

El derecho al trabajo y el despido arbitrario

A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional

Carlos Blancas Bustamante

Abogado. Profesor Principal de Derecho Constitucional y Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 11 de julio de 2002 (Expediente No. 1124-2001-AA/TC), en el proceso de amparo entablado por el Sindicato Unitario y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra esta empresa a raíz del despido arbitrario de más de 500 trabajadores, ha tenido un indudable impacto en la opinión pública y en nuestro ordenamiento jurídico, al considerar inconstitucional el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL)⁽¹⁾, que faculta al empleador a despedir sin expresión de causa.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional se basa en la interpretación del “derecho al trabajo”, enunciado en el artículo 22 de la Constitución, estableciendo que su contenido esencial comprende no sólo la obligación del Estado de facilitar a los peruanos en edad de trabajar un puesto de trabajo, mediante apropiadas y oportunas políticas económicas y sociales, por lo que ha sido tradicional considerarlo como un derecho o norma “programática”, sino, igualmente, el derecho del trabajador a conservar su puesto de trabajo, salvo que medie una causa o motivo objetivo que justifique su separación.

En la medida que esta última acepción del “derecho al trabajo” se vincula a la de “estabilidad en el empleo”, en cuanto ésta proscribiera el despido *ad nutum* o incausado, se ha generado una intensa polémica acerca del contenido de aquel derecho y, por consiguiente,

de la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, llegando a sostener que esta ha restablecido la estabilidad laboral absoluta.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar dicha sentencia a la luz de la significación que la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas atribuyen actualmente al “derecho al trabajo”, dejando así, de lado, otras consideraciones presentes en la sentencia, como las relativas a la protección de la libertad sindical.

1 El derecho al trabajo en el panorama histórico y constitucional.

En el proceso de formación y reconocimiento de los derechos de la persona, el “derecho al trabajo” no aparece mencionado en las primeras declaraciones o catálogos de derechos. En particular, debemos señalar que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa⁽²⁾, no contiene ninguna referencia específica al trabajo ni, por cierto, a un “derecho al trabajo”.

Suele considerarse el año 1848, con ocasión de la revolución de febrero de ese año en Francia, la oportunidad histórica en que, por primera vez, se enuncia el “derecho al trabajo”⁽³⁾ como parte de las demandas del movimiento de trabajadores que promovió

(1) Conforme al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR.

(2) Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789 y sancionada por el Rey el 5 de octubre del mismo año.

(3) Sin embargo, algunos autores consideran que esta idea ya estuvo presente en la Declaración Constitucional de Derechos del 24 de junio de 1793, aprobada por la Convención Nacional por iniciativa de Maximiliano de Robespierre, en la cual se indicaba que “(l)a sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo o sea asegurándoles los medios de existir a los que no estén en aptitud de trabajar” (DE BUEN LOZANO, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. México: Porrúa, 1981. p. 77).

esas jornadas, que condujeron a la instauración de la Segunda República⁽⁴⁾.

Es perfectamente conocido el hecho de que el Gobierno Provisional francés surgido de la revolución de febrero de 1848, mediante una proclama del 25 de febrero, reconoció el “derecho al trabajo” y se comprometió “a dar trabajo a todos los obreros”, para lo cual creo, por iniciativa de Louis Blanc, los Talleres Nacionales, en los que el Estado empleó a los franceses desprovistos de un puesto de trabajo⁽⁵⁾.

No obstante, ya antes de estos episodios de la historia de Francia, la idea de un “derecho al trabajo” había sido formulada por la corriente de los llamados “socialistas utópicos” o, más exactamente, premarxistas, en particular por Charles Fourier, considerado el “padre” del derecho al trabajo, quien sostuvo que el “derecho al trabajo” es el primero y fundamental de los derechos humanos⁽⁶⁾. A su vez, para el discípulo de Fourier, Víctor Considérant “el contenido del derecho al trabajo vendría dado por la garantía de un mínimo existencial, al menos en la misma medida en que este era garantizado al hombre salvaje por sus derechos a la caza, a la pesca, al pastoreo y a la recolección”⁽⁷⁾.

A pesar de la significación que tuvo en la revolución de 1848 la demanda del “derecho al trabajo”, al elaborarse la Constitución francesa de ese mismo año, éste no fue consagrado como un derecho fundamental. El artículo 8 de este texto se limitó a establecer el deber de la República de “asegurar con asistencia fraternal la existencia de los ciudadanos necesitados, bien procurándoles trabajo en la medida de sus medios, bien prestando ayuda, cuando carezcan de familia, a los que no son capaces de trabajar”⁽⁸⁾.

Habrán de transcurrir más de setenta años hasta que el “derecho al trabajo” aparezca por primera vez formulado en el marco de un texto constitucional. El mérito corresponde a la Constitución de Alemania de 1919, más conocida como la Constitución de Weimar, cuyo artículo 163 señala en el segundo párrafo: “(a) todo alemán se ofrece la posibilidad de ganar su sustento mediante el trabajo. En caso en que una ocupación conveniente no pueda serle procurada se le aseguran los medios de existencia necesarios”⁽⁹⁾.

A pesar de la enorme influencia que, sobre todo en el campo de los derechos sociales y económicos, ejerció la Constitución de Weimar, no será sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando esta Constitución ya no regía, que algunas importantes constituciones de Europa Occidental incluyeron en sus catálogos de derechos el “derecho al trabajo”. La primera en hacerlo fue la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946 cuyo preámbulo, que conjuntamente con la Declaración de Derechos de 1789 viene a configurar el catálogo de derechos fundamentales, establece que “(c)ualquier persona tiene el deber de trabajar y el derecho de tener un empleo”. Poco después, la Constitución de Italia, del 31 de enero de 1947, dispuso, en su artículo 4, que “(l)a República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho”.

Ya en época posterior, otras constituciones europeas como las de Grecia (artículo 22 inciso 1), Luxemburgo (artículo 11 inciso 4), Portugal (artículo 59) y España (artículo 35 inciso 1) reconocen explícitamente el “derecho al trabajo”. Las nuevas democracias surgidas en Europa del Este, después de la caída del muro de Berlín y el derrumbe del régimen comunista también se inscriben en esta tendencia como es el caso de la Constitución de la Federación Rusa (artículo 37 inciso 3) y la de Rumania (artículo 38).

