

¿Un Tribunal Constitucional que gobierna?

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*

Resumen

El autor se plantea la cuestión de si el Tribunal Constitucional peruano ha ejercido extralimitadamente su función a la hora de definir el contenido constitucional del derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Argumenta que el constituyente peruano ha encargado al legislador la tarea de concretar la «adecuada protección», y que el legislador al haber decidido que la adecuada protección es solamente la indemnización cuando se trata de trabajadores del régimen privado no incurre en inconstitucionalidad, porque la indemnización es una de las modalidades válidas previstas por la norma internacional vinculante para el Perú. En la medida que el Tribunal Constitucional deja sin efecto esta regla jurídica y la sustituye por otra que dispone que la adecuada protección es la indemnización o la reposición a elección del trabajador, concluye el autor que el Tribunal Constitucional se excede y asume una función gubernativa al imponer la regla jurídica que él estima conveniente entre dos reglas igualmente constitucionales.

Palabras clave: Tribunal Constitucional. Interpretación constitucional. Adecuada protección contra el despido arbitrario. Validez constitucional.

Sumilla

Introducción

1. El artículo 27 de la Constitución
2. El artículo 7d del Protocolo de San Salvador
3. La interpretación del legislador para trabajadores del régimen privado
4. La interpretación del TC para trabajadores del régimen privado
 - 4.1. La interpretación del TC
 - 4.2. Análisis de la interpretación del TC
5. ¿Un despido arbitrario con causa?
6. Para concluir

* Doctor en Derecho por la Universidad de la Coruña (España). Profesor ordinario principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: luis.castillo@udep.pe

Introducción

En los ordenamientos jurídicos en los que existe un Tribunal Constitucional (en adelante TC) suele presentarse fricciones con otros órganos constitucionales. Estas son inevitables y de ellas lo relevante son sus consecuencias inconstitucionales. El TC peruano ha tenido fricciones con varios otros órganos constitucionales desde donde se han generado situaciones de manifiesta inconstitucionalidad¹. En estas páginas se analizará si una de esas situaciones se ha dado en torno al derecho fundamental a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario. Aquí nos preguntaremos por el contenido constitucional del derecho fundamental a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario reconocido expresamente en el artículo 27 de la Constitución; para saber concluir particularmente si la reposición del trabajador forma o no parte del contenido constitucionalmente protegido de ese derecho fundamental cuando se predica de los trabajadores de la actividad privada. Respondiendo estas preguntas podremos a su vez saber si las decisiones del TC en torno a este derecho fundamental y que han significado una fricción con el legislador (ejecutivo), han producido o no una situación de manifiesta inconstitucionalidad. De esta manera se provocará las condiciones para responder a la pregunta anunciada en el título de este artículo.

1. El artículo 27 de la Constitución

En el artículo 22 de la Constitución peruana se ha reconocido el derecho fundamental al trabajo, y su contenido constitucional ha sido desarrollado a lo largo de varios otros preceptos constitucionales. Uno de estos es el artículo 27, en el cual se ha reconocido el derecho de todo trabajador a gozar de una adecuada protección contra el llamado despido arbitrario. Este derecho fundamental (que convierte al derecho fundamental al trabajo en un derecho continente) cuenta con un contenido constitucional, el cual si bien es cierto se ha de definir de la mano de las circunstancias que definen cada caso concreto, no impide que desde un plano general y abstracto puedan ser definidos sus elementos configuradores. Para tal fin, se ha de empezar tomando atención a las distintas disposiciones del texto constitucional relacionadas con el mencionado derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

¹ Una especialmente relevante se dio entre el TC y el Poder Judicial. Así ha quedado evidenciado en el libro colectivo siguiente: García Belaunde, Domingo, *¿Guerra de las cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial* (Lima: Palestra, 2007).

La primera disposición constitucional a la que habrá que atender es la que en términos abiertos define una concreción del bien humano trabajo². Tal disposición es el artículo 27 de la Constitución: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario».

Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma constitucional directamente estatuida³:

N27: Está ordenado a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

2. El artículo 7d del Protocolo de San Salvador

Otra disposición constitucional también relevante para la determinación del contenido constitucional del derecho fundamental a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario es la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución (cfr. Castillo, 2005, pp. 144-149). El papel que esta disposición juega en la determinación del contenido constitucional de todos los derechos fundamentales es decisivo⁴. Con base en esta disposición se concluye una norma constitucional según la cual las disposiciones de la Constitución que reconocen derechos deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones y normas internacionales vinculantes para el Perú. De entre estas, y en relación al derecho al trabajo, destaca el artículo 7d del Protocolo de San Salvador.

Según esta disposición internacional,

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

El contenido normativo del artículo 7d del mencionado Protocolo solo puede ser concluido correctamente si se aprecia por completo el enunciado de la disposición. Con base en esta apreciación completa es posible sostener por lo menos los

² Tengo justificada una diferenciación entre disposiciones y normas iusfundamentales según su grado de indeterminación en «Análisis de las decisiones constituyentes sobre derechos fundamentales», *Revista Sociedad jurídica*, septiembre 2013, pp. 56-63.

³ Aquí se seguirá la diferenciación entre normas constitucionales directamente estatuidas y normas constitucionales adscriptas a las directamente estatuidas (cfr. Alexy, 1993, pp. 63-66).

⁴ En palabras del TC, es de «capital importancia». Cfr. expediente 04587-2004-AA/TC, fundamento 44.

siguientes dos elementos en su contenido normativo. El primero es la obligación del Estado firmante del Protocolo de promover a través de sus legislaciones internas la estabilidad laboral de los trabajadores, y para ello se obliga —entre otras cosas— a establecer las causas con base en las cuales se puede despedir a un trabajador sin que el despido suponga para el empleador ninguna obligación adicional. A su vez, y como segundo elemento, la norma internacional dispone por un lado la obligación del Estado firmante de sancionar un despido llevado a cabo al margen de las causas legalmente previstas para despedir y, dispone también, los posibles contenidos de una tal sanción: la indemnización, la reposición o cualquier otra prestación que pueda ser prevista en la legislación nacional.

