

Elmer Guillermo Arce Ortíz

La nulidad
del
despido lesivo
de
derechos
constitucionales



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

Nuestra legislación ha exhibido en materia de estabilidad laboral, desde 1991 en adelante, la tendencia creciente a sustituir el régimen de estabilidad absoluta, en el que se reconoce al trabajador injustificadamente despedido el derecho a su reposición en el empleo, por la estabilidad relativa, en el que el afectado sólo tiene derecho al pago de una indemnización. Sin embargo, se reservó un campo en el que esa sustitución de mecanismos reparatorios no operó: el despido nulo. En este caso, cuando no sólo hubiera ausencia de fundamento para la extinción del vínculo laboral, sino que ésta derivara además de la vulneración de determinados valores constitucionalmente relevantes, el trabajador tendría derecho a ser readmitido en su puesto.

Lamentablemente, ese campo de excepción fue concebido de manera estrecha y cerrada: sólo ante la violación de determinados derechos, sustantivos —referidos a ciertos motivos discriminatorios— o instrumentales —algunos aspectos de la tutela jurisdiccional efectiva, y con severas limitaciones probatorias. De allí deriva que, en estos años, la utilización de la nulidad del despido por nuestra jurisprudencia, por demás reticente a lecturas progresivas de los textos, haya sido realmente pobre.

En este contexto, Elmer Arce emprendió la investigación que ha culminado en este libro. En una primera etapa, el autor ha revisado los mejores materiales doctrinarios y jurisprudenciales, nacionales y extranjeros, sobre la materia. Un análisis cuidadoso de toda esa información, le ha permitido luego detectar los principales problemas, así como organizar adecuadamente sus planteamientos sobre la cuestión. Por último, ha redactado su texto con la mayor precisión. Este es el itinerario de un brillante trabajo, como el que nos ofrece el autor.

El libro contiene primero un recuento de la evolución de nuestra legislación en lo que respecta a la regulación del despido. Los vaivenes de un subibaja de protección, que se detuvo por ahora muy cerca del suelo. Después, se presenta con rigor cada uno de los conceptos centrales referidos al despido lesivo de derechos constitucionales. Se detiene en la delicada cuestión de la tensión surgida entre la libertad de empresa, de un lado, y los derechos fundamentales de la persona —y, por tanto, también del trabajador— cuando se ejercen en el marco de una relación laboral. La preocupación en este punto es hallar el equilibrio entre uno y otro valor constitucionalmente tutelado, a través de la doctrina del balanceo. Asimismo, se ocupa del despido como acto lesivo de derechos constitucionales, indagando sobre el momento en que puede operar la lesión (en la motivación o en la realización del despido), la tutela resarcitoria apropiada (que no puede ser otra que la reposición del trabajador en el empleo) y la atenuación de la carga de la prueba, para favorecer a la víctima de la lesión.

La Nulidad del Despido Lesivo de
Derechos Constitucionales

Elmer Guillermo Arce Ortíz

La Nulidad del Despido
Lesivo de Derechos
Constitucionales



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

Primera edición: marzo de 1999

Cubierta: AVA Diseños

La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales

Copyright © 1999 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú – Telfs. 460-0872 y 460-2291 anexo 220.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-142-8

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú – Printed in Peru

Aquí va esta obra, cuyo esfuerzo está dedicado a mis padres y a mi hermano Julio, por ser cómplices de los momentos más bellos y felices de mi vida... y cuyo resultado queda ofrecido a los trabajadores y pobres del mundo porque, parafraseando a José Martí, junto a ellos la suerte de mi vida quiero echar.

Indice

Prólogo.....	15
Introducción	21

CAPITULO I

FASES Y EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS NORMATIVOS DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. PRECEDENTES DE LA FIGURA DEL DESPIDO NULO

1.1 La Regulación del Código de Comercio. La mesada del mancebo.	28
1.2 Ley 4916. La laboralización de la protección del trabajador.....	31
1.3 Los Decretos Leyes 18471 y 22126. La garantía de la estabilidad en el trabajo	36
1.4 La Constitución de 1979 y la Ley 24514. El modelo de protección constitucional	44
1.5 El Asomo de la Flexibilidad en el Decreto Legislativo 728. La garantía de la reposición y sus distintos niveles de protección	52

- 1.6 La Constitución de 1993 y el «Nuevo»
Modelo Normativo Instaurado por la Ley
26513. La reposición como garantía
exclusiva y excluyente del despido nulo. 67

CAPITULO II

NOCIÓN JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN LABORAL FRENTE AL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Sección Primera

Despido y Derechos Fundamentales.

