

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL PERÚ EN BASE A LA EXPERIENCIA COLOMBIANA EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

PROTECTING THE RIGHT TO WORK IN PERU BASED ON EXPERIENCE IN COLOMBIAN LAW AND JURISPRUDENCE

Devora Katherin Franco Garcia*

Fecha de entrada: 25 de septiembre de 2013
Fecha de aprobación: 9 de octubre de 2013

RESUMEN¹

A través del presente trabajo se pretende hacer un análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia Peruana tomando como referencia la experiencia colombiana respecto al derecho al trabajo en cuanto su conceptualización, elementos y finalidad para poder definir su núcleo duro en base a su contenido constitucionalmente protegido, y así poder determinar varios aspectos: el primero de ellos establecer si actualmente se le está otorgando una verdadera protección al trabajador frente al despido arbitrario y nulo ya sea a través de la reincorporación o el pago de una indemnización tomando en consideración situaciones de especial

-
- 1 El presente artículo es un estudio de orden investigativo - analítico, en el cual se presentan los resultados de la investigación finalizada con respecto a la *"INEXEQUIBILIDAD EN EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA: Sobre algunas imprecisiones en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional"*, que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la *línea de investigación en Derecho Constitucional y Construcción Democrática (D.C.C.D)"*.

Método: El estudio es de tipo Analítico – descriptivo, ya que busca recoger la posición jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional a través de sus fallos, con respecto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales así como la caducidad e inmediatez con respecto a la interposición de la misma.

* PERU UNIVERSIDAD CATOLICA SAN PABLO,
Correo: dfranco@ucsp.edu.co

protección y segundo lugar determinar si la reincorporación laboral en caso de despido arbitrario vulnera el derecho a la libertad de contratación de la empresa protegido también por la constitución, para poder arribar a una conclusiones que nos permitirán establecer algunas propuestas.

Palabras Claves

Derecho al trabajo – Despido Arbitrario – Despido Nulo – Liquidación de Beneficios Sociales – Indemnización – Reposición.

ABSTRACT

Through this paper aims to analyze legislation, doctrine and jurisprudence with reference Peruvian Colombian experience with the right to work as its conceptualization, and purpose elements to define its core based on their constitutionally protected content , so we can determine several aspects: the first one is to establish whether currently is providing real protection to workers from arbitrary dismissal and void by either reinstatement or payment of compensation taking into account situations of special protection and secondly whether return to work if arbitrary dismissal violates the right to freedom of hiring company also protected by the constitution, in order to arrive at a conclusion that will allow us to establish some proposals.

Key words

Right to work - Arbitrary Dismissal - Dismissal None - Clearance of Social Benefits - Compensation - Replenishment.

RÉSUMÉ

Grâce à ce papier vise à analyser la législation, de la doctrine et de la jurisprudence en référence expérience colombienne péruvienne avec le droit de travailler comme sa conceptualisation , et des éléments à des fins de définir son noyau en fonction de leur contenu protégé par la Constitution , afin que nous puissions déterminer plusieurs aspects : le premier est d'établir si actuellement fournit une protection réelle aux travailleurs contre le licenciement arbitraire et non avenue par soit la réintégration ou le paiement d'une indemnité en tenant compte des situations de protection spéciale et , deuxièmement, si le retour au travail si le licenciement arbitraire viole le droit à la liberté d'entreprise embauche également protégé par la Constitution , afin d' arriver à une conclusion qui nous permettra d'établir des propositions.

Mots-clés

Droit au travail - Licenciement arbitraire - Licenciement Aucun - Apurement des prestations sociales - Indemnisation - reconstitution.

EL TRABAJO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El propósito inicial es enmarcamos en una definición clara del trabajo entendiéndolo como el conjunto de actividades que realiza la persona humana en base a su dignidad encaminadas a lograr su realización personal, fundamento por el cual a nadie puede impedírsele el ejercicio de una actividad honesta que le permita alcanzar su anhelo de trascendencia, felicidad y garantizar su bienestar.

Dada la importancia de estas actividades para el desarrollo de la persona, el trabajo se cataloga como un derecho humano que se deriva de la naturaleza humana y que tiende a una finalidad natural intrínseca² de esencia de plenitud, por cuando este instrumento de realización de la persona constituye el deber-ser fundamental de la persona, pudiendo considerarse como un medio de santificación, ...“el trabajo “clave esencial” de toda cuestión social, condiciona el desarrollo no solo económico, sino también cultural y moral, de las personas, de la familia, de la sociedad y de todo género humano”³, ya que se configura en un instrumento necesario para poder subsistir y lograr el bienestar material y espiritual tanto del trabajador como de su familia, razón por lo que además se de ser considerado un derecho, es un deber⁴ derivado de la exigencia de

la naturaleza humana, porque a través de éste se responde a sus exigencias de mantenimiento y desarrollo de aquellas personas que están bajo su dependencia, fundamento por el cual el Estado Peruano ha acentuado su preocupación por darle una adecuada protección dentro del ordenamiento jurídico estableciendo que “toda persona tiene derecho a ... trabajar libremente, con sujeción a ley”⁵, situándose como garante de la libertad de trabajo e instaurando como límites que su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública⁶. Y complementándose con lo reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto a que “Toda 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...”⁷

La Constitución de Colombia en este sentido establece que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”⁸

Planteado en términos de derecho Constitucional, el trabajo es un derecho que “... resulta ser de atención prioritaria del Estado” cuyo fin teleológico es lograr el bienestar común de todas las personas en

2 “... la vida humana no es un absurdo, sino el curso de los días del hombre hacia los fines propios de su ser; cuando esa finalidad se cumple, la vida humana se consume, o sea, es una vida llena de sentido, siendo en cambio, vacía, absurda o sin sentido, si no se orienta hacia su verdadera finalidad.” HERVADA, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, EUNSA, Pamplona 1989, p. 25.

3 Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Pontificio Consejo “JUSTICIA Y PAZ”. Epicons, p. 151

4 Artículo 22 de la Constitución Política del Estado Peruano

5 Inciso 15 del art. 2 de la Constitución Política del Estado Peruano

6 Artículo 59 de la Constitución Política del Estado Peruano

7 Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

8 Artículo 25 de la Constitución Política de Colombia 1991

base a su dignidad propia de la naturaleza humana que deviene en el fundamento de todos los derechos y que nos diferencia cualitativamente de los demás seres vivos, en tanto que "... ninguna relación laboral puede desconocer o rebajar la dignidad del trabajador⁹", de lo contrario esa "actividad" no es considerada como un trabajo careciendo de toda protección constitucional y será considerada como atentatoria de la calidad humana del trabajador.

El reconocimiento de la libertad de trabajo resulta ser fundamental para el desarrollo del mismo, que ha sido conceptualizada de diversas formas pero que convergen en un mismo sentido "La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores¹⁰", "Toda persona tiene derecho a: ... A trabajar libremente, con sujeción a ley...¹¹".