Con base en este segundo elemento, puede ser concluido que la norma internacional vinculante para el Perú permite al Estado peruano castigar con invalidez o no al despido ejecutado al margen de las causas previstas en la ley para despedir. Esto significa que al Estado ni le está ordenado ni le está prohibido sancionar con invalidez un despido llevado a cabo sin mencionar causa legal. Quiere esto decir que la legislación interna de un Estado bien podrá disponer la nulidad y, consecuentemente ordenar la reposición del trabajador; o bien podrá mantener la validez y eficacia del despido llevado a cabo sin invocar causa legal y, consecuentemente, ordenar la indemnización correspondiente. Una cosa y otra están permitidas al legislador peruano desde el derecho internacional del derecho al trabajo⁵.

El artículo 7.d del Protocolo de San Salvador no puede ser interpretado parcialmente como si solo dispusiese la invalidez jurídica del despido ocurrido sin invocación de causa legal para inmediatamente ordenar su reposición⁶. Bien vistas las cosas, en este punto el Protocolo no establece ni una orden ni una prohibición, sino una permisión: está permitido (no ordenado ni prohibido) la reposición del trabajador. Repárese en que normalmente los tratados internacionales enuncian sus disposiciones a través de fórmulas especialmente abiertas promoviendo con ello el cumplimiento del tratado por parte de los Estados vinculados⁷, cumplimiento

⁵ Por eso se afirma cuando se afirma que «los modelos de reparación frente al despido ilícito por injustificado, incausado o nulos, previstos en la LPCL, y en su antecedente la LFE [Ley de Fomento del Empleo], resultaban compatibles con los lineamientos y obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano por la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y del Protocolo de San Salvador» (Ferrero, 2012, p. 480).

⁶ Es el caso de Blancas Bustamante, para quien «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» (2012, p. 348).

⁷ En relación la norma internacional sobre el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, se ha dicho con acierto que «cabe destacar que los mismos [los tratados internacionales] no establecen un esquema especial de tutela contra el despido, vale decir, una opción resarcitoria (estabilidad relativa) o una opción restitutoria (estabilidad absoluta). De ahí que se advierta que tales opciones dependerán del modelo constitucional y legal establecido en cada ordenamiento, sin perjuicio que su análisis e interpretación deberá adecuarse a los instrumentos internacionales correspondientes» (Ferrero, 2012, p. 476).

que se vería desfavorecido si dispusiese enunciados cerrados. Consecuentemente, los Estados nacionales no infringen el Protocolo porque sancionen con reposición o con indemnización al despido sin causa legal invocada.

Así las cosas, desde el artículo 7d del Protocolo de San Salvador es posible concluir una norma en los siguientes términos deónticos:

N7d: Está permitida la readmisión en el empleo o la indemnización o cualesquiera otra razonable prestación prevista por la legislación nacional a favor del trabajador despedido sin que se haya invocado una causa prevista legalmente.

Por tenor de la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, la norma convencional N7d ingresa al sistema jurídico peruano y lo hace en el nivel constitucional, de manera que pasa a formar parte del derecho constitucional peruano (cfr. Castillo, 2012, pp. 231-280); y se adscribe a la norma constitucional directamente estatuida identificada arriba como N27. La norma N7d bien puede ser tenida como una norma constitucional adscrita de origen convencional. Consecuentemente, en este punto puede ser concluido que el contenido normativo del artículo 27 de la Constitución está conformado por una norma constitucional directamente estatuida (N27) y por una norma constitucional adscrita de origen convencional (N7d). La conjunción de ambos contenidos normativos puede ser formulada así:

N27: Está ordenado a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Está permitida la readmisión en el empleo o la indemnización o cualesquiera otra razonable prestación prevista por la legislación nacional a favor del trabajador despedido sin que se haya invocado una causa prevista legalmente.

Más sencillamente:

N27: Está ordenado a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, la cual puede consistir en la readmisión en el empleo o en una indemnización o en cualesquiera otra razonable prestación.

3. La interpretación del legislador para trabajadores del régimen privado

El contenido normativo constitucional del artículo 27 está destinado para todos los trabajadores, independientemente de los concretos regímenes legales que puedan existir. El Constituyente ha ordenado que sea el legislador a través de la ley, quien se encargue de concretar el significado abierto *adecuada protección* contra el llamado despido arbitrario, dentro de las posibilidades que el artículo 7d del Protocolo de San Salvador ha dispuesto. Y así lo ha hecho para los trabajadores del régimen

público (decreto legislativo 276⁸, decreto legislativo 1057⁹ y la ley 30057¹⁰) y para los del régimen privado.

Para estos últimos el Ejecutivo, a través de legislación delegada por el Parlamento, ha interpretado el artículo 27 de la Constitución. Y lo ha hecho en los términos recogidos en el segundo párrafo del artículo 34 del (D.S. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del decreto legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Así:

Artículo 34.- [...] Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente».

Por su parte, en el artículo 38 del mismo cuerpo legal, se ha dispuesto que:

Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

Desde estas disposiciones es posible concluir dos normas que pueden ser formuladas en los términos deónticos siguientes:

N34: Está ordenado otorgar al trabajador despedido sin causa o con causa que no puede ser demostrada en juicio, una indemnización como única reparación por el daño sufrido.

N38: Está ordenado que la indemnización a la que se refiere la norma N34 equivalga a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones.

Así, para el caso de los trabajadores de la actividad privada, el legislador ha decidido que la «adecuada» protección contra el llamado despido arbitrario está conformada exclusivamente por la indemnización con el contenido precisado en la norma N38.

⁸ Desde el artículo 24 del decreto legislativo 276, puede concluirse la siguiente norma (N24): Está ordenado que el cese o destitución de un servidor público se realice por causa prevista en la ley y de acuerdo al procedimiento establecido.