En el ámbito latinoamericano, son 14 las Constituciones que consagran el derecho de toda persona al trabajo. Estas son: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela⁽¹⁰⁾.

2 El derecho al trabajo en el panorama internacional.

El proceso de constitucionalización del derecho del trabajo, es acompañado por un coetáneo proceso de internacionalización, en la medida que los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo acogen en sus textos.

En primer término, debemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París,

(4) Ibid.; p. 30.

(5) CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral*. Tomo I. Volumen I. Buenos Aires: Heliasta. pp. 340-341.

(6) SASTRE IBARRECHE, Rafael. Op. cit.: p. 29.

(7) Ibid.

(8) Fórmula ésta semejante a la aprobada por la Convención Nacional en 1793.

(9) MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Las nuevas Constituciones del mundo*. Segunda edición. Madrid: España, 1931. p. 89.

(10) CARRILLO CALLE, Martín. *Los derechos laborales en la Constituciones Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado*. En: AA.VV. *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, 1993. pp. 63-82.

1948), cuyo artículo 23 inciso 1 proclama que “(t)oda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Tras esta declaración, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), reconoce igualmente el “derecho a trabajar” en su artículo 6 inciso 1.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), señala en su artículo XIV que “(t)oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”. Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador formula, en los artículos 6 y 7, una amplia referencia sobre el “derecho al trabajo”, sobre la cual volveremos más adelante.

También en el ámbito continental europeo, la Carta Social Europea (18 de octubre de 1961) contiene varias menciones al “derecho al trabajo, en la Parte I, 1 y en la Parte II, 1 señalando entre otras expresiones, que los Estados se comprometen “(a) proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (Parte II, 1 y 2).

3 El derecho al trabajo en el constitucionalismo peruano.

Aun cuando se ha considerado que en el Perú la Constitución de 1920 inició tímidamente la constitucionalización del derecho del trabajo⁽¹¹⁾ al incluir en su texto normas relativas al trabajo, la recepción constitucional del “derecho al trabajo” se produce tardíamente, pues recién tiene lugar en la Constitución de 1979. Esta consolida de manera muy amplia y clara la constitucionalización del derecho del trabajo, pero además relieves de manera muy especial el “derecho al trabajo”.

Este aparece enunciado como tal en dos partes de la carta: en el preámbulo, que proclama “(q)ue el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional”, y en el artículo 42 que establece que “(e)l Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social”. También en el Título III, relativo al

Régimen Económico, se señala que éste “se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana”, aunque, en este caso, el concepto de trabajo a que se apela es más amplio, en nuestra opinión, que el “derecho al trabajo”.

La actual Constitución, ha preservado, en términos generales, la fórmula de su antecesora, al consignar en el artículo 22: “(e)l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

4 Derecho al trabajo y libertad de trabajo.

Antes de profundizar en el contenido del derecho al trabajo, resulta indispensable diferenciar este derecho de la “libertad de trabajo”, con la que a menudo, en nuestro medio, se le confunde.

La libertad de trabajo, a diferencia del “derecho al trabajo” que es un derecho social, forma parte del catálogo tradicional de derechos, también denominados clásicos o de “primera generación”. Su contenido está referido a la libre elección del trabajo y de la actividad profesional y económica y se contrapone al trabajo forzoso y a cualquier sistema que pretenda condicionar el ejercicio de una actividad a la pertenencia a un gremio o corporación. El reconocimiento de la libertad de trabajo fue uno de los instrumentos ideológicos y jurídicos que posibilitaron el desarrollo del capitalismo, al constituirse en factor decisivo para la eliminación del régimen corporativo medieval, que frenaba la expansión de las fuerzas productivas emergentes en la segunda mitad del siglo XVIII. Con razón se sostiene, por ello, que “(l)a libertad de trabajo como premisa y el contrato como instrumento para la canalización de la utilización masiva del trabajo asalariado, conforman las bases jurídicas del primer capitalismo”⁽¹²⁾.

Hitos iniciales en la proclamación de la libertad de trabajo fueron el Edicto de Turgot de 1776 y la Ley Le Chapelier de 1791. El primero, dictado por el Ministro de Luis XVI, Anne Robert Jacques Turgot, tuvo por finalidad abolir el régimen corporativo medieval, conforme al cual para ejercer cualquier oficio, arte, profesión o actividad toda persona debía pertenecer al gremio o corporación respectiva y someterse a sus regulaciones. Es ilustrativo, al respecto, el artículo

(11) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo*. En: *Derecho. Revista del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*. No. 36. Lima, 1982. p. 10.

(12) SASTRE IBARRECHE, Rafael. Op. cit.: p. 25.

primero del Edicto que define la libertad de trabajar como “libertad para ejercer en nuestro reino la especie de comercio y profesión de artes y oficios que les plazca y hasta ejercer varias (...)”⁽¹³⁾.

Posteriormente, ya triunfante la Revolución Francesa, la Asamblea Nacional, ante el temor del resurgimiento de las corporaciones, aprobó, a iniciativa del diputado Yves Le Chapelier, el 14 de junio de 1791, una ley prohibiendo todo tipo de corporaciones así como la reunión de ciudadanos del mismo estado social o profesional, los obreros y compañeros de un arte cualquiera, así como la reglamentación de sus intereses comunes. Esta ley, como es conocido, sirvió a lo largo del siglo XIX (fue derogada en 1884) para impedir la organización de los sindicatos, llegando a considerarse como delito participar en ellos y declararse en huelga.