1. La Actuación de los Derechos Constitucionales
del Trabajador en la Relación Laboral. 80
 - 1.1. La Constitucionalización de los derechos
laborales. 82
 - 1.2. La Laboralización de los derechos
constitucionales. 86
2. La Libertad de Empresa y los Derechos
Constitucionales del Trabajador 93
3. La Extinción de la Relación de Trabajo por
Iniciativa del Empleador y su Efecto Lesivo
Implícito. 108

Sección Segunda

Presupuesto y Elementos Configuradores de la Protección Laboral frente al Despido Lesivo de Derechos Constitucionales.

1. La Producción de la Voluntad Extintiva
Lesiva de Derechos Constitucionales. 119
 - 1.1. Lesiones en la motivación del despido. 119

1.2. Lesiones en la realización del despido.	122
2. La Tutela Restitutoria.	130
3. La Carga de la Prueba Atenuada en los Despidos Lesivos.	140

CAPITULO III

ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL DESPIDO NULO EN EL PERÚ

Sección Primera

Los Motivos Prohibidos

1. Los Motivos Prohibidos de Despido en la Legislación Peruana.	161
1.1. La Discriminación.	161
1.1.1 Concepto.	161
1.1.2 Clases de discriminación.	173
1.1.3 Las causales vedadas en el ordenamiento nacional.	176
1.1.4 La protección de la mujer embarazada y la discriminación por razón de sexo.	180
1.2. La Libertad Sindical.	
1.2.1 La libertad sindical como motivo prohibido de despido.	185
1.2.2 Los sujetos amparados por ostentar la calidad de representantes de los trabajadores.	194
1.3. La Tutela Jurisdiccional. Los despidos en represalia patronal por la presentación de una queja.	199
2. Los Efectos de un Modelo de Protección Enumerativo Taxativo en el Ordenamiento Peruano.	207

2.1. La Indefensión de algunos Derechos Constitucionales en Vía Laboral.....	209
2.2. La Acción de Amparo como Mecanismo Judicial de Defensa frente al Despido.	214

Sección Segunda

Ambito Material de Aplicación del Despido Nulo

1. Problemática.	223
2. Gravitación de la Voluntad Unilateral del Empleador en la Terminación de la Relación Laboral por Causa Objetiva.	226
3. La Pretendida Declaración de Nulidad sólo para los supuestos de Despido Individual. Criterio Jurisprudencial.	235
4. Objeciones Jurídicas al Modelo Garantista Restrictivo. Los mecanismos deficientes de fiscalización de conductas lesivas de derechos fundamentales vía la terminación de la relación laboral por causa objetiva.	239
4.1 Intervención de la AAT y el control previo.....	240
4.2 Idoneidad de la acción contencioso- administrativa	242

CAPITULO IV

ASPECTOS PROCESALES DEL DESPIDO NULO

1. La Naturaleza Excluyente de la Acción de Nulidad del Despido. Perspectiva Crítica.	251
2. La Cuestión Probatoria.	260
2.1. La Prueba del Motivo Alegado en la LPT y LPCL: «no se deduce ni se presume».	261

2.2. La Aproximación Jurisprudencial a la Temática Probatoria.....	272
3. Eficacia Reparadora del Despido Nulo.	280
3.1 La Reposición	280
3.1.1 La reposición y otros efectos típicos de la sentencia que declara la nulidad del despido	280
3.1.1.1 Reposición sin afectar la categoría anterior	282
3.1.1.2 Pago de los salarios dejados de percibir	288
3.1.1.3 Depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios	292
3.1.2 Ejecución de las sentencias que declaran la reposición forzosa	293
3.1.2.1 Fundamento constitucional de la reposición forzosa. Crítica a las posturas que objetan su viabilidad	293
3.1.2.2 El trámite procesal de la ejecución forzosa en la ley peruana	300
3.1.2.2.1 Inicio	300
3.1.2.2.2 Final.Suscripción del acta de reposición	301
3.1.2.2.3 Consecuencias del incumplimiento de la obligación de reponer. Las medidas judiciales de ejecución destinadas a forzar	

	la reposición	
	<i>in natura</i>	302
	3.1.2.2.3.1 Multa	302
	3.1.2.2.3.2 Denuncia	
	Penal	305
3.1.2.3	Imposibilidad del	
	cumplimiento de la	
	reposición forzosa.....	307
3.2	La Indemnización Sustitutoria.	311
3.3	La Asignación Provisional como	
	Medida Cautelar. Los límites de su	
	efectividad	314
	Bibliografía	323

Prólogo

Vientos de fronda azotan, ya desde algún tiempo atrás, al Derecho del Trabajo, cuyos principios e instituciones fundamentales se estremecen ante los embates de poderosas corrientes que lo culpabilizan de los males de las economías contemporáneas y reclaman, cuando no su desaparición, al menos su sometimiento a los dogmas del liberalismo económico, mediante la revisión de aquellos principios e instituciones, para morigerar lo que, desde esa óptica, constituye la hipérbole del principio protector que inspira, y define, a dicha rama del derecho.