⁹ El decreto legislativo 1057 regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios y desde su artículo 10 puede concluirse la siguiente norma (N10): Está permitido la resolución arbitraria e injustificada del contrato administrativo de servicios. Esta resolución da derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres.

¹⁰ Actualmente el régimen laboral público peruano ha entrado en una seria reforma de la mano de la ley 30057, Ley del Servicio Civil, de cuyo artículo 36 se deriva la norma siguiente (N36): Está ordenado que el servidor público destituido de modo nulo o injustificado, solicite el pago de una indemnización o la reposición.

4. La interpretación del TC para trabajadores del régimen privado

4.1. La interpretación del TC

Según el Constituyente, el legislador tiene la obligación constitucional de disponer el contenido concreto de la «adecuada» protección contra el llamado despido arbitrario. Como se ha podido apreciar del recuento legislativo antes efectuado, el legislador ha decidido contenidos distintos según el régimen laboral al que pertenece el trabajador. Varias cuestiones pueden ser planteadas sobre estas distintas respuestas legislativas. Aquí solo será planteada y atendida una de ellas: ¿la reposición forma parte del contenido constitucional del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario del trabajador sujeto al régimen laboral privado?

El TC ha dado respuesta afirmativa a esta pregunta al establecer que la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario para trabajadores sujetos al régimen privado del Decreto Legislativo 728, no solo incluye a la indemnización sino también a la reposición, a elección del trabajador. Así, dijo el TC «el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso». Mientras que en el fundamento 19 de la misma sentencia manifestó que «los alcances de la protección jurisdiccional —reposición o indemnización— dependen de la opción que adopte el trabajador despedido»¹¹. Desde aquí es posible concluir una norma que enunciada en lenguaje deóntico se formularía así:

N16-19¹²: Está ordenado que la adecuada protección contra el despido arbitrario venga compuesta por la readmisión del trabajador en su empleo o por la indemnización por el daño causado, según lo decida el trabajador.

En adelante para hacer referencia a esta regla jurídica creada por el TC se empleará solamente la expresión N16. Pues bien, esta regla que nace en esta sentencia luego es aplicada constantemente por el TC en su jurisprudencia, al punto de declararla como precedente vinculante¹³. La razón que el TC presentó para justificar esta regla fue que la reposición es parte del contenido constitucional del derecho a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario porque el amparo manda

¹¹ Expediente 0976-2001-AA/TC, fundamento 16.

¹² Se emplea la nomenclatura N17-19, para significar que es la norma que brota de los fundamentos 17 y 19 de la sentencia del TC.

¹³ Ocurrió en la sentencia al expediente 0206-2005-PA/TC, en cuyo fundamento 7 expresó lo siguiente: «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».

regresar las cosas al estado anterior de la agresión, y ese estado anterior al despido es precisamente el del trabajador ocupando su puesto de trabajo¹⁴.

4.2. Análisis de la interpretación del TC

A. Planteamiento de la cuestión

La pregunta por el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario es decisiva, particularmente para los trabajadores sujetos al régimen privado que es lo que ahora interesa destacar. Como se apuntó arriba, el legislador ha establecido que la adecuada protección contra los llamados despidos arbitrarios es solamente la indemnización (N34), mientras que el TC ha dicho que la adecuada protección es también la reposición cuando así lo decide el trabajador (N16). Planteada así la situación, la cuestión que se ha de responder es la siguiente: ¿la reposición forma parte del contenido constitucional a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario cuando se trata de trabajadores del régimen privado? Ambas normas (N34 y N16) no pueden ser constitucionales a la vez porque disponen contenidos normativos contrarios entre sí, de modo que si la respuesta a la pregunta planteada es afirmativa, se tendrá que admitir la inconstitucional de la decisión legislativa; por el contrario, si la respuesta es negativa, tendrá que admitirse la inconstitucionalidad de la regla jurídica creada por el TC.

B. El punto de partida: la norma constitucional directamente estatuida

Resolver la cuestión planteada exige elegir un adecuado punto de partida. Este punto será la norma constitucional directamente estatuida N27 antes formulada:

N27: Está ordenado a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Mediante el decreto legislativo 728, el legislador (ejecutivo) ha establecido dos normas N34 y N38 que definen la adecuada protección contra el despido arbitrario ordenada por la norma constitucional directamente estatuida. Según las mencionadas normas N34 y N38 la adecuada protección se circunscribe a la indemnización, no alcanza a la reposición. Esta decisión del legislador ejecutivo plantea dos preguntas.

¹⁴ Así se manifestó el TC: «puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional. Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir [...] en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en [...] «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». Expediente 0976-2001-AA/TC, fundamento 13.

C. Desarrollo constitucional a través de un decreto legislativo

La primera es qué se ha de entender por ley en los términos de la norma N27, particularmente interesa saber si se necesita una ley del Parlamento o no. Según la Octava disposición final y transitoria de la Constitución, «[l]as disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional». Esta reserva de ley ha sido interpretada extensivamente por el TC, el cual se ha decantado por considerar que cuando se trata de desarrollar una norma constitucional sometida a reserva de ley, es necesaria la existencia de un acto legislativo por parte del Parlamento, ya sea directo o indirecto. De esta manera, solo ha aceptado la regulación del contenido constitucional de los derechos fundamentales a través de una ley del Parlamento (ordinaria u orgánica, dependiendo de los casos), y a través del decreto legislativo¹⁵. Se ha de reconocer corrección a esta interpretación del TC desde que cuando se habla de ley el Parlamento está presente —como órgano democrático legitimado para el desarrollo constitucional— tanto a través de una ley formal como a través de un decreto legislativo. Consecuentemente, la reserva de ley recogida en la norma N27, no solo se cumple a través de una ley del Parlamento sino también a través de un decreto legislativo. Así, esta condición se cumple cuando a través del decreto legislativo 728 se ha definido la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario de trabajadores sujetos al régimen privado.