En las constituciones liberales del siglo XIX y luego en las del siglo XX, la libertad de trabajo aparece explícitamente reconocida, llegando a tener en la libertad de empresa, una de sus manifestaciones más importantes. En nuestros textos constitucionales, la libertad de trabajo tiene asiento a partir de la Constitución de 1826, cuyo artículo 148 prescribió que “(n)ingún género de trabajo, industria o comercio puede ser prohibido, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad y a la salubridad de los peruanos”. En sentido más positivo, la Constitución de 1828 estableció en el artículo 166: “(e)s libre todo género de trabajo, industria o comercio; a no ser que se oponga a las costumbres públicas o a la seguridad o a la salubridad de los ciudadanos”. *Mutatis mutandi*, fórmulas semejantes se han sucedido en nuestras constituciones, hasta la de 1979, que en una fórmula más rotunda expresó el derecho de toda persona “(a) elegir y ejercer libremente su trabajo con sujeción a la ley” (artículo 2 inciso 13) y señaló que “(a) nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución” (artículo 42). Esta fórmula, ha sido conservada, casi exactamente, en la vigente Constitución (artículo 2, inciso 15 y artículo 23).

En cuanto al contenido específico de la libertad de trabajo, que nos permite diferenciarla del “derecho al trabajo”, Neves Mujica ha precisado que, respecto de la relación laboral, esta opera en dos momentos: en la fase inicial y en la fase final. En la primera, en cuanto el trabajador ejerce su libertad para decidir si trabaja o no lo hace, en qué actividad ha de trabajar, si lo hace

por cuenta propia o ajena y, en este último caso, al servicio de quien lo hace. Asimismo, en la fase final, la libertad de trabajo le confiere el derecho a dejar el trabajo por su sola voluntad⁽¹⁴⁾.

Como lo afirma el mismo Neves “(...) la libertad de trabajo protege la voluntad del trabajador de entrar y permanecer, pero no actúa si lo sacan al trabajador. Puede impedir que se fuerce al trabajador a ingresar o que se le prohíba salir, más no el despido”⁽¹⁵⁾.

En suma, en el momento constitutivo de la relación laboral, el principio de libertad de trabajo se traduce en una libertad de elección del trabajador y se opone a cualquier forma de trabajo forzoso o impuesto, salvo las excepciones constituidas por el servicio militar obligatorio, el trabajo penitenciario y las obligaciones cívicas, que según diversos instrumentos internacionales no lesionan la libertad de trabajo.

En el momento final de la relación laboral, la libertad de trabajo se contrapone a cualquier decisión de una autoridad o empleador que pretendiera obligar al trabajador a permanecer laborando contra su voluntad, salvo los casos en que la ley exige un prudencial plazo de preaviso antes de que el trabajador materialice su retiro.

En ninguna de dichas fases, la libertad de trabajo comprende, por tanto, la protección a la expectativa de tener un puesto de trabajo o a la de permanecer en éste, respectivamente, aspectos que, como veremos, integran, en cambio, el contenido esencial del “derecho al trabajo”.

5 Contenido esencial del derecho al trabajo.

5.1 Concepto del “contenido esencial”.

Para establecer el significado exacto de cualquier derecho fundamental, enunciado en la Constitución, resulta indispensable determinar su “contenido esencial”. La referencia a este contenido, aparece, por vez primera en el artículo 19 inciso 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que señala: “(e)n ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”, y es reproducida en el artículo 53 inciso I de la Constitución española al exigir que toda regulación legal de los derechos y libertades fundamentales respete, en todo caso, su “contenido esencial”.

En el contexto de ambas constituciones, se trata de una salvaguarda de los derechos fundamentales ante

(13) Ver: CABANELLAS, Guillermo. Op. cit.: p. 191.

(14) NEVES MUJICA, Javier. *Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo*. En: *Asesoría Laboral*. No. 137. Mayo, 2002. p. 10.

(15) *Ibid.*

la eventual actividad reguladora del legislador ordinario, que podría traducirse, de no respetarse, esta exigencia en normas que supongan la restricción o desnaturalización de aquéllos⁽¹⁶⁾. Desde luego, no sólo la actividad del legislador resulta limitada, sino, igualmente la del juez y la administración así como, en general, la de cualquier aplicador del Derecho.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por “contenido esencial” de un derecho fundamental? Una respuesta sólida y coherente a esta interrogante ha sido formulada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/1981, en la que distingue dos acepciones distintas: la primera, equivale a la naturaleza jurídica de cada derecho, es decir, al modo de concebirlo y configurarlo, en razón de lo cual, el “contenido esencial” está constituido por aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible con relación al tipo abstracto del derecho, sin lo cual este resultaría desnaturalizado. En otras palabras, debe existir perfecta coherencia entre el concepto abstracto del derecho, preexistente al momento legislativo, y su regulación concreta⁽¹⁷⁾.

La segunda acepción, explica Fernández Segado, “corresponde a los ‘intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho’. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”⁽¹⁸⁾.

Teniendo en cuenta este concepto, podemos ahora abordar la cuestión relativa al contenido esencial del derecho al trabajo.

5.2 El derecho al trabajo como norma programática.

La primera, y tradicional, acepción del “derecho al trabajo” lo vincula a la satisfacción de la necesidad de trabajar que tiene toda persona. Como ya vimos, esta acepción tiene un fundamento claro en la realidad histórica, pues en la Francia revolucionaria de 1848 este

derecho fue enarbolado por las masas desocupadas y reconocido por el Gobierno Provisional que lo asumió como una obligación propia, plasmada en ese momento en la creación de los Talleres Nacionales.

Durante el siglo XIX y gran parte del XX esta noción siguió predominando, lo que llevó a catalogar este derecho social como uno de carácter programático o de eficacia mediata o diferida. A diferencia de los clásicos derechos civiles y políticos, concebidos como libertades exigibles y protegibles ante al Estado, los derechos sociales suelen ser concebidos como “derechos-prestación” para cuya efectividad se requiere la actuación positiva del Estado⁽¹⁹⁾. Los denominados derechos o normas programáticas se caracterizan porque no “regulan desde el principio e inmediatamente las relaciones y situaciones a que se refieren, sino que ordenan comportamientos públicos destinados a su vez a incidir sobre tales materias; establecen lo que los gobernantes deberán o podrán hacer (y viceversa lo que no podrán hacer) respecto a determinados objetos”⁽²⁰⁾.