Cuando, como viene ocurriendo entre nosotros, el revisionismo conceptual y legislativo, parece imponerse, apuntalado en un modelo de Estado que menosprecia los valores del diálogo y el consenso, y, como consecuencia de ello, decae hasta el interés por investigar en este campo, que pareciera relegado al pasado, concita la atención que alguien, que empieza su andadura por la vida académica y profesional, elija, como tema de estudio a una de las instituciones emblemáticas del derecho laboral, como es la refe-

rida a la protección frente al despido, cuya desarticulación ha constituido la verdadera «cabeza de playa» desde la cual se ha proyectado la ofensiva revisionista sobre el conjunto del derecho del trabajo.

Las páginas que siguen testimonian el esfuerzo y preocupación de Elmer Arce Ortíz, por estudiar cabalmente «La Nulidad del Despido lesivo de Derechos Constitucionales», a partir de la recepción en nuestra legislación laboral de la figura de la «nulidad del despido», adoptada coetáneamente con la desregulación, y virtual supresión, de la estabilidad en el trabajo.

Punto de convergencia entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Constitucional, el tema del despido lesivo de derechos constitucionales, permite relieves de que manera el creciente movimiento a favor de tutela efectiva de los derechos humanos, proyecta sus efectos sobre la misma relación de trabajo, afirmando la vigencia irrestricta de aquellos en el ámbito de ésta, y no sólo en cuanto se refiere a derechos constitucionales específicamente laborales sino respecto del amplio espectro de los derechos fundamentales, sin cuyo reconocimiento efectivo, la vida del trabajador en la empresa supondría un retorno a la etapa del *status subiectionis*, hace largo tiempo superada en la sociedad civil.

Así pues, la nulidad del despido propone la invalidez e ineficacia de esta manifestación antijurídica del poder disciplinario del empleador, cuando ella comporte la lesión de los derechos constitucionales del trabajador, sustentado, ya no en el principio protector propio del derecho laboral, sino en la supremacía de la Constitución y en el mayor valor de los derechos constitucionales.

La investigación es desarrollada a través de cuatro partes, claramente delimitadas, que posibilitan el tratamiento lógico de tan extensa materia, partiendo de una perspectiva histórico-jurídica de nuestro ordenamiento laboral, para abordar, después, la noción jurídica de la nulidad del despido, y, finalmente, analizar la configuración legal de dicha figura en nuestro derecho laboral, tanto en su aspecto sustantivo cuanto en el procesal.

La presentación de las fases y evolución de los sistemas de protección frente al despido que preceden la recepción del «despido nulo» en el ordenamiento nacional, ofrece un panorama que no se limita a describir prolijamente dicha evolución, sino, que, acertadamente, resalta los elementos que caracterizan cada uno de los sucesivos modelos de protección contra el despido, logrando, de esta manera, establecer el contexto dentro del cual se legisla sobre la nulidad del despido.

Acomete, luego, la indispensable tarea de definir la noción jurídica, o el concepto general, de la «nulidad del despido». Para ello, delinea el concepto del «despido nulo» a partir de la actuación de los «derechos fundamentales» del trabajador en el seno de la relación laboral, y en especial respecto del despido, para, luego, establecer los presupuestos y elementos configuradores del despido nulo, que permiten catalogarlo como un «despido lesivo de derechos constitucionales».

En lo que hace a los aspectos sustantivos del despido nulo, el autor estudia, en forma ordenada y rigurosa, que acredita su capacidad de análisis, los motivos de fondo que determinan dicha nulidad, deteniéndose en el examen de cada una de las causales enumeradas por la ley, a fin de

precisar sus alcances, y con ello, delimitar el ámbito real de protección que confiere el texto normativo. En este tema, destaca como un valioso aporte, la bien sustentada crítica a las exclusiones que la referida enumeración presenta respecto de aquél ámbito, que el autor clasifica, con criterio original pero esclerecedor, como exclusiones de «actuación horizontal» y de «actuación vertical», según que afecten, respectivamente, al bloque de derechos constitucionales de los que es titular el trabajador o al contenido y alcances de aquellos derechos que son específicamente protegidos por la «nulidad de despido», en el ámbito laboral.