D. La constitucional decisión del legislador nacional

La segunda cuestión consiste en determinar el alcance del contenido constitucional de la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario. Para dar respuesta interesa atender a la norma internacional que se concluyó desde el artículo 7d del Protocolo de San Salvador. Como se recordará esta norma se formuló en los términos siguientes:

N7d: Está permitida la indemnización o la readmisión en el empleo o cualesquiera otra razonable prestación prevista por la legislación nacional a favor del trabajador despedido injustificadamente.

También como se explicó, esta norma convencional se ha introducido al sistema constitucional peruano y se ha adherido a la norma N27; es por esta razón una norma constitucional adherida de origen convencional. Según esta norma las legislaciones nacionales internas pueden decidir la indemnización o la reposición

¹⁵ Así por ejemplo, refiriéndose al artículo 168 CP, ha dicho el TC que «la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una *ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión* (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia». Expediente 2050–2002–AA/TC, fundamento 4. La cursiva es añadida.

como adecuada protección contra el despido arbitrario, es decir, la indemnización y la reposición a elección del trabajador no es una respuesta necesaria, sino una posible entre otras igualmente permitidas desde el punto de vista jurídico. De modo que la indemnización como única respuesta frente a un despido arbitrario, ha de ser tenida como una respuesta constitucionalmente válida.

En efecto, vistas las cosas en conjunto, desde la norma constitucional directamente estatuida (N27) como desde la norma constitucional adscrita de origen convencional (N7d), se concluye tanto quien debe concretar la fórmula abierta «adecuada protección», como las posibles e igualmente constitucionales respuestas a esta «adecuada protección». Respecto del quien, la norma constitucional directamente estatuida claramente dispone que es la ley (ley del Parlamento o el decreto legislativo) el instrumento que ha de ser empleado para definir la «adecuada protección» contra el llamado despido arbitrario. Y respecto del contenido la norma constitucional de origen convencional con la misma claridad, ha dispuesto que la adecuada protección contra este despido bien puede ser la indemnización, la reposición o cualquier otra prestación.

El legislador peruano ha cumplido con estas dos exigencias constitucionales cuando a través de un decreto legislativo (instrumento normativo idóneo como antes se justificó), decidió que la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario para los trabajadores de la actividad privada consistiría en una indemnización (N34), que es una de las modalidades permitidas por la norma constitucional de origen convencional. Consecuentemente, la decisión del legislador nacional no es inconstitucional, como por lo demás, el propio TC lo ha admitido¹⁶; por lo que será jurídicamente válida y deberá acatarse. Puede ser discutido si el contenido de la indemnización (N38) es constitucional o no por estar o no justificado; discusión que puede formularse en abstracto a través de una demanda de inconstitucionalidad, o en concreto a través de una demanda ordinaria o constitucional (como el amparo)¹⁷. Pero lo que no está en discusión es la constitucionalidad de la indemnización como respuesta a la exigida «adecuada protección» contra este tipo de despido. No obstante, para el TC esto no es así.

¹⁶ Dijo el TC que «a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador —vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995—, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional». Expediente 0976-2001-AA7TC, fundamento 12.a.2.

¹⁷ El concreto monto indemnizatorio como respuesta a una adecuada protección contra el despido arbitrario puede resultar siendo inconstitucional en las circunstancias de un caso concreto.

E. La inconstitucional regla jurídica creada por el TC

En efecto, el TC ha creado una norma constitucional N16 según la cual la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario para el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral privado no es solamente la indemnización tal y como lo ha dispuesto el legislador nacional, sino que la adecuada protección estará conformada por la opción que tiene el trabajador de decidir entre la indemnización y la reposición. Si bien se aprecia, esta decisión del TC es contraria a la adoptada por el legislador nacional, incurriendo en inconstitucionalidad manifiesta.

En efecto, el TC incumple manifiestamente la Constitución a la hora que él y no el legislador nacional, define el contenido de la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario. Con este incumplimiento de la Constitución, el TC liquida el margen de acción propia que tiene atribuido el legislador¹⁸ y con ello pulveriza el principio de separación de poderes, según el cual «el Legislador legitimado democráticamente [tiene] una importante participación autónoma en la configuración del ordenamiento jurídico, desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo» (Alexy, 2004, p. 18).

La adecuada protección contra el llamado despido arbitrario tiene sin duda un ámbito jurídico, pero también tiene otro —y no menos importante— político. Jurídicamente, como ya se ha explicado, tanto la indemnización como la reposición son respuestas válidas frente a ese tipo de despidos. Si es así, optar entre dos alternativas igualmente constitucionales ya no es una cuestión jurídica, sino una cuestión política. Así como lo jurídico indaga por lo justo o lo injusto; lo político indaga por lo conveniente. De entre varias posibilidades igualmente justas, corresponde al Gobierno (al Ejecutivo y al Legislativo) escoger la que conviene más a la realidad a la cual precisamente gobierna. Y así como el Gobierno no tiene ni la aptitud ni la competencia para decidir institucional y válidamente lo justo, de igual forma el TC (y ningún juez) tiene ni la aptitud ni la competencia para decidir lo conveniente en una comunidad política. Si el TC dejase de decidir lo justo para decidir lo conveniente, entonces habrá suplantado al Gobierno (Ejecutivo o Legislativo) en el ejercicio de sus funciones, habrá enviciado gravemente el ejercicio de sus propias funciones jurisdiccionales e inevitablemente con ello habrá herido de muerte al Estado de derecho¹⁹.

¹⁸ En palabras de Alexy, «lo que las normas de una Constitución no ordenan ni prohíben, se enmarca dentro del margen de acción estructural del legislador» (2004, p. 23).

¹⁹ Es un principio de interpretación acogido además por el propio TC la llamada corrección funcional, y definida en los términos siguientes: «Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado». Expediente 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.