Desde esta perspectiva, el derecho al trabajo antes que un derecho subjetivo exigible por cada ciudadano, vendría a configurar una obligación social del Estado respecto de aquel sector de personas carentes, y necesitadas, de un puesto de trabajo, la misma que se realizaría mediante políticas, acciones y normas susceptibles de generar esos puestos de trabajo. A esta acepción se refiere Montoya Melgar cuando señala que “(l)a proclamación constitucional del derecho al trabajo no va en rigor más allá de mostrar la intención del constituyente de que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para ir haciendo posible el ejercicio efectivo de tal derecho. Por eso no surgen de la solemne declaración ni derechos subjetivos estrictos de los ciudadanos ni deberes estrictos del Estado en orden a la facilitación de puestos de trabajo, cosa especialmente clara en un sistema económico-social en el que el Estado no asume la función de director y planificador exclusivo”⁽²¹⁾.

Si bien el derecho al trabajo, en el momento inicial de la relación de trabajo, no juega un papel específico, en cuanto no puede fundamentar el derecho particular

(16) “La garantía del ‘contenido esencial’ del derecho supone, pues, la existencia de una barrera insalvable por el propio legislador, que protege un núcleo inmediatamente constitucional y, por lo mismo, irreductible del derecho, que en modo alguno puede ser limitado” (FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *Lo dogmático de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, p. 113.)

(17) *Ibid.*: p. 112.

(18) *Ibid.*: p. 113.

(19) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales*. En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, 1993, pp. 31-34.

(20) CRISAFULLI, citado por: LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*, Volumen II. Madrid: Tecnos, 1986, p. 547.

(21) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La protección constitucional de los derechos laborales*. En: AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 287.

(...) en modo alguno, esta libertad de opción concedida por el constituyente al legislador respecto al régimen de estabilidad laboral, conlleva la posibilidad de eliminar la estabilidad misma mediante la supresión de la exigencia de una causa justa para la validez del despido

de una persona a un puesto de trabajo, podría excepcionalmente ser invocado para exigir el acceso a una ocupación específica “cuando un trabajador postula en un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal hipótesis, tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria”⁽²²⁾.

5.3 El derecho del trabajo y la conservación del empleo.

La acepción tradicional del “derecho al trabajo”, como un mero derecho programático, de preceptividad aplazada, que es la perspectiva desde la cual algunos sectores han criticado la sentencia del Tribunal Constitucional, afirmando que ésta se ha excedido en su interpretación, ha sido, sin embargo, superada hace tiempo en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina de otros Estados.

El hito inicial de este proceso se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano, del 9 de junio de 1965, que estableció que el artículo 2118 del Código Civil, que permitía el despido *ad nutum*, con la simple exigencia formal de un preaviso, debía interpretarse conforme a los principios de la Constitución, especialmente los artículos 4 (derecho al trabajo) y 41 (libertad económica) de ésta, en el sentido de la conservación del puesto de trabajo⁽²³⁾. La trascendente decisión del Tribunal italiano, produjo casi

de inmediato un cambio en la legislación laboral al aprobarse el 15 de julio de 1966 la Ley No. 604 que introdujo el “justificado motivo” de despido, suprimiendo así el despido *ad nutum*. Continuando este proceso, en 1970, se dictó el Estatuto del Trabajador, Ley No. 300, que estableció la estabilidad real en el empleo al prever en su artículo 18 la readmisión del trabajador despedido sin justa causa.

La doctrina española se decantó a favor de este criterio a la hora de realizar la interpretación del artículo 35 inciso 1 de la Constitución de 1978, que establece: “(t)odos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo (...)”. Analizando esta norma y su relación con la libertad de empresa, Martín Valverde sostiene que “(...) las limitaciones más clásicas de la autonomía empresarial como consecuencia del reconocimiento del derecho al trabajo son las que se refieren a la exigencia de una causa grave para la justificación de los despidos individuales”⁽²⁴⁾. En la misma dirección, Montoya Melgar reconoce la existencia de una segunda acepción del derecho al trabajo que conceptúa a éste como una “libertad actual e inmediata en el trabajo” frente a quienes pretendan vulnerarla. Concluyendo su razonamiento, afirma este autor, que uno de los efectos de esta acepción más restringida del derecho al trabajo consiste en que “el despido injustificado encontraría un importante freno en el derecho al trabajo, cuya recta interpretación seguramente debiera jugar a favor de la readmisión forzosa del despedido sin causa”⁽²⁵⁾.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español recoge, finalmente, esta doctrina en la sentencia 22/1981, del 2 de julio de ese año. En esa sentencia el Tribunal Constitucional precisa que “(...) el derecho al trabajo no queda limitado a la libertad de trabajar, sino que implica algo más: conlleva el derecho a un puesto de trabajo y, en este sentido, adoptaría una doble faceta. Por un lado -faceta individual concretada en el artículo 35 inciso 1 de la Constitución Española-, implicaría el derecho de todas las personas que acrediten la capacidad exigida para ello a un determinado puesto de trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido sin la concurrencia de causa justa. Por

(22) NEVES MUJICA, Javier. Op. cit.; p. 11.

(23) PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 178. También: SAGARDOY, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980. p. 86. Téngase presente que el artículo 41 de la Constitución italiana señala que: “(l)a iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse contrariamente a la utilidad social o de manera que atente a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humanas”.

(24) MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Pleno empleo, Derecho al Trabajo, Deber de Trabajar*. En: AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980. p. 202.

(25) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Op. cit.; pp. 287-288.

otro -faceta colectiva que emana del artículo 40 inciso 1-, supondría un mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen una política de pleno empleo⁽²⁶⁾.

Más adelante, en una importante sentencia del 27 de enero de 1994, el Tribunal Constitucional español señaló que: “(...) la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva”.

La doctrina española señala, por ello, que en su vertiente individual el derecho al trabajo se concreta “en el derecho a un puesto de trabajo, lo cual significa el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, esto es, la prohibición de discriminaciones en el empleo, y el derecho a la estabilidad en el mismo, que se traduce en la necesaria concurrencia de justa causa para efectuar el despido⁽²⁷⁾”.

En suma, en su aspecto individual, el derecho al trabajo supone la vigencia del principio de causalidad como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento jurídico el despido *ad nutum* o incausado, entendiendo por tal aquél en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral. En este sentido, “(l)a supresión de la facultad del empleador de despedir libremente posee así, se ha dicho, no sólo un valor sistemático o de principio, sino que refleja también, de modo emblemático, una concreta opción política de garantía, tanto del derecho a la ocupación, en su contenido económico y profesional, como de la dignidad social⁽²⁸⁾”.