La libertad de trabajo se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello, es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. La Constitución asegura

el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor".¹²

El derecho a trabajar libremente con arreglo a la ley contiene diversas formas de manifestación:

"La elección del tipo de trabajo que se quiere realizar, sobre la base de las aptitudes del trabajador y a las características de su proyecto de vida..."¹³, que implica la protección del acceso de igualdad de oportunidades sin ningún tipo de discriminación que obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación discrecional antojadiza que deviene arbitraria e inconstitucional, lo que supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; en condiciones óptimas para garantizar su desarrollo progresivo.

"El derecho de cambiar el tipo de trabajo en el momento en el que lo estime conveniente el trabajador, cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley.

El derecho a oponerse a cualquier forma de trabajo forzoso.

9 Artículo 23 de la Constitución Política del Estado Peruano

10 Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia 1991

11 Artículo 2 de la Constitución Política del Estado Peruano

12 STC Exp. Nro. 0008-2003-AI/TC-LIMA

13 W. GUTIERREZ Y OTROS. *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Gaceta Jurídica -2005, p. 166

La necesidad de que el trabajo a ejecutarse no sea contrario al ordenamiento legal vigente.”¹⁴

Así, el derecho al trabajo deviene en un principio general que importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador y como un derecho concreto que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral¹⁵.

El ejercicio de este derecho se configura dentro un contrato de trabajo, un acuerdo de voluntades a través del cual el trabajador brinda sus servicios al trabajador de manera subordinada a cambio de una contraprestación económica, sujeta a criterios de rectitud en base al principio de buena fe, sin intención de dañar u oscurecer las cláusulas acordadas, obligándose a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tráfico jurídico laboral, “el contrato de trabajo no crea solo derechos y obligaciones exclusivamente patrimoniales, sino también personales, estables y continuadas en las cuales se exige confianza recíproca en múltiples planos, por lo que para el debido cumplimiento de estas obligaciones y el adecuado mantenimiento de estas relaciones, resulta imperativo que ambas partes actúen de buena fe, es decir, actuar con honradez y honestidad, con la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar a la otra parte¹⁶”. Este

principio de buena fe se deriva del valor absoluto e inmutable de dignidad humana que por sí nos da la idea de grandeza, de eminencia, de superioridad, pero que “no configura al ser humano como un ser desvinculado, con derechos ilimitados y deberes autónomamente surgidos (ser su propia ley, conciencia autónoma sin reglas objetivas), sino como un ser que, al tener su dignidad por participación, está naturalmente reglado por normas inherentes a su ser, que son recibidas, como recibido es su ser y su dignidad. Al mismo tiempo, los derechos, siendo inherentes a su ser, son derechos limitados y condicionados por su mismo ser, por su naturaleza, que tiene una ordenación a la relación con los demás (dimensión social) y a unos fines naturales”¹⁷, en la medida en que tanto “el empresario como el trabajador, mediante la celebración y ejecución del contrato de trabajo están dando cause a sus fines, intereses y aspiraciones que se derivan de su naturaleza racional¹⁸”, este acuerdo de voluntades que basado en la autonomía de la voluntad de las partes, debe por tanto estar regulado por todo Estado para garantizar la vigencia plena del derecho al trabajo.

Libertad de Contratación

La libertad de contratación juega un papel importante en el ámbito económico, pues confluyen decisiones económicas de carácter individual que se plasman en un contrato de contenido económico.

14 W. GUTIERREZ Y OTROS. *La Constitución*, cit., p. 166

15 G. QUISPE CHAVEZ Y OTROS, *El Amparo Laboral y la Vía Ordinaria. Supuestos de procedencia, etapas del proceso y análisis jurisprudencial*, Soluciones Laborales, Manual Operativo 2, Perú, p 71

16 A. PLA RODRIGUEZ. *LOS Principios del Derecho al Trabajo*. Tercera Edición. Depalma, Buenos Aires, p. 393-394

17 J. HERVADA. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona 1992, p. 450.

18 M. De Lama Laura. *Gaceta Constitucional. Las relaciones laborales y la buena fe*. Tomo 60. Edición Gaceta Jurídica. Perú, p. 332.

Toda persona sea natural o jurídica tiene derecho a la libertad de contratación “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público¹⁹, materializada en la propia voluntad en cuanto a que el ser humano puede ejercer su libertad y que conlleva un límite visto desde el aspecto social, pues el contrato no solo surte efecto inter partes sino tiene una relevancia hacia terceros y por tanto si este acto jurídico es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres es nulo.

Dentro de la libertad de contratación cabe distinguir dos libertades:

- La libertad de configuración: que implica la libertad de las partes para determinar libremente las cláusulas del contenido del contrato y
- La libertad de conclusión que consiste en la facultad que tiene toda persona de decidir celebrar o no un contrato y de determinar con quien se celebra el contrato -potestad de elegir al co-celebrante-, que conlleva a la materialización del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

El derecho a la libertad de contratación no se trata de un derecho absoluto, pues conlleva límites que se derivan de la sociabilidad humana, en tanto que las personas no pueden satisfacer sus intereses por sí mismos, sino que necesitan de la cooperación de los demás, de modo que deben respetarse en este sentido los derechos del co-celebrante, “...la

pertenencia del contrato al sistema jurídico obliga a que sus contenidos, fruto de la expresión de la voluntad individual, no sean contrarios a las normas jerárquicas que organizan la vida en sociedad²⁰”. Estos límites se distinguen en:

- Límites explícitos: licitud del contrato y el respeto del orden público y
- Límites implícitos: límites frente a otros derechos fundamentales dentro de la relación jurídica contra los cuales no puede pactarse, “casos en los cuales es preciso hilar fino en la conciliación de exigencias opuestas dentro de la actuación de derechos diversos. En la actualidad se suman límites expresados en las leyes basados en razones de convivencia social y eficiencia económica, que buscan un equilibrio básico, limitando la acción de los actores con un excesivo poder en el mercado poniendo límites al poder económico²¹”.

Protección del Derecho al Trabajo

La constitucionalidad de derechos supone, garantizar la efectividad de los mismos y con ello el reconocimiento de garantías constitucionales que permitan su restitución frente a actos de amenaza real e inminente y violaciones de derechos fundamentales, dentro del denominado bloque de constitucionalidad, el mismo que permitirá una interpretación y que supone la interpretación conjunta según la constitución y otros documentos que forman parte del bloque de constitucionalidad como tratados internacionales que versen

19 Artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política del Perú

20 A. Gómez Guevara. Gaceta Constitucional. Derecho Constitucional al Trabajo. T 66, 2013, p 145

21 W. Gutiérrez Camacho. La Libertad de Contratación. En el Código Civil comentado. T VII. Contratos en General. Gaceta Jurídica. Segunda Edición 2007, p 43.

sobre derechos humanos y acuerdos de la OIT²², que permitirán optimizar los valores constitucionales establecidos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos así como los ordenamientos jurídicos Peruano²³ como Colombiano²⁴ no solo busca el reconocimiento de este derecho, sino se reclama una adecuada protección al mismo, es así que en este contexto, resulta necesario abordar el “principio protector” y la “protección adecuada” frente al despido y la estabilidad laboral.