Por desgracia, es esto lo que ha acontecido con el TC: el gobernante, en este caso, a través de la (delegada) función legislativa del Ejecutivo, ha decidido una respuesta entre varias igualmente válidas desde el punto de vista constitucional al decidir que la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario en el caso de trabajadores del sector privado es solamente la indemnización y no la reposición. El TC ha sustituido esa respuesta constitucionalmente válida por esta otra: la adecuada protección contra el despido arbitrario es o la indemnización o la reposición a elección del trabajador. Tanto la respuesta del legislador como la del TC son igualmente válidas desde un punto de vista materialmente constitucional; no obstante la decisión del TC es formalmente inconstitucional desde que adopta la decisión al margen de su competencia, negando la competencia del legislador. El TC desprecia la respuesta del legislador e impone la suya propia. Bien claro queda manifestado en este punto no solamente el exceso en el ejercicio de la función encargada al TC²⁰, sino también la posición de gobernante *de facto* que asume el referido Tribunal.

Precisamente porque se trata de un manifiesto exceso por parte del TC, no es posible encontrar ninguna razón como sostén de este repudiable proceder, y si alguna se mostrase será tan manifiestamente incorrecta que se convertiría en una razón aparente²¹. Y así ha ocurrido en los hechos. Como se recordará la razón que el TC ha dado para justificar la reposición como adecuada protección contra el despido arbitrario en el sistema jurídico peruano ha sido la finalidad del proceso de amparo: como el amparo tiene por finalidad regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión, y el estado anterior al despido es el trabajador en su puesto de trabajo, entonces, se desnaturalizaría el amparo constitucional si se impidiese la reposición ante un despido arbitrario²².

²⁰ Que estamos frente a un exceso también lo sostiene parte (aunque minoritaria, me temo) de la doctrina laboral peruana. Por todos Morales Corrales (2004, p. 144). Este importante profesor limeño ha escrito que [...] el Tribunal se ha excedido por cuanto ha resuelto en contravención del mandato que le impone la Cuarta Disposición Final de la Constitución, según la cual las normas relativas a los derechos que la Carta reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú, es adicional a dicha Convención. Como consecuencia de lo anterior, el segundo error consiste en que el Tribunal Constitucional considera que la indemnización por despido arbitrario o injustificado establecida por la ley no constituye una «adecuada» protección contra el despido, cuando el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador, cuyo contenido obligatoriamente debe ser observado para interpretar las normas de nuestra Constitución, establecen como idóneas cualquiera de las formas tradicionales de reparación del daño: la restitución o reposición, la indemnización o cualquier otra forma prevista libremente por cada legislación nacional. Además la mayoría absoluta de las legislaciones del mundo igualmente contempla la indemnización como una fórmula adecuada de reparar un despido injustificado o arbitrario. Un tercer error en el que incurre el Tribunal Constitucional consiste en otorgar al trabajador la opción de elegir la reparación cuando legalmente no ha sido prevista, salvo en el caso del despido nulo. Aquí el Tribunal en el fondo lo que ha hecho es legislar, cuando no tiene facultad para ello.

²¹ No deja de sorprender la facilidad con la que se aprueba lo establecido por el TC en este asunto. El TC, nos debe quedar claro a todos, puede incurrir en inconstitucionalidad por su condición de poder constituido.

²² Expediente 0976-2001-AA/TC, fundamento 13.

Esta justificación dada por el TC es manifiestamente incorrecta lo que la convierte en aparente. En primer lugar, es manifiestamente incorrecto pretender que el contenido de un derecho venga definido por su instrumento de protección. Es precisamente al revés: primero es el contenido del derecho y después es el instrumento de protección. Este no tiene la idoneidad para decir ni configurar nada acerca de aquel. De modo que primero se debe definir si el derecho fundamental a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario da o no derecho a la reposición, para luego estar en condiciones de declarar si existe o no una agresión iusfundamental a neutralizar a través del amparo constitucional. Así, si el contenido constitucional del referido derecho fundamental da derecho a la reposición, entonces, el amparo constitucional ordenará la reposición; si el contenido constitucional da derecho a la indemnización, entonces el amparo constitucional no podrá ordenar la reposición, sino el pago inmediato y completo de la indemnización. Es decisivo, entonces, primero determinar a qué da derecho el derecho fundamental a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario para después estar en condiciones de identificar una agresión a ese derecho fundamental y, consecuentemente, estar en condiciones de emplear con corrección el instrumento previsto para la defensa constitucional.

En segundo lugar, la justificación dada por el TC se construye sobre el manifiesto error de que la adecuada protección contra el despido arbitrario solamente puede ser conseguida a través del amparo constitucional. Es sabido bien que la protección de este derecho fundamental puede acontecer también a través del proceso laboral, de hecho hoy en día el proceso abreviado laboral constituye vía igualmente satisfactoria que el amparo para la protección de este derecho²³. De modo que si el proceso laboral es la vía igualmente satisfactoria para salvar el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, y el proceso laboral no tiene —como el amparo— la finalidad de regresar las cosas al estado anterior de la agresión, entonces —siguiendo la lógica del TC— la reposición no forma parte del contenido constitucional del mencionado derecho fundamental.

Si la razón dada por el TC es manifiestamente incorrecta, entonces la regla jurídica a la que sostiene será manifiestamente inválida. Así, la regla jurídica creada por el TC según la cual la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario consiste en la reposición del trabajador o la indemnización prevista por ley a elección del trabajador (N16), deberá ser tenida como manifiestamente inválida. Del mismo modo, vista esta regla jurídica desde la Constitución se ha de sostener su manifiesta inconstitucionalidad porque, como se justificó arriba, el TC usurpa la función política y, convertido en gobernante, decide lo que más convendría a la realidad peruana e impone un modo de entender las cosas por encima de la decisión del órgano con designación constitucional y legitimidad democrática para hacerlo.

²³ Cfr. expediente 02383-2013-PA/TC, fundamento 27.