Fluye de este análisis, la recepción mutilada del despido nulo en nuestro ordenamiento, que lejos de incorporar una versión amplia de esta figura, como corresponde a la naturaleza de los bienes jurídicos susceptibles de ser afectados, opta por una configuración de la misma más notable por sus recortes y restricciones —incluso acentuadas por vía reglamentaria— que por el ámbito de tutela que establece.

Por dicha razón, esta parte, se cierra con una necesaria reflexión acerca de la posibilidad de defensa de los derechos constitucionales, excluidos del ámbito de protección del despido nulo, mediante la acción de amparo, acreditando con ello que, a contracorriente de lo que caracteriza a otras legislaciones, en la nuestra la noción de «despido nulo», si bien tiene como sustrato al despido lesivo de derechos constitucionales, no garantiza, en el ámbito propio del derecho laboral, cobertura a todas las potenciales trasgresiones de derechos constitucionales que pueden ocurrir en el despido, lo que obligará a buscar la tutela contra éstas a través de las garantías constitucionales.

Otro tema de verdadera importancia, es el relativo al ámbito de aplicación de la concepción legal del despido nulo, planteando las objeciones que suscita un modelo que restringe el alcance protector de esta figura al despido individual, dejando fuera del mismo a otras formas de extinción de la relación laboral originadas, igualmente, en la voluntad del empleador.

El libro centra, finalmente, su atención en aquellos aspectos procesales que revisten trascendencia para la concepción tutelar que subyace al despido nulo. En especial, dedica la atención preferente que merece, a la cuestión de la «prueba» del despido nulo, que ofrece evidentes dificultades y que la investigación aborda con criterios modernos, tomados del derecho comparado, los cuales se orientan a la atenuación de esta «carga» para que el trabajador no quede indefenso. Apunta, sin embargo, aquellos elementos normativos y jurisprudenciales, ya presentes en nuestro medio, en los que podría asentarse una concepción menos rígida de la prueba.

Incide, asimismo, en el tema de la eficacia reparadora del despido nulo, que no obstante no ser una cuestión estrictamente procesal, por su carácter de «resultado» del proceso puede proponerse, válidamente, como el tema final o de cierre de la investigación, concordando así con la secuencia que, en la práctica, presenta toda impugnación judicial de despido. Cuestión principal es la relativa a la reposición del trabajador, como medida reparadora típica o propia de la nulidad del despido, que es analizada, cuidadosamente, en su contenido y fundamento constitucional, y, asimismo, diferenciada de otros efectos derivados de la declaración de nulidad que se aparejan, pero no se subsumen,

en la figura de la «reposición», aspectos que la obra que prologamos contribuye a definir con nitidez.

En suma, estamos ante una obra seria, de sobresaliente valor académico y de innegable actualidad, que ofrece un aporte al derecho del trabajo peruano. Resulta alentador, que cuando parecen prevalecer doctrinas de signo manifiestamente opuesto a los valores esenciales del Derecho del Trabajo, un joven intelectual y profesional contribuya a reafirmar, sin mengua alguna, antes bien con rigor académico, coherencia y dominio de la materia, la plena vitalidad y proyección de nuestra disciplina, que enriquecida con aportes nuevos y creativos como los que hace en este libro Elmer Arce Ortíz, debe seguir cumpliendo, en la sociedad planetaria del próximo milenio, su misión fundamental, que no es otra cosa que salvaguardar la dignidad del *homo faber*, de la amenaza totalitaria de los poderes fácticos, que pretenden subordinar la persona humana a su lógica economicita, al servicio de un nuevo materialismo.

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE
Lima, noviembre de 1998.

Introducción

En estos tiempos donde la moda flexibilizadora acapara, cada vez con mayor fuerza, opiniones tendientes a desmontar la regulación normativa que encausa el poder extintivo empresarial, sirva este modesto trabajo como un pretexto para demostrar precisamente lo contrario. A saber, la actual vitalidad del tema del despido en el Derecho del Trabajo no sólo se enlaza a la previsible relevancia que adquiere en función de sus efectos perjudiciales en la vida del trabajador, sino también a la protección de ciertos aspectos trascendentales de la subjetividad jurídica de aquél. Pues, sobre todo en lo referido a esta última cuestión, cuanta más libertad se otorgue al empresario para decidir y ejecutar el acto extintivo, más amplios son los márgenes dentro de los cuales el despido puede vulnerar intereses del trabajador. Es más, éstos pueden ser tan amplios que incluso podrían ocasionar eventuales lesiones en intereses jurídicos de relevancia constitucional.