El principio²⁵ protector implica la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, dada la disparidad entre el trabajador -parte débil de la relación laboral- y el empleador, en tanto que “el Derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo, debido a la falta de equilibrio entre las partes, que caracteriza a los contratos, por lo que sus lineamientos constitucionales no pueden ser meramente estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra

con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica”²⁶.

La estabilidad laboral es “la protección legal contra las posibilidades de terminar la relación laboral; apunta a la permanencia del contrato de trabajo y a que el mismo no se extinga por causa no prevista en la ley”²⁷. Sin ella, serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos de carácter laboral, por lo que la estabilidad laboral se constituye como una garantía para el ejercicio de los demás derechos laborales. Por lo que podríamos hacer referencia a dos tipos de estabilidad laboral:

- La “estabilidad de entrada” que implica una garantía por la cual el trabajador cuenta con una protección jurídica en cuanto a la terminación del contrato de trabajo una vez superado el periodo de prueba. No obstante, cabe señalar que al tiempo de contratar un trabajador se le debe celebrar un contrato a plazo indeterminado pues el Estado Peruano ha señalado que debe preferirse que la contratación se haga a plazo indeterminado²⁸,

22 Los Convenios Internacionales del Trabajo se han definido como instrumentos destinados a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican, al paso que las recomendaciones no crean tales obligaciones, sino que se dirigen a definir guías que orienten la acción de los gobiernos respecto a sus relaciones laborales. D. Younes Moreno. *La nueva Carta de Derecho y Deberes*. Colombia. P. 177.

23 Artículo 27.- Protección del trabajador frente al despido arbitrario “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

24 Artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991. “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: ... estabilidad en el empleo...”

25 Un principio son aquellas directrices o postulados de carácter general que inspiran a las demás normas, amén de servir de fuente para la resolución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.

26 STC Exp. Nro. 06228-2001-AA/TC

27 J. TOYAMA, *Guía laboral. Guía legal de Problemas y Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, Perú, p 331

28 El artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, norma que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

pues brinda estabilidad emocional y económica al trabajador y de otro lado brinda beneficios al empleador pues reduce costos laborales en cuanto a rotación de personal y capacitaciones laborales, de modo que los contratos a plazo determinado se celebraran de modo excepcional cuando exista alguna causal contemplada en la ley que por alguna circunstancia no hace factible la contratación a plazo indeterminado.

- La “estabilidad de salida” que corresponde a la protección que brinda el Estado frente al despido arbitrario, entendido como la proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

El Convenio Internacional de Trabajo Nro. 158 de la OIT -no ratificado por el Perú-, pero que tiene la eficacia de una recomendación, señala que la legislación de los países puede reconocer la estabilidad laboral de salida absoluta o relativa. Por tanto, no es admisible el despido libre (ad nutum), siendo indispensable la existencia de la causa justa bajo el principio de tipicidad que “representa una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador, a efecto de que las prohibiciones que definen sanciones, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal²⁹”.

De lo contrario, se configurará un despido arbitrario³⁰ cuando el empleador cesa o da por concluido de modo unilateral el vínculo laboral por alguna causal no contemplada en la ley o que estando contemplada no pueda probarse en juicio o no se sigue el procedimiento de despido a fin que el trabajador ejercite su derecho de defensa. Pues para la configuración de un despido no basta que exista la causa legal, sino debe estar indudablemente acreditada.

Es indudable que el contenido del derecho al trabajo ha ido migrando a un contenido del derecho al trabajo concreto y exigible que se manifiesta en el acceso³¹, desarrollo y especialmente en la extinción de la relación laboral. Estamos ante un derecho que ha sido recogido por normas internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos destaca que “Toda 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... (Artículo 23)”, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que “Los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho (Artículo 6)”.

29 Exp. Nro. 00047-2012-PA/TC

30 “Cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, solo podrá sustentarse en una causa justa establecida por ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario”. Exp. Nro. 03710-2005-PA/TC

31 Ello no quiere decir, que exista una prestación u ofrecimiento necesario de trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones de realizarlo. D. Younes Moreno. La nueva Carta de Derecho y Deberes. Colombia. P. 177.

Según lo precedente, el Estado está en la obligación de garantizar la estabilidad en el empleo³² y de brindar una protección adecuada contra el despido arbitrario³³ precepto que debe interpretarse en función al Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que dispone que los Estados deben garantizar “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una *indemnización* o a la *readmisión* en el empleo o cualesquiera otra prestación prevista en la legislación nacional”³⁴

Protección en base a la Legislación Peruana

El TUO del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR establece que las causales para poder despedir a un trabajador de modo justificado son:

Causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:³⁵

- a. El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con

el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;

- c. La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:³⁶

- a. La comisión de falta grave por:
 - El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.
 - La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente.
 - La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio

32 Art. 53 de la Constitución de Colombia de 1991

33 Artículo 27 d la Constitución Política del Perú

34 Artículo 7 inciso d) del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

35 Art 23 del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR

36 Art. 24, 25, 26, 27 y 28 del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR

propio o de terceros, con prescindencia de su valor.

- El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal.
- La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad.
- Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral.
- El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta.
- El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan

aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

- b.** La condena penal por delito doloso.
- c.** La inhabilitación del trabajador.

La misma norma en el art. 34 y 38 contempla que en caso de despedir a un trabajador en forma arbitraria este tiene derecho a una indemnización (tutela resarcitoria) por concepto de despido arbitrario, “se debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva el trabajador deja de percibir su remuneración...”³⁷ Equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones o en el caso de ser un trabajador con un contrato a plazo determinado se le deberá abonar una remuneración y media por cada mes que le falte laborar según lo establezca su contrato de trabajo con un tope de doce remuneraciones.

Es decir, establece un quantum económico que faculta a compensar al trabajador por el daño que se le ha causado en ejercicio de su derecho a la “libertad de contratación”, que “garantiza la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual³⁸”, sin embargo el ejercicio de esta libertad que conlleva a una regulación de carácter económico contiene

37 Sentencia Casatoria Nro. 399-99 de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

38 STC Exp. Nro. 7320-2005-PA/TC

un límite implícito y natural por cuanto no puede restringir el ejercicio de un derecho fundamental, es decir, que esta libertad de contratación en cuanto a su conclusión no puede conllevar a la cosificación o a rebajar la dignidad de la persona que es el fin supremo al cual el Estado orienta su protección, pues la libertad de contratar que tiene toda empresa de ningún modo puede esclavizar o utilizar a la persona, ni vulnerar su derecho al libre desarrollo por cuanto no forma parte del contenido constitucionalmente protegido de este derecho que no puede ser lesivo a la libertad de trabajo.