F. La reposición en sí misma no es inconstitucional

En este punto resulta necesario dejar establecido que la reposición como modalidad de la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario no es inconstitucional. Como se justificó arriba, esta expresión abierta que representa la «adecuada protección» puede tener como respuesta constitucionalmente válida tanto a la indemnización o a la reposición o a ambas a elección del trabajador o «cualquier otra prestación»²⁴. Tanto la reposición como la indemnización son concreciones constitucionalmente permitidas por el artículo 27 de la Constitución. La reprochable inconstitucionalidad en la que incurre el TC no es el haber decidido que el contenido de una tal adecuada protección sea la indemnización o la reposición a elección del trabajador del régimen privado; sino que lo reprochable es que haya pasado por encima del legislador y de su margen de apreciación y acción propios, para invalidar su decisión e imponer su particular modo de entender las cosas en este punto. A quien le corresponde decidir entre dos respuestas igualmente constitucionales es al Gobierno no al juez (constitucional), habrá que insistir. El ejercicio extralimitado de la función de controlador de la constitucionalidad que ejerce el TC ha invadido el ámbito de competencias del legislador y con ello ha negado el principio de separación de poderes y al Estado de derecho al que le sirve de base, como se dijo arriba.

Si el legislador peruano en lugar de la indemnización hubiese decidido que la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario consistía en la reposición del trabajador sujeto, nada se le podría haber reprochado desde el punto de vista jurídico, ni material ni formal. De hecho, bien puede el legislador modificar la actual norma N34 y disponer una semejante a la norma N16 del TC y de esta manera decidir que la adecuada protección contra un tal despido es o la indemnización o la reposición a elección del trabajador, sin que por este cambio legislativo incurra en inconstitucionalidad. Incluso, constitucionalmente está habilitado para decidir que la respuesta a la adecuada protección es solamente la reposición. Lo cierto es que al día de hoy el legislador decidió decantarse solo por la indemnización como adecuada protección, y tal decisión constitucionalmente válida debería ser respetada incluso por el mismo TC.

²⁴ Diferente es la situación de los despidos nulos, los mismos que por propia naturaleza exige la invalidez del despido y la consecuente reposición del trabajador, naturalmente (y con base en la libertad de trabajo), si este decide seguir trabajando para el mismo empleador. Pero despido nulo y despido arbitrario son dos realidades bien distintas: el primero es siempre inconstitucional, el segundo en ningún caso (si se asume que los despidos incausados o fraudulentos que realmente esconden como causa de despido una vulneradora de derechos fundamentales, son en estricto despidos nulos). En contra el profesor Elmer Arce quien sostiene que «las tres modalidades de despido que menciona el Tribunal [despido incausado, fraudulento y nulo] bien pueden ser reconducidas a una sola categoría: la de ser nulos» (Arce, 2004, p. 153).

G. ¿Qué se puede hacer frente a esta regla manifiestamente inconstitucional?

Una vez sostenido el carácter manifiestamente inconstitucional de la regla jurídica creada por el TC, según la cual la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario da derecho tanto a la indemnización así como a la reposición a elección del trabajador (N16), corresponde dar un paso más y preguntarse por su eficacia. Con carácter general hay que afirmar que una norma manifiestamente inconstitucional necesariamente es una norma manifiestamente inválida, consecuentemente no debería producir efecto jurídico alguno. Con base en esta afirmación general, conviene formular dos preguntas concretas. La primera indaga por el papel que está llamado a jugar el juez frente a la regla jurídica manifiestamente inconstitucional creada por el TC. El juez no tiene la atribución ni el poder consecuente, para declararla inconstitucional con carácter general e invalidarla; su atribución y consecuente poder no atañe pues a la validez de tal regla, sino solamente a su eficacia. De modo que el juez está llamado a inaplicar en los casos concretos la regla jurídica creada por el TC, y preferir la regla jurídica creada por el legislador en el decreto legislativo 728 (las normas N34 y N38).

Esta conclusión tendría que hacer frente a la siguiente objeción: ¿no se estaría dejando sin efecto el principio de jerarquía normativa según el cual la norma constitucional prevalece sobre la norma legal? Esta objeción se responde de la manera siguiente. Primero, bien entendido el principio de jerarquía normativa, una norma jerárquicamente superior prevalece sobre una inferior siempre y cuando sea una norma válida. Por ejemplo, una ley inconstitucional no podría prevalecer sobre un reglamento constitucional; y así también, una norma de rango constitucional formalmente constitucional pero materialmente inconstitucional no podrá prevalecer sobre una ley (formal y materialmente) constitucional²⁵. Segundo, en el caso concreto que se examina, tanto la regla jurídica creada por el TC (la norma N16) como la emitida por el legislador (la norma N34) pertenecen igualmente al bloque de constitucionalidad y tienen el mismo rango constitucional: ambas son normas constitucionales adscriptas a la norma constitucional directamente estatuida N27. Tanto N16 como N34 son normas que concretan directa y fuertemente el contenido constitucional abierto dispuesto por el constituyente, y esas concreciones aparecen al mundo jurídico pegadas, adheridas al artículo 27 de la Constitución y, por esa razón, son tenidas como normas de rango constitucional. De modo que cuando el juez prefiere la norma constitucional creada por el legislador (como ley de desarrollo constitucional) y descarta la norma constitucional manifiestamente inconstitucional creada por el TC, no está derribando el principio de jerarquía normativa. La conclusión arriba formulada sale airoso de la objeción señalada.

²⁵ Sobre normas constitucionales inconstitucionales, véase Bachoff (2008, pp. 65 y ss.).

Indagado el papel que le corresponde jugar al juez, corresponde ahora preguntar por el papel que está llamado a jugar el TC. Este ha tenido la atribución y consecuente fuerza para crear la regla jurídica materialmente inconstitucional, consecuentemente tiene el poder para invalidarla con carácter general, ya sea de modo expreso ya sea de modo tácito. Ocurrirá el primer caso cuando el TC en una sentencia declare expresamente la invalidez de la regla jurídica inconstitucional; y ocurrirá el segundo caso cuando sin declarar expresamente que la ha derogado, empieza a resolver los casos aplicando la regla jurídica creada por el legislador (N34).