Paradójicamente, esta situación se ha visto reflejada

hoy en el ordenamiento jurídico nacional. Aunque el sistema actual encargado de juridificar los poderes resolutorios del empleador no ha variado en cuanto a la facultad impugnativa que aun se reserva el trabajador para hacer frente al ejercicio disfuncional de los mismos, cabe indicar que la relativización del principio causal, promovida por la Ley 26513 (modificatoria de la Ley de Fomento del Empleo —en adelante LFE—), sí viene a constituir una alteración drástica en la regulación del despido. Así, la equiparación, en sus efectos, del acto extintivo incausado con el acto extintivo cuya causa no pudo demostrarse en juicio, derrumba la tradicional naturaleza excepcional que se atribuye al despido, por limitar su legitimidad a la presencia de una causa justa, configurando una nueva concepción de aquél: la de un poder ordinario. En tal virtud, el poder empresarial de despedir se transforma en un poder únicamente condicionado al pago de una indemnización de cuño resarcitorio o, si se quiere, en una facultad libérrima cuya convalidación depende del abono de una determinada cantidad de dinero.

De ahí que, en este contexto, la legislación nacional ha considerado especialmente relevante el reforzamiento de la tutela de ciertos ámbitos del orden jurídico, a efectos de impedir la invasión de estas esferas por la vía del ejercicio ilegítimo del poder «disciplinario» del empresario. Es decir, las nuevas tendencias flexibilizadoras dirigidas a eliminar la tradicional rigidez normativa del despido, han llevado aparejadas la creación de determinadas «zonas», que, por lo demás, se muestran infranqueables respecto a la actuación del poder de dirección patronal. Nótese, en consecuencia, que lo que pretende tal marco ya no es delimitar los parámetros de la legitimidad del despido en términos posi-

tivos, sino apuntalar el contenido de la ilegitimidad del mismo, desde una perspectiva negativa.

Ahora bien, queda claro que el sistema jurídico laboral peruano lejos de ser exhaustivo en este aspecto, ha reducido, a través de la figura del *despido nulo*, los parámetros de dichas «zonas infranqueables» a las exigencias de tutela de ciertos derechos fundamentales del trabajador. Pues, de toda la gama de posibilidades, el legislador opta por focalizar el campo de aplicación de la nulidad del despido, sólo en los casos donde concurre una lesión de la subjetividad jurídico-constitucional del perjudicado por el acto extintivo. Sin embargo, pese a dicha opción político-organizativa, hay que tener en cuenta que el campo de aplicación de la nulidad del despido no es cerrado ni mucho menos acabado, sino, por el contrario, el alcance de su contenido habrá de ser valorado en función de elementos jurídicos y extrajurídicos de cada período histórico. Razón por la cual, el objeto de estudio de este trabajo no abarca el vasto tema de la nulidad del despido, en la medida que se ensaya un acercamiento a uno de los tantos temas que lo conforman, esto es, la nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales.

Al respecto, realizada esta reducción del campo de estudio, partimos de un análisis generalizado y omnicomprendivo de la discusión dialéctica entre derechos fundamentales del trabajador y derecho de despedir del empleador, para luego abordar el mismo problema desde la solución específica que aporta el legislador peruano a través de la figura del despido nulo. Ello, por lo demás, se ha de ver reflejado también en las distintas fuentes que sirven de instrumentos para alcanzar tales objetivos, pues en el

primer nivel de análisis recurrimos fundamentalmente a la doctrina, mientras en el segundo, lo hacemos profundizando en la legislación o en algunas tendencias jurisprudenciales. No obstante su diferenciación, la creación de estos dos niveles de análisis resulta meramente convencional, puesto que, a saber, su actuación se ha manifestado en una relación más bien interdependiente.

De este modo, tras convenir que la apertura de un cauce procesal de protección para los derechos fundamentales no tiene más que un valor confirmatorio y garantista de la constitucionalidad, evaluamos los efectos de una opción político-organizativa restringida, como ocurre en el caso del despido nulo peruano, tanto en su tutela, limitada a ciertos derechos, cuanto en su ámbito de operatividad, focalizado en la institución del despido individual. Pero, aun cuando parezca oscura la razón de haber materializado tales recortes, debe reconocerse que la consecuencia no es de por sí perjudicial para el demandante, en la medida que, en teoría, aquél puede subsanar el defecto con la recurrencia a la jurisdicción constitucional por intermedio de la acción de amparo. Sin embargo, a mayor abundamiento, una mayoritaria tendencia jurisprudencial ha ido cerrando paulatinamente la vía de la acción de amparo, pretextando, sin entrar a evaluar los alcances efectivos de su protección, la existencia de una vía ordinaria.