Por su parte, en la doctrina latinoamericana, De Buen afirma el sentido amplio de este derecho: “(e)l derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestarse. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo. En segundo lugar, del derecho a conservar un empleo⁽²⁹⁾”. Respecto a esta última manifestación señala que “(s)e traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo⁽³⁰⁾”.

5.4 El contenido esencial del artículo 22 de la Constitución peruana.

El derecho al trabajo se encuentra reconocido en el artículo 22 de la Constitución en los siguientes términos: “(e)l trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Sin embargo, ésta no es la única norma del ordenamiento que reconoce el derecho al trabajo, pues éste está además consagrado por el artículo 6 inciso 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”, que señala. “(t)oda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada⁽³¹⁾”.

Por consiguiente, en razón a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución conforme a la cual “(l)as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, la interpretación del artículo 22 constitucional debe realizarse integrando a su contenido esencial las disposiciones pertinentes del Protocolo de San Salvador.

Este instrumento, tras enunciar en su artículo 6 el contenido esencial del “derecho al trabajo”, desarrolla *in extenso* todos sus alcances en el artículo 7 que dice:

“Los Estados Partes en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, de manera particular:

(...)

d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el

(26) SASTRE IBARRECHE. Rafael. Op. cit.; pp. 131-132.

(27) Ibid.; pp. 133-134.

(28) GHERA E. *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*. p. 464 (citado por: SASTRE IBARRECHE, Rafael. Op. cit.; p. 243)

(29) DE BUEN LOZANO. Néstor. Op. cit.; p. 80.

(30) Ibid.

(31) El Protocolo de San Salvador ha sido ratificado por el Perú, tras haber sido aprobado por la Resolución Legislativa No. 26448 promulgada el 28 de abril de 1995 y publicada el 7 de mayo del mismo año.

trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

De este modo en el pensamiento del protocolo, “derecho al trabajo” y “estabilidad en el empleo” son conceptos implicantes, siendo el segundo una de las manifestaciones concretas del primero.

Específicamente, la “estabilidad en el empleo” a que se refiere el Protocolo se traduce en la exigencia de una causa de “justa separación” para la validez del despido, de lo que se deduce, sin mayor dificultad, que este instrumento descarta el despido sin causa, o *ad nutum*, por ser contrario al derecho al trabajo.

Al haber sido ratificado por el Estado peruano y en aplicación de la regla de interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos sobre derechos humanos, el derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22 de la Ley Fundamental, debe ser interpretado en su sentido amplio o integral, en virtud del cual a su significación clásica o tradicional referida al derecho a acceder a un puesto de trabajo, se agrega, su significación como derecho subjetivo a conservar el empleo salvo que exista una causa de justa separación.

En tal virtud, el derecho peruano, por la vía del Protocolo de San Salvador, incorpora el concepto de “estabilidad en el empleo”, entendido, a su vez, como la exigencia de una causa justa para la validez del despido, o “principio de causalidad” del despido.

5.5 El derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario.

La interpretación del artículo 22 de la Constitución, relativo al derecho al trabajo, proyecta necesariamente sus efectos sobre la interpretación del artículo 27, según el cual “(l) a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Sin duda alguna, este precepto se encuentra emparentado con el “derecho al trabajo” consagrado por el artículo 22 y, en cierta forma, se puede considerar derivado o tributario del mismo, en cuanto aquél, conforme se ha explicado, comprende el derecho a la conservación del puesto de trabajo, salvo que exista causa justa. En este sentido, el artículo 27 vendría a desarrollar o explicitar este aspecto del “derecho al trabajo” al proscribir el despido “arbitrario”, esto es aquél carente o desprovisto de causa justa.

Para la interpretación de esta norma, resulta igualmente necesario, como en el caso del artículo 22,

recurrir al Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 7 literal d, guarda directa conexión con el artículo 27 constitucional, por referirse ambos al despido.

Como ya tuvimos ocasión de analizar, el referido tratado consagra el derecho a la “estabilidad en el empleo”, entendiendo por ésta la exigencia de una causa de justa separación como requisito para la validez del despido. En tal sentido, la “protección contra el despido arbitrario” tendría como contenido primigenio y esencial la vigencia del “principio de causalidad” o, dicho en otros términos, la proscripción del despido incausado.

De la interpretación del artículo 27 constitucional, efectuada conforme a las normas del Protocolo de San Salvador (artículos 6 y 7), fluye nítidamente que este precepto consagra la “estabilidad en el empleo” en cuanto esta institución supone la exigencia de “causa justa” como elemento legitimador del despido y, en consecuencia, excluye la posibilidad de que éste pueda efectuarse válidamente sobre la base del mero arbitrio del empleador. De este modo, la “estabilidad laboral” se contrapone al “despido *ad nutum*”, que reconoce en la sola voluntad -incluso incausada- del empleador el factor legitimante del despido.

En otra oportunidad, al realizar el estudio del contenido esencial del artículo 27 hemos señalado que “(...) al ordenar al legislador que brinde al trabajador adecuada protección ‘contra el despido arbitrario’, el constituyente exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido, razón por la cual la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido *ad nutum*, pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida reparadora del despido arbitrario”⁽³²⁾.

También hemos sostenido que la interpretación del artículo 27 no puede realizarse en forma separada y aislada del artículo 22, relativo al derecho al trabajo, en la medida que ambos preceptos se refieren a la misma materia, por lo que “el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica de ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues esta circunstancia permite calificar el acto extintivo del empleador como contrario al ‘derecho al trabajo’ y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica”⁽³³⁾.

(32) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: ARA, 2002, pp. 117-118.

(33) *Ibid.*: p. 119.

Finalmente, realizada la interpretación del artículo 27 conforme al Protocolo de San Salvador, consideramos que siguiendo dichos lineamientos “(...) se puede afirmar que la interdicción del despido ‘arbitrario’ contenida en el precepto constitucional, supone la exigencia de causa justa para el despido, o en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia”⁽³⁴⁾.