Entonces, podemos arribar a la conclusión inicial que al ser el derecho al trabajo una forma de despliegue a través de la cual el hombre trasciende, la acción tuitiva del Estado debe estar orientada a su protección frente al ejercicio arbitrario de la libertad de contratación, es así que el pago de una indemnización quedando *solo* a criterio del empleador evidencia los extremos de una absoluta disparidad entre la relación empleador/trabajador en lo referido a determinación de la culminación de la relación laboral, por lo que el retrotraer las cosas al estado anterior de la violación del derecho, esto es a través de la reposición a su puesto de trabajo es una forma adecuada de protección, sin que implique vulneración al derecho a la libertad de contratación, sino más bien una limitación propia que debe garantizar de un Estado Social de Derecho, pues un contrato no puede establecer condiciones que afecten la libertad de las personas ni tampoco el abuso del poder de una parte sobre la otra; el contrato debe ser la expresión de un equilibrio entre las partes, un instrumento

que facilite el intercambio justo y ayude a construir una sociedad con bienestar para todos.

Por ello el Tribunal Constitucional Peruano, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, ha emitido precedentes importantes que desarrollaremos a continuación:

- Exp. Nro. 01124-2001-AA/TC - Caso Telefónica. Recaído en un proceso de amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú – FETRATEL contra Telefónica del Perú y Telefónica Holding en la que el Tribunal Constitucional ordenó la reposición de los trabajadores que habían sido despedidos arbitrariamente, se arribó a un rumbo proteccionista hacia el trabajador por ser la parte débil de la relación laboral cuestionándose la constitucionalidad de la indemnización por despido arbitrario que implicaba una situación de desprotección por su uso abusivo, pues esta daba la posibilidad a los empleadores de despedir a los trabajadores sin causa justa causándoles un perjuicio que pretendía ser reparado a través del pago de una indemnización, sin tener en consideración la esencia y finalidad humana del trabajo.
- Exp. Nro. 0976-2004-AA/TC - Caso Llanos Huasco recaído en un proceso de amparo en el que el Tribunal Constitucional ante la diversidad de las formas de cómo el legislador puede desarrollar el contenido del derecho a la protección adecuada frente al despido arbitrario, para lo que goza un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, establece categorías de despido, recurriendo a

dos reglas para proteger al trabajador en caso de despido arbitrario: una *protección de eficacia resarcitoria* a través del pago de una indemnización -cuando el trabajador considere que con ese monto se le ha reparado el daño causado y en consecuencia discorra que en ese trabajo no va a poder desplegarse- y una *protección de eficacia restitutoria*³⁹ a través de la cual se puede solicitar la reposición laboral, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación, cuando se haya procedido al cese del vínculo laboral sin causa objetiva. Es así, que quedó a decisión del trabajador el optar por el pago de una indemnización, que tendrá carácter constitucional cuando considere a su discrecionalidad que ese monto establecido por ley se le ha reparado el daño causado (lucro cesante y daño emergente), o si por el contrario considera que con ese monto no se le ha reparado el daño causado, esta no será una forma adecuada de protección frente al despido arbitrario resultando incompatible con la constitución, por lo que tendrá la potestad de salvaguardar su derecho, pidiendo su reposición al puesto laboral que venía desempeñando.

- Exp. Nro. 00206-2005-PA/TC - caso Baylon Flores, en el que el Tribunal

Constitucional incorpora una tipología de despido que podrá protegerse en un proceso de amparo: a) despido nulo: basado en razones discriminatorias o de embarazo o en caso de afectación a la libertad sindical, b) despido incausado: cuando no existe imputación de causa justa de despido y c) despido fraudulento, aquel en el que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente.

Este criterio “proteccionista”⁴⁰ propio de un Estado Social de Derecho se funda en entender que “la finalidad del trabajo es el hombre..., por cuanto está subordinado a la realización del hombre.”⁴¹, por lo tanto la persona está por encima de cualquier factor de producción económico, no pudiéndosele reducir o degradar a un mero instrumento u objeto de producción que es útil -económicamente hablando- para alcanzar un fin lucrativo, pues se estaría desnaturalizando la esencia del trabajo dejándolo sin contenido humano. Entonces, ninguna empresa puede considerar a los trabajadores únicamente como herramientas que puede utilizar para sacar un provecho económico, con esto no se quiere afirmar que no

39 Con relación a la vía procesal restitutoria, el TC estimó, en la mencionada STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, que este tipo de protección determina la readmisión en el empleo de aquel trabajador cuyo despido se configura en uno injustificado o por la infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en los tratados relativos a derechos humanos; y ello, siempre que el trabajador, afectado por tal acto, no haya optado por la tutela indemnizatoria. D. BARDALES P., Antonio y AGUILAR LIMA Dany. Gaceta Constitucional Tomo 6. La extinción definitiva del vínculo laboral y la indemnización como mecanismo de protección ante el despido injustificado. A propósito de la sentencia recaída en el Expediente N° 750-2007-PA/TC, p. 291. 2008

40 No obstante, algunos juristas señalan que el criterio asentado por el Tribunal Constitucional, no resulta compatible con la propia constitución debido, a que en el mismo corpus normativo se señala que se regulará mediante ley la forma de protección frente al despido arbitrario, pero esta regulación atribuida a través de ley no puede transgredir los principios y valores a los cuales se orienta el Estado, y siendo el Tribunal Constitucional en el intérprete supremo de la Constitución, está constitucionalmente facultado para establecer un criterio de protección proteccionista.

41 Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia ..., p 152

hay complementariedad entre trabajo y rentabilidad de la empresa, pues cuando la persona se desarrolla en su trabajo favorece la productividad y eficacia del trabajo mismo. Por tanto, es lógico inferir que si no se lo considera como un instrumento, no puede deshacerse de él cuando no haya una causa objetiva imputable a la persona, de lo contrario se estaría cosificando a la persona y degradándolo a un instrumento atentando en contra de su dignidad y de sus finalidades naturales.

El Tribunal Constitucional, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto reglas de procedencia del amparo laboral⁴²:

- El cobro de beneficios sociales no implica un consentimiento al despido arbitrario por parte del trabajador, pues los conceptos recibidos por el trabajador al finalizar su relación laboral tienen carácter remuneratorio, no indemnizatorio, pues no constituye retribuciones por la conclusión, sino son beneficios al que el trabajador tuvo derecho desde antes de la culminación de la relación laboral.
- El cobro de indemnización por despido arbitrario u otro concepto por incentivos si supone la aceptación de la forma de protección alternativa.
- El pago de la liquidación deberá efectuarse de modo independiente y diferenciando el pago por concepto de indemnización por despido arbitrario, aclara el Tribunal Constitucional que el empleador que pone a disposición del trabajador la indemnización por despido, acepta la penalidad de su accionar, la que puede ser aceptada o rechazada por el trabajador. Así se quiso eliminar el

mal habito del empleador que luego de haber efectuado un despido arbitrario pone a disposición del trabajador sus respectivos beneficios sociales para legitimar su accionar aduciendo que los despido han sido consentidos por los trabajadores, quienes por la necesidad se ven obligados a cobrar sus beneficios, agudizándose la situación de desventaja que existe en la relación laboral.