De otro lado, la proyección constitucional sobre el proceso laboral ha de convertirse, de igual modo, en promotora de ciertos cambios, o acaso modulaciones, del mismo. El esquema de adaptación de las categorías jurídico-procesales a las exigencias de tutela frente a las decisiones extintivas lesivas de derechos constitucionales, replantea la concep-

ción de algunos mecanismos procesales que en otras circunstancias devendrían en inaplicables. Así, el cauce procesal específico que protege esta categoría de derechos se encuentra, o mejor dicho, debe encontrarse, impregnada de la naturaleza excepcional de aquellos. Por ejemplo, en esta línea, no se puede ignorar la necesidad de admitir, como lo hace, en buena hora, alguna postura jurisprudencial, mecanismos «facilitadores» o «atenuadores» de la actividad probatoria de las partes.

Finalmente, cuestión distinta, aunque estrechamente anudada a la conclusión expuesta en el párrafo anterior, es la que tiene que ver con el reforzamiento de las técnicas de nulidad mediante la adopción de instrumentos de coacción para forzar la reposición del trabajador en su puesto. En la medida, que todo daño perpetrado a un derecho constitucional exige como reparación idónea la restitución de las cosas al estado anterior a la vulneración, se viene cuestionando, cada vez con más fuerza, la legitimidad de las posturas que, tras el supuesto carácter incoercible e infungible de las obligaciones de hacer, niegan el cumplimiento de la reposición en sus propios términos. A pesar de ello, en nuestra experiencia normativa, ésta sigue siendo una cuestión abierta, pues aunque se admite el principio de coercibilidad de las obligaciones de hacer, los mecanismos procesales de coacción no pasan de tener una naturaleza meramente indirecta, cuyo perfil tiende a relativizar, en gran medida, la efectividad de la orden judicial.

* * * * *

Y aunque las hemos dejado para el final de la presente introducción, tenemos que decir que, las líneas que siguen ocupan un lugar privilegiado en el desarrollo de nuestro

trabajo. A sabiendas de que nada importante puede conseguirse enfrascado en la autosuficiencia del que cree conocer todo, lo menos que podemos hacer es agradecer a quienes nos brindaron su apoyo incondicional no sólo al momento de ejecutar esta obra, sino, incluso, mucho antes de iniciarla. En este sentido, dejo constancia de mi gratitud a Carlos Blancas, mi asesor de tesis, a Javier Neves y a Guillermo Boza por su preocupación constante, por las interesantes sugerencias que efectuaron sobre la primera versión manuscrita, por compartir gran parte de la bibliografía utilizada y, sobre todo, por su calidad de amigos. Calidad que, por lo demás, como ustedes me lo han demostrado día a día en estos últimos años, no tiene por qué entenderse divorciada de la de maestros.

Asimismo, a las señoras. Patricia Callirgos y Teresa de Barrantes por su invaluable apoyo durante el desarrollo de mis prácticas pre-profesionales en el estudio Blancas, y a quienes como Jorge Valladares, Giovanni Priori, Hugo Pow Sang, Félix Morales, Pilar Santillán y Ana Alburqueque, cedieron gentilmente parte de su tiempo a la lectura de los primeros textos del trabajo que hoy presento.

CAPITULO I

Fases y evolución de los modelos normativos de protección frente al despido en la legislación peruana. Precedentes de la figura del despido nulo

Uno de los temas que ha generado mayor debate en el plano jurídico laboral es, precisamente, el referido a la extinción del contrato de trabajo, sobre todo por la evidente contraposición de intereses que entran en juego, pues de un lado, se pretende la conservación del empleo y el salario como medio de subsistencia del trabajador, mientras de otro, se promueve la supervivencia de la empresa en tanto fuente de empleo. Se puede decir, entonces, que la extinción del contrato de trabajo se ha convertido, con el correr del tiempo, en el principal «campo de batalla» del enfrentamiento entre el principio protector laboral y las contrapropuestas economicistas¹.

