedencia de la acción de amparo para impugnar el despido lesivo de derechos fundamentales, lo que constituye el propósito del presente artículo, considero necesario concluirlo con un breve apunte acerca de la cuestionable constitucionalidad de la opción adoptada por dicho código.

En tal sentido, considero que el ordenamiento constitucional peruano, a pesar del nuevo criterio de procedencia de los procesos de amparo introducido por el CPCO, no puede excluir 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 200º de la Constitución, según la cual cada una de las acciones de garantía «procede ante el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza (...)», los derechos tutelados, en cada caso, por esas acciones, sin introducir, por tanto ningún condicionamiento o requisito de procedibilidad que las excluya en caso de existir una vía ordinaria paralela. Puede apreciarse, sin mayor dificultad, que esta redacción difiere de la que, en materia de amparo, contiene la Constitución de Argentina, cuyo artículo 43º dice:

23 STC del 28.11.2005, (Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores).

24 «Que, de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la sentencia citada, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, se determina que, en el presente caso, por tratarse de un supuesto de despido sin expresión de causa, corresponde que la pretensión sea evaluada mediante este proceso constitucional; por lo que, el juzgado de origen debe admitir a trámite la demanda, y sustanciarla conforme a ley.» RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 17 DE AGOSTO DE 2006, EXPEDIENTE Nº 04336-2006-PA/TC.



«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».

No obstante, en la doctrina argentina, voces autorizadas han considerado que el texto del artículo 43º constitucional, lejos de consagrar la doctrina de las «vías paralelas»,²⁵ abre la puerta hacia la noción del amparo como vía principal o directa, toda vez que la condición que dicho precepto establece para descartar el amparo es que «no exista otro medio judicial más idóneo», por lo que, en principio, cabe señalar que el amparo es la vía idónea para la protección de los derechos fundamentales, salvo que se demuestre que existe otra vía aún más eficaz.²⁶

El criterio amplio, señalado expresamente por nuestra Constitución, tiene como antecedente la formulación de las «garantías constitucionales» en el artículo 295º de la Constitución de 1979 y, bajo la vigencia de ésta quedó plasmado, de forma rotunda, en el artículo 6º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley, Nº 23506, cuyo numeral 6 consideró improcedente la acción de garantía únicamente cuando el afectado hubiere optado, previamente, por acudir a la vía judicial ordinaria para defender su derecho, lo que, en buena cuenta, permitía a aquel elegir, ab initio, entre una u otra vía. La derogación de esta ley por el CPCO, que recoge la doctrina argentina tradicional, introduce un criterio restrictivo para la procedencia de los procesos constitucionales, supeditándola a la demostración de que no existe una vía ordinaria *igualmente satisfactoria para la*

protección del derecho», el cual, a mi juicio, reduce el alcance de estos procesos y resulta, por ello, incompatible con el artículo 200º de la Constitución. Por esta, razón, considero que sería perfectamente válido que, en aplicación del artículo 138º de la misma ley fundamental, los jueces inaplicaran el mencionado numeral 2 del Artículo 5º del CPCO y tramitaran la acción de garantía aun cuando pudiera existir una vía paralela igualmente satisfactoria.

Sin embargo, esta cuestión, ha sido resuelta, no de modo correcto, por el propio Tribunal Constitucional que no ha cuestionado la constitucionalidad de aquel precepto del CPCO y, por el contrario, ha entendido -acríticamente- modificada su propia competencia por éste, expresando, además, que *«sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.»*²⁷

En tal sentido, puede considerarse, que de acuerdo al criterio jurisprudencial establecido por el TC después del inicio de la vigencia del CPCO, la impugnación del despido por la vía del proceso de amparo es procedente siempre que se acredite la vulneración de un derecho fundamental como motivo o efecto del despido, incluyendo aquellos derechos para cuya protección existe una vía ordinaria idónea en el proceso laboral, como sería el caso de aquellos comprendidos en el ámbito del despido nulo, esto es, la libertad sindical, la no discriminación y la tutela judicial efectiva, ya que el TC ha afirmado expresamente la procedencia del amparo constitucional, también en estos supuestos. 

25 Esta doctrina, antes de la reforma constitucional de 1994, estaba consolidada y apoyada en el artículo 2º de la Ley 16.986, que establecía que no era admisible la acción de amparo cuando: «a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate».

26 «Para la tutela de los derechos constitucionales fundamentales no hay nada más idóneo, en principio, que el amparo. Expresado con otro giro, el punto de partida que se da por recibido es el de que existiría una regla que concibe a la figura del amparo como vía excepcional. Ello no es así según hemos procurado demostrar a lo largo de esta obra. No puede negarse que el campo de acción dentro del cual funciona esta tutela expedita y urgente está limitado y, para su admisión, se requiere la concurrencia de los presupuestos que lo habilitan (...). Más de aquí no se sigue que constituya un trámite, procedimiento, vía, pretensión o medio de tutela urgente que «ocurre rara vez o se aparta de lo ordinario» - como se desprende de la voz excepcional con que se lo califica-, ni que sea una curiosa, rara o extraordinaria técnica instrumental. En lo suyo es lo normal, a lo que faculta y estimula a usar la propia Constitución Nacional» (MORELLO, Augusto M, y VALLEFIN, Carlos A, «El Amparo. Régimen Procesal, 5ta edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p.p. 383-384.) Vid, en el mismo sentido, SALGADO, Alí Joaquín y VERDAGUER, Alejandro César, op.cit, p.p.133-137.

27 STC del 28.11.2005, (Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, Huaura, César Antonio Baylón Flores). Respecto a la carga que se atribuye al agraviado, Salgado y Verdaguer señalan que; «Es un contrasentido que a un sujeto que recurre a la justicia pidiendo la protección de un derecho constitucional se le exija que de una clase de derecho procesal sobre la insuficiencia de las demás vías jurisdiccionales, cuando la tutela específica para esa situación está en el amparo y no en las vías ordinarias.» Op.cit., p.135.