Por ello, si el trabajador *recibe* la indemnización, no cabe en lo posterior que pueda alegar que no se ha reparado de modo adecuado el daño causado y en consecuencia pueda pedir su reposición, más aun si la indemnización fue aceptada en documento distinto al de su liquidación ya que se le dio la potestad de recibir su liquidación y rechazar la indemnización para salvaguardar su derecho al trabajo vía reposición, evitando condicionar al trabajador por su estado de necesidad. “(...) No obstante, debe precisarse que, en el caso de autos, la lesión de los derechos constitucionales invocados (...) se difumina y hace innecesaria su evaluación en cuanto al probable hecho lesionador, debido a que la demandante efectuó (...) la indemnización por despido (...) pues ello (...) importa que la demandante optó voluntariamente por la protección frente al despido”⁴³.

Es en este punto recordaremos lo establecido en la Constitución Peruana “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan... (Artículo 23)” y por otro lado “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de

42 Exp. Nro. 039052-2009-PA/TC.

43 STC Exp. N° 534-2004-AA/TC

oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (Artículo 26).

Protección trabajadores en situaciones especiales

Pese a que la constitución peruana contempla que el Estado protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan, en este trabajo solo nos centraremos en la madre y en la persona con discapacidad.

Este tipo de acción, conocida también por la doctrina como “discriminación positiva” o “discriminación inversa”, se justifica porque se busca equiparar condiciones desiguales, en tanto que le exige al legislador en base a la dimensión material del derecho a la igualdad ante la ley que equipare condiciones, per se, desiguales.

En relación a la madre trabajadora en el Perú se ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación y Convenios Internacionales de la OIT, así como normas internas⁴⁴ enfocadas a proteger a la madre trabajadora.

La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos

peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan conexión con el sexo, tal como el embarazo, razón por la cual debe proscribirse todos los actos tendientes a la discriminación de la mujer en la esfera laboral ya sea por motivos de embarazo, licencia por maternidad o permiso por lactancia, dado que se trata de circunstancias especiales destinadas a la protección al derecho a la vida del concebido, al fortalecimiento de los lazos familiares e interés superior del niño. En este sentido, “el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo⁴⁵”. De otra parte, “el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico⁴⁶”. Por tanto, el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido⁴⁷. Este es el único supuesto en el que se presume que el despido es nulo: presunción *iuris tantum*. Esta presunción se da cuando se cumplen dos requisitos: Que el empleador no acredite una causa justa de despido y que el empleador conozca del embarazo, pues solo en el caso de la mujer gestante se va a presumir que el despido es nulo, salvo

44 Ley 28048 Ley de Protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto y su D.S. 009-2004-TR.

Ley 26644 norma que regula el descanso pre o post natal y su D. S. 005-2011-TR

Ley 27240 norma que otorga el permiso por lactancia, modificada por la Ley 27591 y precisada por la Ley 27403

45 Apartado d), del Art. 5 del Convenio 158 OIT

46 Art. 4.1 de la Recomendación 95 OIT

47 Inciso e) del Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR

que el empleador pruebe que existe justa causa para despedir⁴⁸.

De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir utilizar el embarazo como criterio para la contratación o el despido y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una

protección especial de la salud durante el embarazo⁴⁹.

El Tribunal Constitucional Peruano ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversos casos de despido por embarazo como 05652-2007-PA/TC⁵⁰; 04844-2008-PA/TC⁵¹; 03534-2011-PA/TC⁵², 02148-2010-PA/TC⁵³ en los que ordenó su reposición laboral.

En lo que respecta a la persona con discapacidad⁵⁴ afectada por una

48 CASTILLO GARCÍA, Brigitte. Gaceta constitucional tomo 11. El despido nulo. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p. 336. 2008.

49 Exp. Nro. 05652-2007-PA/TC

50 Demanda de amparo interpuesta por Doña Rosa Bethzabé Gambini contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en la que el Tribunal Constitucional ordena su reposición por haber sido objeto de un despido discriminatorio por estar embarazada (hecho que había comunicado a su empleadora) por haberse acreditado que pese a haber suscrito contratos de servicios no personales desempeñó labores en forma subordinada y permanente, y al haber sido despedida sin haberle expresado la existencia de una causa justa se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.

51 Acción de amparo interpuesta por Doña Jakeline Rojas Pereira contra el Banco Falabella Perú S.A., en este caso, pese a que se solicitó que se declare nulo su despido por ser discriminatorio; no se llegó a acreditar que la empresa tuviese conocimiento de su estado de gestación ni se pudo extraer indicios que generen una razonable sospecha que fue objeto de un despido discriminatorio pues tenía cuatro semanas y un día de gestación a la fecha de extinción de su contrato, sin embargo dadas las circunstancias el Tribunal ordeno la reposición laboral dado que sus contratos fueron desnaturalizados porque no se consignó la causa objetiva de la contratación y al no imputarle causa objetiva de despido se vulnero su derecho al trabajo

52 Demanda de amparo interpuesta por Doña Victoria García Choque contra el Gobierno Regional de Moquegua, por haber sido despedida sin motivo alegándose término de su contrato; pese a haber presentado un informe médico de EsSalud, por el que dio a conocer su estado de gravidez. El Tribunal Constitucional estimó la demanda habiéndose acreditado que prestó servicios por contratos civiles y, luego, prestó servicios de naturaleza permanente sin contrato; y que puso en conocimiento del su estado de gravidez, declarando nulo el despido ordenando su reposición

53 Acción de amparo interpuesta por Doña Maybelline Yesenia Mera Chávez contra Triplay Martín S.A.C., caso en el que no se acreditó que fue despedida por su estado de gravidez de embarazo, por no haberse comprobado la respectiva comunicación de su estado antes del vencimiento del contrato, sin embargo, el Tribunal Constitucional en virtud al deber especial de protección comprobó que los contratos de trabajo sujeto a modalidad fueron desnaturalizados dado que no se consignó causa objetiva de contratación y ordeno su reposición.