1 Esta tensión de intereses en el ámbito de la conclusión de la relación laboral, reproduce, a nuestro juicio, el antiguo debate del Derecho del Trabajo y de la Economía como concepciones político-normativas antagónicas. Sin embargo, su interrelación no parece quedar del todo definida, pues autores como ERMIDA URIARTE aún se preguntan «...si estas son etapas, o si, en verdad han existido siempre, como dos concepciones de lo que debía ser la legislación laboral, sólo que en distintos momen-

Es por esta razón, que un análisis histórico de las fases de la regulación del despido, se hace cada vez más necesario en nuestro país, con el objeto de entender la evolución, o acaso la «involución», de los modelos normativos que en forma progresiva han configurado el régimen de protección frente a la extinción unilateral del contrato de trabajo. Veremos, a través de este recorrido evolutivo, los diversos matices que contienen las respuestas de cada modelo normativo al conflicto de intereses planteado, y su necesidad de compatibilizar, aunque en diferentes grados, el derecho a la seguridad en el empleo con la llamada libertad de empresa. En consecuencia, la visión histórica puede contribuir a entender con mayor claridad y precisión, el significado de la reforma ejecutada por la Ley 26513 (27/07/95), que modifica algunos preceptos de la ahora Ley de Productividad y Competitividad Laboral; así como, a comprender la relevancia, dentro de aquél marco, de la figura del despido nulo en tanto proscriptora de extinciones motivadas en fines ilícitos o discriminatorios.

1.1 La regulación del código de comercio.

La mesada del mancebo.

En un principio, fueron las figuras contractuales del derecho común, civil y mercantil, las encargadas de regular la relación obligacional entre trabajador y empleador. Este modelo normativo permite que cuando el «empeño» del servicio no tuviere tiempo señalado, es decir, sea a plazo indefinido, cualquiera de las partes puede darlo por fenecido,

tos históricos han tenido una y otra concepción, pesos diferentes». (ERMIDA URIARTE, Oscar. La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas. En: Revista de derecho *IUS ET VERITAS*. Lima. N°3. 1991. p. 13).

aunque para ello se exige, como requisito previo, avisar a la otra parte con un mes de anticipación. De no cumplirse con este requisito de forma, «el factor o mancebo, tendrá derecho, en este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada» (artículo 296 del Código de Comercio).

Sin embargo, cuando el contrato se hubiere celebrado por tiempo fijo, no podrá ninguna de las partes darlo por extinguido, sin el consentimiento de la otra, salvo que exista «causa especial» para ejecutar el despido². Es decir, se limita el poder discrecional de ambas partes, situadas en principio en un plano de igualdad formal, a separarse injustificadamente del cumplimiento del contrato, en tanto no haya vencido el término de aquél. La existencia de una «causa especial» se configura, entonces, como una situación excepcional, que tiene como propósito exonerar al empleador del pago de una indemnización de daños y perjuicios por la ruptura intempestiva de un contrato pactado a plazo fijo³.

En consecuencia, ambas partes tienen el derecho de resolver el «empeño», sin otro límite que el abono eventual de montos pecuniarios en calidad de resarcimiento. Pues, tanto la infracción de requisitos formales (léase preaviso) para

2 Así, el Código de Comercio se refiere en su artículo 294 a las «causas de despido a los dependientes», mientras que el 295^º señala las «faltas de los comerciantes».

3 Efectivamente, el Código de Comercio en su artículo 293^º señala que «si el contrato entre los comerciantes y sus mancebos y dependientes se hubiere celebrado por tiempo fijo, no podrá ninguna de las partes separarse, sin consentimiento de la otra, de su cumplimiento, hasta la terminación del plazo convenido.

Los que contravinieren a esta cláusula quedarán sujetos a la indemnización de daños y perjuicios...».

el caso de las relaciones de duración indefinida, como la no presencia de causa justificante del despido en los contratos por tiempo cierto, generan responsabilidades de índole meramente económica.

Ahora bien, dentro de este modelo es evidente que la protección más precaria se dirige a los «empeños» donde no se tuviere tiempo señalado, puesto que en estos casos el patrono no está obligado a justificar, con razones específicas, su decisión extintiva. Así, en este supuesto, el despido incausado se legitima, sólo con el hecho de dar un aviso anticipado equivalente a un mes. Sin embargo, este límite, es obvio, no se configura como una barrera a la voluntad arbitraria del empleador, y más aún, resulta insuficiente para actuar como un elemento de ajuste del ejercicio de un poder discrecional del mismo en la terminación de la relación obligacional.

En fin, este modelo normativo de inicios de siglo, que parte de una concepción igualitaria de los sujetos laborales, entiéndase trabajador y empleador, aunque aporta a la consolidación del principio de «voluntariedad» de la prestación de servicios, pasa por alto el problema del desequilibrio de fuerzas en toda relación de trabajo⁴, agravando

4 Contrariamente a esta concepción, el Derecho del Trabajo se concibe a sí mismo como «...un contrapeso dirigido a equilibrar la desigualdad de poder que es inherente a la relación individual de trabajo, abandonándose la hipótesis de igualdad entre los dos sujetos de la relación contractual, y de ésta como efecto de un encuentro de voluntades libres e iguales...». (GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio y TUDELA CAMBRONERO, Gregorio. «El derecho del trabajo, entre la crisis y la crítica». En: *Revista de Trabajo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, N° 92, p. 15).

las diferencias y convirtiendo al «mancebo o dependiente» en más débil de lo que ya era.