Ciertamente, como lo reconoce la doctrina, las normas constitucionales, en particular el artículo 27, no consagran un régimen específico de estabilidad laboral -absoluta o relativa- dejando a criterio del legislador esta opción, centrada -como se sabe- en definir la medida reparadora -reposición o indemnización- aplicable frente a un despido injustificado, entendiendo por tal aquel basado en una causa justa que el empleador no puede probar en juicio. Pero, en modo alguno, esta libertad de opción concedida por el constituyente al legislador respecto al régimen de estabilidad laboral, conlleva la posibilidad de eliminar la estabilidad misma mediante la supresión de la exigencia de una causa justa para la validez del despido.

6 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

6.1 Los antecedentes jurisprudenciales de la sentencia del 11 de julio de 2002.

La sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de julio de 2002 sobre el despido de los trabajadores de Telefónica del Perú, que tanto revuelo ha originado, no es sin embargo la primera en que se declara fundada una acción de amparo interpuesta contra un despido y se ordena la reposición de los demandantes, basándose en la violación del derecho al trabajo.

Así por ejemplo, la sentencia del 2 de octubre de 1995 (Expediente No. 2004-94-Lambayeque) que declara fundado el amparo y ordena reponer a un trabajador separado de la Cooperativa Agraria Pucalá, invoca como fundamento el artículo 22, conjuntamente con el 23, 26 y 27 de la Constitución, sin explicitar la relación de cada uno con el caso ni el contenido de cada cual. En sentido similar se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de junio de 1997

(expediente No. 111-96-AA/TC) al disponer la reposición del accionante a su puesto de trabajo, por considerar no probada la causa de despido invocada. Esta sentencia se basa exclusivamente en el artículo 22, señalando que “el derecho de trabajo está amparado por la Constitución, en el artículo 22, y como tal, debe ser protegido de toda forma de abuso que pretende trasgredirlo”. La conexión entre derecho al trabajo y estabilidad es evidente, aun cuando no se explicita el contenido de aquél.

En otras ocasiones, la reposición del trabajador dispuesta en un proceso de amparo se ha basado en la violación de los derechos al debido proceso y a la defensa, sin invocar el derecho al trabajo, como en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de diciembre de 1997 (expediente No. 976-96-AA/TC) y la sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de septiembre de 1999 (expediente No. 019-98-AA/TC).

Sin embargo, hay otras sentencias en que la invocación del derecho al trabajo se relaciona con la violación concurrente de otros derechos constitucionales, como es el caso en que el Tribunal Constitucional considera, vulnerado concurrentemente el derecho al trabajo como consecuencia de la lesión al derecho constitucional a la presunción de inocencia⁽³⁵⁾.

Sin embargo, el antecedente más relevante y directamente relacionado a la sentencia materia de análisis, son un grupo de sentencias del Tribunal Constitucional referidas al despido de numerosos trabajadores de la empresa Telefónica del Perú, cuyas acciones de amparo fueron declaradas fundadas y se ordenó su reposición. Tal es el caso de las sentencias de 21 de enero de 1999 (expediente No. 1112-98-AA/TC, Lima), de 4 de noviembre de 1999 (expediente No. 712-AA/TC y expediente No. 555-99-AA/TC) y 12 de diciembre de 1999 (expediente No. 469-99-AA/TC-Ica),

En la primera de estas sentencias, recaída en el amparo seguido por varios trabajadores encabezados por el señor César Antonio Cossío, y que sirve de molde para la fundamentación de las otras, se invoca explícitamente el derecho al trabajo como fundamento, pero se considera que éste deviene vulnerado como consecuencia de la lesión a otros derechos constitucionales, en especial el derecho a la defensa y al debido proceso. Así, tras relacionar detalladamente las diversas violaciones al derecho de defensa y al

(34) Ibid.: p. 120.

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de septiembre de 1999 (expediente No. 673-99-AA/TC): “(...) si la causa que dio origen al cese de la relación laboral del reclamante fueron hechos que no tenían contenido doloso, debe restablecerse los hechos al estado anterior de la afectación, porque se infringió el respeto al principio constitucional de presunción de inocencia y, en forma conexas, se afectó el derecho al trabajo (...)”.

principio de tipicidad de la causa justa de despido, la sentencia señala: “la circunstancia de que se haya despedido a todos los demandantes a través de actos lesivos a los derechos constitucionales antes señalados trae consigo la afectación del derecho al trabajo reconocido por el artículo 22 de la Constitución del Estado en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”.

Como puede apreciarse, la importancia de esta sentencia, y las que la siguieron, reside no tanto en que invoca el derecho al trabajo -lo que, como hemos visto, ya había ocurrido en sentencias anteriores- sino que incluye una interpretación de éste, al hacer mención a la “conservación de un puesto de trabajo”, como una de sus implicancias, lo que demuestra que ya en esa fecha, el Tribunal Constitucional venía resolviendo causas sobre la base de una interpretación aún no suficientemente desarrollada del artículo 22 de la Constitución. Interesa destacar que la sentencia considera que todo despido “desprovisto de juridicidad” es violatorio del derecho al trabajo, lo que *contrario sensu*, significa la exigencia de que el despido se ajuste a causas justas señaladas por la ley y a garantías formales, como el derecho a la defensa⁽³⁶⁾.

Sin embargo, ninguno de estos casos estuvo basado en la aplicación del artículo 34 de la LPCL, sino en causas no demostradas, o no tipificadas, así como en la lesión del derecho de defensa, al debido proceso o la presunción de inocencia.

Por el contrario, en relación al despido “arbitrario” previsto en el artículo 34 de la LPCL, algunas sentencias del Tribunal Constitucional convalidaron la validez del referido precepto, como se advierte en las de fecha 28 de septiembre de 1998 (expediente No. 597-96-AA/TC), 10 de agosto de 1999 (expediente No. 441-99-AA/TC, Lima)⁽³⁷⁾ y la de 16 de junio de 2000 (expediente No. 1065-99-AA/TC, Lima). Esta última, de forma explícita, señala que “el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo No. 003-97-TR, dispone que cuando el despido es arbitrario por no haberse

expresado causa o no poderse demostrar éste en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 (...)” (fundamento 3). Por ello, concluye “(q)ue no se ha vulnerado, en consecuencia, ninguno de los derechos constitucionales invocados por el demandante” (fundamento 5).