54 Persona que tiene una o más deficiencias evidenciadas con pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de las formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad; el discapacitado tiene una protección especial por parte del Estado Ley 27050 Ley General de la Persona con Discapacidad

Convenio de la OIT Nro. 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación

Convenio de la OIT Nro. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas invalidas

disminución en sus facultades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial, más aun cuando el Estado Peruano promueve una política inclusiva que le permita alcanzar su máximo desarrollo para poder vivir en condiciones dignas. La Corte Constitucional de Colombia ha enfatizado en que “... *los trabajadores discapacitados deben gozar de una especial protección por cuanto, se trata de sujetos que por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran requieren del Estado una protección reforzada que garantice la eficacia real de los derechos de los cuales son titulares y que ha sido ordenada expresamente por el texto constitucional. Por ello, es necesario que respecto de los despidos de trabajadores discapacitados ... se aplique en particular una de las reglas establecidas positivamente en el caso de la trabajadora en embarazo, cual es, la presunción de que el despido o la terminación del contrato de trabajo se produce como consecuencia de su discapacidad*”⁵⁵, más aun establece que “el término de estabilidad laboral reforzada para hacer referencia al derecho con el cual se garantiza *“la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral*”⁵⁶.

Sin embargo, dado el *Precedente vinculante* por el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia Nro. 0206-2005-PA/TC se establece que:

Que si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de *despido nulo*⁵⁷, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados. Del mismo modo, los despidos originados en la *discriminación*⁵⁸, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del *embarazo*, toda vez que, el Estado protege especialmente a la madre, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo. Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de *impedido físico mental*.

Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente. De otro lado, se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de *hechos controvertidos*, o cuando, existiendo duda sobre tales

55 Sentencia T-125/09.

56 Sentencia T-269/10

57 Artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral

58 En este sentido si se declara fundada la pretensión procede la reposición del trabajador en el centro de trabajo. Sin embargo, al declararse nulo un despido, también cabe la posibilidad de que el trabajador pueda optar por la indemnización correspondiente en caso de despido arbitrario.

hechos, se requiera la actuación de medios probatorios.

Esto, si lo complementamos con lo ya analizado en el apartado anterior, llegamos a la conclusión que si este trabajador que es objeto de protección especial por parte del Estado -mujer en estado de embarazo y discapacitado- recibió una indemnización por parte del empleador, no podrá pedir posteriormente su reposición por cuanto dejó consentir la vulneración de su derecho, asintiendo de este modo que con la indemnización se le reparó el daño, entonces cabe preguntarnos, si consideró que se le reparó el daño con la indemnización ¿sería lógico que luego pretenda pedir su reposición?, ¿realmente el Estado está garantizando una verdadera protección dado su estado de gravedad?

El Estado de Colombia, según lo dispuesto en la Constitución de 1991⁵⁹, establece entre otros, a la mujer como sujeto de protección especial y como mandato especial el apoyo a la madre cabeza de familia⁶⁰. La Corte Constitucional de Colombia enunció en este sentido reglas de lo que llamo su “jurisprudencia decantada”, en torno al tema de la terminación de los contratos de trabajo de las mujeres en estado de embarazo exigió el cumplimiento de cinco requisitos, para que pudiese sobrevenir la protección:

- Que el despido acontezca durante el periodo amparado por el “fuero de maternidad”, es decir, durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto.
- Que para la fecha del despido, el empleador conociera del estado de gravedad, principalmente por notificación idónea y previa
- Que el despido sea consecuencia del embarazo y no de una causal seria y objetiva que lo justifique
- Que no medie autorización expresa de inspector de trabajo
- Que el despido amenace el mínimo vital de la madre o del niño que está por nacer

Además, estableció a través de la figura “*protección reforzada*” una protección especial a la mujer después del parto, que beneficia tanto a la mujer como al niño. En este sentido la Corte adoptando el precedente contenido en la sentencia T-512 de 2001 reiteró que debían ser protegidos los derechos de los trabajadores, especialmente los relacionados con la estabilidad laboral, vinculando el concepto de jurídico de *estabilidad laboral reforzada*, en los sujetos de especial protección constitucional disponiendo que “El Estado tiene la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger de manera especial a los trabajadores, que por sus condiciones de debilidad manifiesta o discriminación

59 Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

60 Para efectos de la presente ley entiéndase por “Mujer Cabeza de Familia” quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. (artículo 2 – Ley 82 de 1993).

histórica así lo demanden, entre las cuales sobresalen las madres cabeza de familia, velando en cuanto sea posible por su permanencia en la entidad de manera tal que la indemnización constituya la última alternativa⁶¹.

En este sentido, se dispuso que la mejor manera de protección consistiera en el reintegro a sus cargos, dejando así *sin efecto las indemnizaciones entregadas*. Adicionalmente amplió el alcance de la decisión, disponiendo que esta cobijara a aquellas madres cuyos amparos hubiesen sido negados, o sus casos no hubiesen sido seleccionados, dando así efectos *inter comunis* a su decisión tal como lo había hecho en otras ocasiones⁶².

Un caso relevante es el recaído en la Sentencia T-058/08 Acción de tutela interpuesta por Carol Lorena Castro Yasno contra la Cooperativa de Empleados de Distribuidora de Drogas – Copservir Ltda, en el que se resolvió el derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada y estableció la prohibición de despedir a una trabajadora que se encuentre en estado de embarazo o en período de lactancia, dado que la trabajadora tiene derecho a conservar su trabajo, “No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas”. La mujer trabajadora que sea despedida en los períodos indicados y sin el respectivo permiso de la autoridad competente, dado que se entiende que este despido no produce efecto alguno,

tiene derecho a ser reintegrada a su trabajo, al pago de una indemnización equivalente a 60 días de salario, al pago de las indemnizaciones y prestaciones sociales correspondientes a la modalidad de contrato de trabajo convenida, y al pago de la licencia de maternidad, si éste aún no se ha hecho efectivo.

El caso discurre en que la accionante reclama el amparo de sus derechos a la igualdad, al trabajo y a la maternidad, presuntamente violados por la empresa demandada, alegando que trabajó con contrato de trabajo a término indefinido y que recibió una comunicación que dio por finalizada la relación laboral en la que el empleador manifestó tener pleno conocimiento de su estado de embarazo, aduce que días antes del de su despido tuvo que soportar la presión del representante legal de la cooperativa, quién le solicitó que renunciara, porque su embarazo estaba ocasionando molestias y contratiempos en el trabajo. La entidad demandada manifiesta que la desvinculación laboral de la demandante se hizo con fundamento en el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, que permite al empleador la terminación unilateral del contrato del trabajo con el pago de una indemnización, la misma que fue pagada y recibida en cantidad superior a la prevista por ley, con el objeto de que la pérdida de su trabajo no amenazara de ninguna manera su mínimo vital y el de su hijo. El caso fue resuelto declarando fundada la pretensión en primera instancia ordenando que se *restablezca* a la trabajadora bajo los argumentos que el juzgado considera que hay una realidad indiscutible y es que la

61 Sentencia SU-388 de 2005.

62 Quinche Ramirez, M. derecho Constitucional Colombiano De la Carta de 1991 y sus Reformas. Cuarta edición. 2010. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Colombia, p. 282.

demandante, se encuentra en estado de embarazo, y que como tal goza de una protección constitucional laboral reforzada y que “esta realidad no puede ser burlada ni mucho menos maltratada por persona alguna en el universo” y que respecto al pago de la indemnización realizada al momento del su despido no se pronunciará toda vez que no es competente para dirimir u ordenar su devolución, por lo que deberá acudir a la jurisdicción laboral para lo pertinente”. En segunda instancia se resolvió revocar el fallo impugnado y declarar improcedente el amparo. Afirma respetar mas no compartir las consideraciones del a quo, ya que si la demandante *“aceptó la indemnización ofrecida por la empresa accionada, mal podría hablarse de vulneración de sus derecho”*.