H. El principio de progresividad o de prohibición de regresividad no se ve afectado

En este punto del análisis es posible presentar la siguiente cuestión: dejar sin efecto la norma N16 de la STC 0976-201-AA/TC (según la cual la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización o la reposición a elección del trabajador), para de esta manera permitir la vigencia plena de la norma N34 del decreto legislativo 728, ¿significa un retroceso en la protección constitucional del derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario y, consecuentemente, un retroceso en la protección del trabajador? En referencia a los derechos humanos en general y a los derechos sociales en particular, se ha afirmado el principio de progresividad²⁶. Según este principio, y dicho llanamente, está prohibido que se disminuya la protección que un Estado ha brindado a un derecho fundamental; es decir, está proscrita todo retroceso en el nivel de reconocimiento y aseguramiento de los derechos fundamentales laborales (Courtis, 2006, pp. 3-52).

Desde el significado de este principio de prohibición de regresividad, hay que sostener que no resulta negado o contradicho en este supuesto concreto. Primero, porque no se genera ningún derecho válido desde una situación de inconstitucionalidad. Así, si la manifiestamente incorrecta interpretación del TC ha generado una regla jurídica manifiestamente inconstitucional respecto de un derecho fundamental, dejarla sin efecto no significa empeorar la situación de reconocimiento o protección de ese derecho fundamental, aunque dejarla sin efecto pueda resultar gravoso para un grupo de personas beneficiadas con la inconstitucionalidad. Y en segundo lugar, porque el principio de prohibición de regresividad no avala cualquier progreso, sino solamente aquellos que se sostengan sobre la validez jurídica y, por tanto, sobre la constitucionalidad de la decisión que dispone el progreso. Y finalmente, porque está exigido formal y materialmente a todo sistema jurídico que pueda ser oportuna y plenamente corregido toda situación de invalidez jurídica o de inconstitucionalidad, como marco dentro del cual puedan ser reconocidos y ejercitados todos los derechos fundamentales.

²⁶ Suele invocarse normas internacionales para justificar este principio. Así, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 1.1 del Protocolo de San Salvador y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. ¿Un despido arbitrario con causa?

Una decisión arbitraria es una decisión que no se sostiene en ninguna razón que la justifique; de modo que la decisión de despedir será arbitraria si no se sostiene en ninguna razón que la justifique. Tanto la norma internacional como la nacional coinciden al concebir al llamado despido arbitrario como un despido que se produce al margen de las causas legalmente previstas para despedir²⁷. No obstante es posible plantear la pregunta siguiente: ¿son causas justas de despido solamente las reconocidas en la ley y que se basen en la capacidad y conducta del trabajador? O dicho de otra manera: ¿es posible reconocer como una causa justa de despido una que no estando recogida en la ley no se refiera ni a la capacidad ni a la conducta del trabajador?

En la medida que el legislador (ni tan siquiera el legislador constituyente) no crea lo justo sino que lo reconoce; y que lo justo no solo tiene que ver con razones subjetivas que se sostengan en la condición de un concreto sujeto (como puede ser el trabajador), sino también en razones objetivas que toman en cuenta el grupo social en su conjunto o al sistema productivo en su totalidad; parece por lo menos discutible que la «causa justa de despido» se sostenga solo en lo expresamente referido en la ley con base en la consideración del sujeto trabajador (en su capacidad o conducta).

Parece también discutible que tengamos que asumir la invalidez de normas como la norma N7d (del Protocolo de San Salvador) o de la norma N27 (de la Constitución) porque «regulan» el despido arbitrario, sin proscribirlo, puesto que si el despido es realmente arbitrario, lo que tendría que haber hecho el legislador internacional y el constituyente peruano es prohibirlos y sancionarlos con invalidez jurídica, desde que la arbitrariedad está proscrita por el derecho.

En este marco ¿es posible sostener la existencia de una causa justa de despido que no se sostenga en causas expresadas por la ley con base en la capacidad y conducta del trabajador? Si existiese una tal causa, entonces el despido calificado como injustificado por el Protocolo o como arbitrario por la Constitución peruana, no serían realmente despidos injustificados o arbitrarios, desde que precisamente existe una tal razón que los hace justificados y razonables.

Una tal causa necesariamente será una de tipo objetiva, desde que la causa que mira a la conducta y capacidad del trabajador es una de tipo subjetiva. Esa causa objetiva necesariamente tendrá que enlazarse con el sistema económico del país,

²⁷ Por ejemplo, en el caso de los trabajadores sujetos al régimen privado se ha ordenado que para despedir «es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador» (artículo 22 del decreto legislativo 728).

particularmente con la necesidad de crear empleo productivo (artículo 22 de la Constitución). En fin, esa causa objetiva trascenderá la concreta situación del trabajador singularmente considerado y hundirá sus raíces en la idoneidad de un régimen económico y laboral que promueva de una determinada manera la generación del bien común. Veamos.

Se ha sostenido que la creación de los puestos de trabajo viene alentada por la razonable flexibilidad laboral para despedir con la que cuenta el empleador²⁸, de modo que esta razonable flexibilidad laboral genera objetivamente un mayor favorecimiento de la inversión, lo que a su vez desencadena no solo un mayor dinamismo en la economía, sino y particularmente significa una mayor creación de puestos de trabajo formales, que promueva precisamente tanto la disminución del desempleo como el aumento de puestos de trabajo dignos²⁹. Así, la directa repercusión que la razonable flexibilidad en el despido tiene sobre la creación de más y mejores puestos de trabajo, tendría la virtualidad de actuar como razón objetiva de fondo que impide reconocer como realmente arbitrario al despido no basado en una razón relacionada con la conducta o capacidad del concreto trabajador. Digámoslo así: la justificación de un despido no solo puede formularse desde el trabajador mismo individualmente considerado, sino que puede provenir objetivamente del sistema económico y laboral general³⁰.