6.2 La sentencia del 11 de julio del 2002.

Esta sentencia, en relación a los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, presenta, a nuestro juicio, dos aspectos novedosos: (i) haber explicitado la interpretación del artículo 22 de la Constitución; y, (ii) inaplicar el artículo 34 de la LPCL, por considerarlo incompatible con la Constitución.

6.2.1 La interpretación del “derecho al trabajo”.

En relación al primer aspecto, esto es, al contenido esencial del “derecho al trabajo” la sentencia del Tribunal Constitucional expresa:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo (...). 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”.

Así pues, nuestro Tribunal Constitucional, consagra la interpretación amplia del “derecho al trabajo”, en virtud de la cual éste se extiende a la protección del empleo, tolerando la pérdida del mismo únicamente cuando medie una causa justa, legalmente establecida y debidamente comprobada.

De este modo, el “derecho al trabajo”, incluye el denominado “principio de causalidad” cuando opera respecto del momento extintivo de la relación laboral, radicando en la exigencia del respeto a éste y a la eficacia de aquel derecho.

(36) Precisamente, en este caso, el Tribunal Constitucional considera que la antijuridicidad del despido, estuvo basada en la falta de causa al violarse el principio de tipicidad, toda vez que se imputó a los trabajadores una falta grave no prevista por la ley, así como el derecho de defensa. Criterio semejante (vulneración de la tipicidad y el derecho de defensa), se aplica en la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 2000 (Expediente No. 150-2000-AA/TC) referente a trabajadores despedidos por el Banco de la Nación

(37) El fundamento 3 de la sentencia expresa: “(q)ue tal como lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la empresa demandada ha hecho uso de la facultad que le permite concluir el vínculo laboral con el demandante, aceptando como penalidad el pago de la indemnización antes citada, decisión que se encuentra aneclada a la legislación vigente”.



A diferencia de lo que ocurre en la faceta colectiva del derecho al trabajo, que por su carácter programático o de aplicación diferida, no es exigible judicialmente, en su faceta individual, entendido como mecanismo de conservación del empleo, deviene un derecho de aplicación inmediata, judicialmente exigible, cuando es vulnerado por el acto arbitrario del empleador. Al respecto, Neves Mujica señala que “(...) la conservación del empleo que supone el derecho al trabajo goza de preceptividad inmediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podrá ser contrarrestada con una acción de amparo, con las salvedades que ya formulamos antes. Así ocurriría en el caso de un despido arbitrario, aunque no vulnerara otros derechos constitucionales, de la jubilación forzosa, etcétera”³⁸⁾.

6.2.2 La inconstitucionalidad del artículo 34 LPCL.

En relación a la incompatibilidad del artículo 34 LPCL con la Constitución, el Tribunal Constitucional parte del análisis previo del artículo 27 constitucional expresando que “(...) 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. Por este motivo, cuando el artículo

27 de la Constitución establece que la ley otorgará ‘adecuada protección frente al despido arbitrario’, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional”.

La evidente contradicción entre las normas constitucionales relativas al derecho al trabajo (artículo 22) y a la protección contra el despido arbitrario (artículo 27) con el artículo 34 LPCL señalada por la doctrina nacional, es afirmada por el Tribunal Constitucional en términos rotundos:

“Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a) 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 empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional” (fundamento 12).

Este criterio es ratificado en la resolución de fecha 16 de septiembre de 2002, por la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el pedido de aclaración de la sentencia formulada por la demandada. En el numeral 2.4 de esta resolución se expresa:

“(...) el derecho al trabajo se ha visto afectado dado que no puede despedirse a una persona que ya goza de ese derecho sin previa y formal expresión de causa. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido como contrario a la propia Constitución - por tanto, afectada de nulidad plena- la facultad prevista *ab initio* del artículo 34 del Decreto Legislativo No. 728, que habilitaba al empleador a extinguir un contrato de trabajo sin motivar dicha decisión.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha declarado inaplicable por inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34, en la parte anteriormente anotada”.

Más adelante, en el numeral 2.7 la citada resolución manifiesta que:

“La inaplicación del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Legislativo No. 728, en concreto, está referida a la inconstitucional atribución conferida por

(38) NEVES MUJICA, Javier. Op. cit.: p. 12.

el legislador ordinario para practicar despidos individuales sin expresión de causa”.

Creemos que el criterio establecido por la sentencia es conforme a la interpretación de los artículos 22 y 27 de la Constitución, antes expuesta y que el propio Tribunal desarrolla. Es necesario, sin embargo, precisar el alcance de la sentencia, pues se ha llegado a atribuir a esta la virtual restauración de la estabilidad laboral absoluta.

En realidad, el contenido específico de la sentencia consiste en proscribir, por contrario al derecho al trabajo, el despido incausado, es decir aquel que el artículo 34 considera arbitrario por “no haberse expresado causa”. Al respecto, hemos sostenido que la noción de “despido arbitrario”, expresada en dicho artículo, “(...) engloba varias formas distintas, a saber: (i) el despido de hecho, es decir sin expresión de causa y sin comunicación al trabajador (sin procedimiento previo ni carta de despido); (ii) el despido debidamente notificado al trabajador, pero sin expresión de causa (sin procedimiento previo, pero con carta de despido que sólo señala fecha de cese); y, (iii) el despido con procedimiento previo, imputación de causa y carta de despido”⁽³⁹⁾.

A nuestro juicio, las dos primeras clases de despido “arbitrario” son claramente lesivas del principio de causalidad del despido, que constituye el núcleo esencial de la estabilidad en el empleo y del derecho al trabajo. En la medida que ambas modalidades pretenden “legitimarse” en la discrecionalidad del empleador, sin sujetarse a la existencia de causas justificativas, constituyen manifestaciones del despido *ad nutum*, cuya existencia es incompatible con el derecho al trabajo y, como se ha visto, con la protección contra el despido arbitrario.