Finalmente el pronunciamiento de la Corte Constitucional fue a favor de la accionante en base a que la Constitución Política dispone que se debe garantizar la protección especial y el ejercicio del derecho a la igualdad de quienes, dada sus características particulares, su origen o sus convicciones, pueden ser objeto de discriminación social⁶³. Y que estatuye el conjunto de principios mínimos fundamentales que orientan las relaciones laborales. Entre ellos se encuentran los siguientes: “...estabilidad en el empleo⁶⁴”. “La jurisprudencia constitucional ha establecido que en tanto exista una relación laboral, cualquiera que ella sea, es predicable de la mujer embarazada o lactante el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación

laboral no puede quedar ni suspendida ni terminada. Dado que es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una *presunción* de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal⁶⁵”.

La Corte Constitucional de Colombia, observó que el demandado justificó la legalidad de la terminación del contrato de trabajo aduciendo que a la actora se le había indemnizado generosamente, pero el hecho de la indemnización se constituye como irrelevante frente a la arbitrariedad del despido, debido a que el trabajo es más que un simple medio para obtener recursos económicos que permitan la subsistencia de las personas en una economía de mercado. Desde el preámbulo mismo de la Constitución se establece que es un principio en el que se fundamentan el orden constitucional y el Estado Social de Derecho, y que está íntimamente ligado a la dignidad del ser humano. Por ello, expresado en términos coloquiales, nadie puede forzar a nadie a “vender” su derecho al trabajo. En el caso de las mujeres que gozan de una estabilidad laboral reforzada por razones de embarazo, lo anterior se hace más evidente aún, porque incorpora también el derecho a no ser discriminado. Admitir que con el simple pago de indemnizaciones el daño sufrido en los derechos fundamentales de la mujer se encuentra reparado, es tanto como aceptar que cualquiera con suficiente dinero puede discriminar a la mujer,

63 Art. 13 de de la Constitución Política de Colombia de 1991

64 El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991

65 Sentencia T-873 de 2005.

“comprándole” a la fuerza sus derechos a la igualdad, al trabajo e incluso su propia dignidad. El interés de cualquier mujer que ve en su trabajo más que una simple ecuación labor = dinero, involucrando en ésta el libre desarrollo de su personalidad y su dignidad, no es el de recibir una jugosa indemnización, sino el de trabajar aún en estado de embarazo, siendo respetada en su plan de vida como mujer trabajadora y futura madre. Por ello es necesaria también la restitución del empleo perdido por la madre gestante, puesto que se cometió una inmensa arbitrariedad que no se resarce con el pago de una indemnización, por muy alta que sea su cuantía o por muy generosa que pueda considerarse. De manera la Corte decidió revocar el fallo dictado en segunda instancia y que en lo relativo a la indemnización recibida por la actora al momento de su desvinculación, le asiste razón al juez de primera instancia quién consideró que carecía de competencia para pronunciarse acerca de un tema de carácter estrictamente económico que se encuentra por fuera del sorteo del juez de derechos fundamentales.

Esto gira en definitiva en torno al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales que prohíbe los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, que está sujeto al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. En este sentido, este principio tiene por objetivo proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos

laborales reconocidos por la constitución y las leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral, dado que el trabajador se le considera la parte más débil de la relación laboral⁶⁶. Tal como lo señala el Dr. De la Villa “el principio de irrenunciabilidad puede ser definido como la imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en la norma imperativa⁶⁷”

El Tribunal Constitucional Peruano, ha señalado que “la irrenunciabilidad solo alcanza a aquellos derechos reconocidos por la constitución y la ley; que por tales son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. ... en este ámbito el trabajador no puede despojarse, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma⁶⁸”. Este principio tiene como fundamento el equiparar situaciones de desigualdad y la necesidad de proteger al trabajador, dado que si renuncia a sus derechos lo va a hacer o por presión o por ignorancia, situación que lo ponen en un estado de indefensión y que el Estado tiene que proteger, por tanto la renuncia de los derechos del trabajador debe ser incondicional en definitiva. “La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia-, se perjudique⁶⁹.”

66 Exp. Nro. 0008-2008-PI/TC

67 L. De la Villa. “El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”. En Revista de Política Social nro. 70. Madrid, 1970 p.7.

68 Exp. Nro. 0008-2008-PI/TC.

69 Exp. Nro. 2906-2002-AA/TC-Arequipa

Por tanto, esto conlleva a determinar que dentro del marco constitucional dada la protección especial que el Estado peruano predica al trabajador que se encuentre en situaciones especiales -embarazo o discapacidad- no todo está dicho, porque cabe la posibilidad con sustento constitucional, que pese a haber recibido una indemnización o incentivo que dé por culminado el vínculo laboral, pueda pedir su reposición laboral por haberse vulnerado a su derecho al trabajo como forma de protección adecuada, teniendo en consideración el alcance del principio de irrenunciabilidad de derechos de carácter laboral. Y más aun teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no ha sido totalmente ajeno a estas situaciones, por ejemplo en el caso de doña Elba Graciela Rojas Huamán contra Telefónica del Perú S.A.A. en el que optó por ordenar la reposición laboral de una trabajadora pese a haber recibido indemnización cuando se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era⁷⁰

CONCLUSIONES

El trabajo es el conjunto de actividades que realiza la persona humana en base a su dignidad encaminadas a lograr su realización personal, en ejercicio de una actividad honesta que le permita alcanzar su anhelo de trascendencia, felicidad y garantizar su bienestar, y como “clave esencial” de toda cuestión social, condiciona el desarrollo no solo económico, sino también cultural y moral, de las personas, de la familia, de la sociedad y de todo género humano.

La acción tuitiva del Estado debe estar orientada a la protección del derecho al trabajo frente al ejercicio arbitrario de la libertad de contratación, por tanto el pago de una indemnización o incentivo quedando solo a criterio del empleador evidencia una absoluta disparidad en la relación laboral, por lo que el retrotraer las cosas al estado anterior de la violación a través de la reposición laboral resulta ser una forma adecuada de protección, sin que signifique vulneración al derecho a la libertad de contratación del empleador, configurándose solo una limitación racional que un Estado Social de Derecho debe predicar, amén de evitar el abuso del poder; dado que un contrato de trabajo debe ser la expresión de equilibrio entre las partes, un instrumento que facilite el intercambio justo y ayude a construir una sociedad con bienestar para todos.