Si esto es así realmente, entonces despedir a un trabajador sin invocar una causa relacionada con su conducta o capacidad no hace del despido uno arbitrario o injustificado, porque estará justificado en la razón objetiva relacionada con la promoción de la creación de empleo en el país como una exigencia del bien común. Si esto es así, una vez más, el contenido constitucional a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario referido de los trabajadores del sistema privado, no dará derecho a la reposición.

Esta advertencia nos coloca inmediatamente sobre un asunto adicional: ¿está justificado diferenciar entre servidores públicos y trabajadores privados a la hora de definir el alcance del derecho a la adecuada protección contra el llamado despido arbitrario, desde que a los primeros un tal derecho sí les da derecho a la reposición

²⁸ Con acierto se ha sostenido que la decisión del TC de permitir la reposición del trabajador en caso de despido arbitrario, tendrá consecuencias negativas en la formalización de empresas, en la competitividad de las empresas nacionales vs. las extranjeras, en el comercio internacional, en la inversión en nuestro país, en la generación de empleo y en la recaudación fiscal (Morales Corrales, 2004, p. 147).

²⁹ Como afirma Jorge Toyama, «La contratación de trabajadores y el despido de personal son índices laborales que las empresas globales toman en cuenta para invertir en un país. Las fábricas y centros de trabajo con mayor número de trabajadores se concentran en países donde rigen las reglas más flexibles para la contratación y la desvinculación de personas». Revista Poder, columna del mes de octubre, consultada el 28 de marzo de 2016 en <https://revistapoder.lamula.pe/2014/11/10/la-rigidez-laboral-peruana-por-jorge-toyama/poder/>

³⁰ Esto necesariamente exige diferenciar la teoría del derecho laboral en dos dimensiones: una subjetiva que se formula desde el trabajador mismo; y otra objetiva que se ha de formular desde el interés público y, por tanto, general.

y no ocurre lo mismo para los segundos? Precisamente la aquí señalada como causa justa y objetiva de despido de un trabajador permite justificar el trato diferente entre servidores públicos y trabajadores privados.

Efectivamente, entre otras razones, el trato diferente no resulta contrario al derecho a la igualdad en la medida que la creación de las plazas de trabajo de los servidores públicos tienen que ver con el ejercicio de la función pública, para la cual la flexibilidad laboral no juega el mismo papel que juega para la inversión privada en puestos de trabajo privados. En el ámbito privado, si al trabajador no se le da una razón basada en su conducta o capacidad de trabajo no se incurriría en arbitrariedad porque existiría una razón de fondo que tiene que ver con el incremento de inversión precisamente como un modelo de promoción en la creación de puestos de trabajo; por el contrario, si al servidor público no se le da una razón referida a su conducta o a su capacidad, entonces sí se incurre en arbitrariedad porque para ellos no será aplicable esa razón de fondo sí aplicable para los trabajadores privados, en la medida que la flexibilidad laboral en el sector público no generará una mayor creación de puestos de trabajo público, por el contrario puede resultar nociva para el regular ejercicio de la función pública. De esta manera, se reconoce que el ámbito laboral privado es distinto del ámbito laboral público y, consecuentemente, está justificado un trato diferente.

6. Para concluir

La norma constitucional (directamente estatuida) que brota del artículo 27 de la Constitución tiene un elemento indeterminado que requiere de concreción. Tal elemento es referido por el constituyente con la expresión «adecuada protección». Esta indeterminación debe ser terminada por el legislador por propio mandato de la Constitución: lo que se ha de entender por «adecuada protección» debe ser definido por el legislador. En particular referencia a los trabajadores del régimen privado, el legislador ha establecido que la adecuada protección contra el despido arbitrario significa solamente la indemnización y no la reposición. La indemnización en sí misma es una respuesta constitucionalmente válida ante el llamado despido arbitrario. No obstante ser una respuesta formal y materialmente constitucional, no ha sido compartida por el TC, el cual la considera no inconstitucional sino insuficiente y, por tanto, inconveniente; por eso ha creado una regla jurídica con la intención de sustituir a la creada por el legislador y que dice que la adecuada protección contra el despido arbitrario da derecho a la reposición o a la indemnización a elección del trabajador (N16). Esta es la decisiva razón que convierte en inconstitucional la regla jurídica creada por el TC: sustituir al gobernante democrático personificado en el legislador (en este caso Ejecutivo), para convertirse en

un gobernante de facto y como tal decidir qué es lo que más conviene al Perú de entre dos respuestas igualmente constitucionales. El reproche al TC no proviene por haber decidido que para el trabajador privado la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización o la reposición a su elección, porque —se ha de insistir— tanto la indemnización como la reposición son respuestas constitucionales; sino que el reproche proviene de haber usurpado la función gubernativa, anulando el margen de apreciación y decisión que tiene reconocido constitucionalmente el Parlamento como órgano de gobierno.

Referencias

- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert (2004). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Arce, Elmer (2004). Los supuestos de reposición en el despido individual (La tipología del Tribunal Constitucional). En *Estudio sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Lima: Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derechos del Trabajador y de la Seguridad Social.
- Bachoff, Otto (2008). *Normas constitucionales inconstitucionales*. Lima: Palestra.
- Blancas, Carlos (2012). *La cláusula del Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Castillo, Luis (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), 139, 144-149.
- Castillo, Luis (2012). La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 10(2), 231-280.
- Castillo, Luis (2013). Análisis de las decisiones constituyentes sobre derechos fundamentales. *Revista Sociedad Jurídica*, septiembre, 56-63.
- Courtis, Christian (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ferrero, Víctor (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP*, 68, 471-494.
- García Belaunde, Domingo (2007). *¿Guerra de las cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional, 4, Lima: Palestra.
- Morales Corrales, Pedro (2004). Derecho al trabajo y despido arbitrario. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. En *Estudio sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Lima: Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derechos del Trabajador y de la Seguridad Social.