De allí que la sentencia del Tribunal Constitucional proyecte sus efectos específicamente en relación a estos supuestos, dejando fuera de ellos aquel en que el empleador invoca una causa justa y concede al trabajador el derecho de defensa. En tal caso, la eventual falta de demostración de dicha causa en el proceso judicial entablado por el trabajador, no significa que el juez pueda ordenar la reposición del trabajador en lugar de la indemnización prevista por la ley, pues en modo alguno la sentencia se ha referido a este supuesto. Además, cuando el despido se produce con invocación de causa y respetando el derecho de defensa, su impugnación debe sustanciarse en el procedimiento laboral, en cuyo caso, salvo que se trate de un despido nulo, el juez que declare fundada la demanda sólo puede

disponer el pago de la indemnización por despido. Reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional ha precisado que en tales casos, no procede interponer una acción de amparo, salvo que se alegue y demuestre que el despido ha lesionado derechos fundamentales del trabajador.

Por consiguiente, no puede afirmarse que la sentencia del Tribunal Constitucional ha restablecido la estabilidad laboral, porque de la interpretación de los artículos 22 y 27 de la Constitución no se ha concluido, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional -ni por cierto en la sentencia- que sea inconstitucional la facultad del legislador ordinario de optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la resarcitoria (indemnización) al regular la “adecuada protección contra el despido arbitrario”. Lo que de una manera clara ha sido restablecido por la sentencia es el principio de causalidad del despido, -que es una cuestión previa a la aplicación de una medida reparadora del despido cuya causa no se demuestra-, en virtud del cual aquel que se produzca sin invocación de un motivo previsto por la ley ha de considerarse contrario al derecho al trabajo y, por ello mismo, viciado de inconstitucionalidad.

No obstante, algunas afirmaciones de la resolución aclaratoria han oscurecido el contenido de la sentencia, dificultando que en futuros casos, en los que el artículo 34 sea el vehículo para un despido sin expresión de causa, pueda hacer valer, de manera categórica, el precedente sentado por esta decisión. Contribuye a ello, particularmente, la confusión que parece advertirse con respecto al despido colectivo, pues determinadas frases parecerían dar a entender que la inaplicación del artículo 34 sólo procede en la medida que el empleador se valga de este para efectuar despidos colectivos. En este sentido parecen orientarse afirmaciones como: “Telefónica del Perú S.A.A. ha venido utilizando el artículo 34 del Decreto Legislativo No. 728, que en su conjunto está referido a la extinción individual de los contratos de trabajo para practicar lo que la doctrina califica como “perversamente” ceses colectivos “escalonados” (numeral 2.5, literal a), primer párrafo) y que “el Tribunal ampara la demanda formulada por (...) ya que contra sus afiliados se han practicado ceses masivos de trabajadores utilizando la vía destinada a la extinción individual de contratos de trabajo” (numeral 2.5 literal a), tercer párrafo).

De estas frases, pareciera deducirse que la invalidez del artículo 34 deriva del hecho de haberlo utilizado para efectuar ceses colectivos, por lo que, a

(39) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit.: p. 133.

contrario sensu, no sería inaplicable si se emplea para realizar despidos individuales. Esta interpretación, además de totalmente opuesta a la expresada en la sentencia, lo que implicaría la modificación de ésta, lo que excede por completo el marco de una aclaración de la misma, resultaría totalmente inocua e intrascendente pues cuando se trate de un despido colectivo, que conforme a nuestra legislación es únicamente aquel que comprende a no menos del diez por ciento del personal de la empresa, no es necesario invocar el artículo 34 LPCL, sino alguna de las “causas objetivas” enumeradas en el artículo 46 LPCL. En cambio, siguiendo el razonamiento que se desprende de algunos pasajes de la resolución aclaratoria, si el número de trabajadores es menor al indicado porcentaje, caso en que los despidos son individuales aún cuando tengan carácter plural por comprender a numerosos trabajadores, sería válido aplicar el artículo 34, por no tratarse de un despido colectivo. Como es obvio, este criterio vendría, en el fondo, a convalidar la utilización del artículo 34, haciendo nula la interpretación sentada en la sentencia que únicamente tiene sentido en la medida que se refiera al despido individual realizado al amparo legal de dicho precepto.

Felizmente -para la congruencia y *sindéresis* de tan alto tribunal, a quien compete la interpretación de la Constitución-, líneas más adelante la resolución retoma el camino originalmente trazado por la sentencia del que por momentos pareció alejarse, demostrando lo innecesario, por confusas, de las frases antes glosadas. En efecto, el numeral 2.6, indica que al haberse efectuado los despidos al amparo del artículo 34 sin motivar la causa del despido “este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional por las razones expuestas en los considerandos de su

sentencia y por la presente aclaración (...)”, y en la oración final del numeral 2.6 reitera haber ordenado a la demandada que se abstenga de “continuar efectuando ceses colectivos de trabajadores encubiertos al amparo del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Legislativo No. 728, así como de efectuar ceses individuales sin expresión motivada de causal prevista en los artículos 23, 24 y 25 del referido Decreto Legislativo, los cuales hacen referencia a la causalidad del despido por razones de capacidad o conducta del trabajador”. Asimismo, en el numeral 2.7 antes mencionado, reafirma que la inaplicación del artículo 34 “está referida a la inconstitucional atribución conferida por el legislador ordinario para practicar despidos individuales sin expresión de causa”.

La precisión que la resolución hace a continuación de esta última frase, en el sentido que la sentencia “sólo tiene efectos para las partes vinculadas al expediente No. 1124-2001-AA/TC” es redundante, pues, por su naturaleza, toda sentencia expedida en una acción de amparo sólo tiene valor *inter-partes*, lo que no obsta a que cuando de ella se puedan desprender principios de alcance general constituya jurisprudencia obligatoria (artículo 9, Ley No. 23506) y, asimismo, a que cuando inaplique una norma legal por ser incompatible con una de rango constitucional dicha resolución deba servir como precedente para situaciones análogas (artículo 5, Ley No. 25398), en razón de lo cual si en una causa futura los jueces deciden apartarse del precedente, estarán obligados, necesaria e inexcusablemente, a explicar las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución, bajo responsabilidad (Ley No. 23506, artículo 9 y Ley No. 25398, artículo 8). *AB*