Dentro del marco constitucional Peruano cabría la posibilidad que en aras de protección al trabajador que se encuentre en situaciones especiales que ameritan protección reforzada -embarazo y discapacidad- y que ha sido objeto de un despido nulo, pese a haber podido recibir una indemnización o incentivo que conlleve al cese definitivo del vínculo laboral, pueda pedir su reposición laboral -previa devolución del mismo- por haberse vulnerado a su derecho al trabajo como forma de protección, en base al principio de irrenunciabilidad de derechos de carácter laboral, lo que implicaría un cambio de criterio que tendría que adoptar el Tribunal Constitucional Peruano, si pretende ser un órgano que resguarde

70 Exp. Nro. 0628-2001-AA/TC.

derechos fundamentales, pues la persona como fin supremo está por encima de cualquier factor de producción económico, no pudiéndosele reducir a instrumento de producción sin desvincular la relación trabajo/rentabilidad, pues cuando la persona se desarrolla en su trabajo favorece la productividad y eficacia del trabajo mismo.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO PINILLOS, Roberto. *Guía Rápida del proceso Constitucional de Amparo*. Grijley. 2009.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y otros. *Gaceta Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tomo 36, Perú. 2010

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, Santistevan de Noriega, Jorge y García Toma, Víctor. *Gaceta Constitucional. Tomo 6, 11, 12, 59, 61*. Gaceta Jurídica. Perú.

ASTOS PINTO, Manuel y otros. *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Gaceta Constitucional 2012.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la Persona y relación de Trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

CANALES CAMA, Carolina y otros. *Los Derechos Fundamentales – Estudios de los Derechos Constitucionales desde las Diversas Especialidades del Derecho*. Gaceta Constitucional 2010.

CASTILLO CÓRDOVA LUIS, INDACOCHEA PREVOST ÚRSULA, PORTOCARRERO QUISPE JORGE ALEXANDER, GRÁNDEZ CASTRO PEDRO, FERREIRA MENDES

GILMAR, RUFINO DO VALE ANDRÉ, HERNANDO NIETO EDUARDO, MORALES LUNA FÉLIX Y SOSA SACIO JUAN MANUEL. *Pautas para interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales*. Gaceta Constitucional. 2009

Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Pontificio Consejo “JUSTICIA Y PAZ”. Epicons

Constitución Política del Perú

Constitución Política de Colombia de 1991

De la Villa, Luis. “El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”. En Revista de Política Social nro. 70. Madrid, 1970.

DE LAMA LAURA, Manuel. *Gaceta Constitucional. Las relaciones laborales y la buena fe*. Tomo 60. Edición Gaceta Jurídica. Perú, 2013.

DIAZ ARENAS, Pedro Agustín. *La Constitución Política Colombiana 199. Proceso, estructuras y contexto*. Editorial Temis S.A. Colombia. 1993

GOMEZ GUEVARA, A. *Gaceta Constitucional. Derecho Constitucional al Trabajo*. T 66, 2013.

GUTIERREZ, Walter. Obra Colectiva escrita por 117 destacados juristas del país. *La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo*. Gaceta jurídica -2005 Tomo I y II

GUTIERREZ CAMACHO, WALTER. La Libertad de Contratación. En el Código Civil comentado. T VII. Contratos en General. Gaceta Jurídica. Segunda Edición 2007

- HERVADA, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*, EUNSA, Pamplona 1989.
- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona 1992
- OLANO GARCIA, Hernan. *Constitución Política de Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Colombia.*
- PLA RODRIGUEZ, Americo. *Los Principios del Derecho al Trabajo*. Tercera Edición. Depalma, Buenos Aires.
- QUINCHE Ramirez, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano De la Carta de 1991 y sus Reformas*. Cuarta edición. 2010. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Colombia
- QUISPE CHAVEZ, Gustavo, CAMPOS TORRES, Sara, GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *El Amparo Laboral y la Vía Ordinaria*. Soluciones laborales, Manual Operativo 2, 2010.
- SAENZ DAVALOS, Luis, PESTANA URIBE Enrique, RODRIGUEZ SANTANDER Roger, SOSA SACIO Juan Manuel, HUERTA GUERRERO Luis Alberto, DIAZ MUÑOZ Oscar, ADRIAN CORIPUNA Javier, KUO CARREÑO Cinthia. *Derechos Constitucionales No Escritos Reconocidos por el Derecho Constitucional*. Gaceta Constitucional 2009.
- SANCHEZ AGESTA L. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. Universidad Complutense, 1980 , edición, p 37
- SANCHEZ VELASQUEZ, Daniel. *Discriminación y Medios de Comunicación*. Palestra 2010
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo*. Dialogo con la Jurisprudencia 2007.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*. Fedye Fondo Editorial 2000-Argentina.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. *El Debido Proceso – Estudios Sobre Derechos y Garantías Procesales*. Gaceta Constitucional 2010.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. *Guía Teórica-Práctica para utilizar los Criterios Interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Constitucional 2011.
- TITO PUCA, Yolanda. *Guía para Reconocer un Verdadero Criterio Vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta constitucional 2011.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Soluciones Laborales, Perú, 2011.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Guía laboral. Guía legal de Problemas y Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica. Perú. 2007.
- VALLADOLID Z., Víctor. *Introducción al Derecho Constitucional*. Grijley 2007.
- VILA CABADO, Ivan. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Editorial Legis. Colombia. 2009
- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Legis. 2012.

Jurisprudencia

- Exp. Nro. 06228-2001-AA/TC
- Exp. Nro. 00047-2012-PA/TC

La protección del derecho al trabajo en el Perú en base a la experiencia colombiana en la legislación y jurisprudencia.

Exp. Nro. 7320-2005-PA/TC	Exp. Nro. 03534-2011-PA/TC
Exp. Nro. 039052-2009-PA/TC.	Exp. Nro. 02148-2010-PA/TC
Exp. Nro. 05652-2007-PA/TC	Sentencia SU-388 de 2005.
Exp. Nro. 0008-2008-PI/TC	Sentencia T-873 de 2005.
Exp. Nro. 0008-2008-PI/TC.	Sentencia T-125 de 2009.
Exp. Nro. 2906-2002-AA/TC-Arequipa	Sentencia T-269 de 2010
Exp. Nro. 0628-2001-AA/TC.	Sentencia T-611 de 2001.
Exp. Nro. 05652-2007-PA/TC	Sentencia T-191 de 2001.
Exp. Nro. 04844-2008-PA/TC	Sentencia T-132 de 2001.