1.2 Ley 4916. La laboralización de la protección del trabajador

Se puede afirmar que la Ley 4916 de 7 de Febrero de 1924 inicia el proceso de formación del Derecho del Trabajo en tanto derecho especial⁵, aunque aquella aún denomine «empeño o locación de servicios» a la prestación voluntaria de servicios subordinados y remunerados. Este nuevo modelo, aunque no elimina enteramente el poder *ad nutum* del despido del empleador o la libertad de aquél de poner fin a la relación en cualquier momento sin expresar causa alguna, consolida, sólo para el caso de contratos de duración indeterminada⁶, su procedimentalización y la exigencia de un preaviso mayor, equivalente a tres meses. En realidad, lo cierto es que, este modelo normativo de protección frente a la extinción unilateral de contratos pactados por un tiempo incierto, subordina, claramente, las limitaciones causales o de fondo a las restricciones de tipo formal.

De otro lado, las limitaciones, sobre todo formales, introducidas en cuanto al despido por el sistema normativo instaurado por la Ley 4916, tienen un ámbito de aplicación bastante restringido, puesto que el Reglamento de la mis-

5 Aunque al inicio, las reclamaciones laborales eran resueltas por un Tribunal Arbitral, posteriormente, recién en 1930, con la Ley 6871 de 2 de Mayo, se crean los denominados jueces de trabajo.

6 Los contratos a plazo fijo, continuaron bajo la regulación del ordenamiento mercantil hasta la entrada en vigencia de la Ley 6871 de 2 de Mayo de 1930.

ma (Resolución Suprema de 22 de Junio de 1928) considera que sólo los empleados de comercio, luego de haber vencido el período de prueba, gozarán de los beneficios legales correspondientes. Como era lógico, esta restricción perjudicó, en su mayoría, a los obreros⁷, quienes fueron excluidos expresamente, junto a los servidores domésticos, por el artículo 2 de la mencionada norma reglamentaria.

Ahora bien, siguiendo el esquema contractual del modelo normativo anterior, cualquiera de las partes, sea el patrón o el empleado, pueden dar por fenecido unilateralmente el «empeño» del servicio, cumpliendo con la condición de avisar previamente la decisión. Sin embargo, este preaviso de la decisión extintiva, a fin de surtir efectos, deberá ser escrito y dentro de un plazo determinado. Con respecto al primer requisito, el aviso anticipado de despedida se dará necesariamente por escrito, revelando su carácter *ad solemnitatem*, sea a través de carta notarial o por intermedio del juez de paz, en donde no hubiere notario (artículos 16 y 17 del Reglamento de la Ley 4916). Además, el aviso anticipado que se configura como una condición suspensiva⁸, tiene una extensión diversa dependiendo del

7 Aunque, como refiere SAMAME PACHECO, «Por Decreto Supremo de 1º de febrero de 1924 se estableció la obligatoriedad del preaviso de quince días para el despido de obreros. Las organizaciones de trabajadores protestaron contra la dación de esta norma que consideraron atentaba contra su estabilidad. Ante la protesta obrera y los excesos que inmediatamente cometieron los empresarios, el Gobierno se vio obligado a derogar tal disposición por Decreto Supremo de 30 de Mayo del mismo año, o sea a los tres meses». (SAMAME PACHECO, Benjamín. «La legislación sobre Estabilidad Laboral y el Empleo Atípico en el Perú». Lima. Centro Interamericano de Administración del Trabajo (CIAT). 1989. p. 15).

8 Es suspensiva, porque el despido en su ejecución se hace depender del

sujeto que lo otorgue, pues será de noventa días del patrón al empleado y de cuarenta días del empleado al patrón (artículo 1. a de la Ley 4916).

La omisión de estos requisitos, esto es, el no cursar la carta de despido especificando el plazo, invalida el preaviso, configurándose un «despido intempestivo» o «de hecho». Sin embargo, la inobservancia de la forma requerida por la Ley, lejos de acarrear la nulidad o inexistencia del despido, puede ser convalidada con el pago de un monto pecuniario en calidad de indemnización⁹. En consecuencia, la extinción motivada o no en una causa, aun inválida por infringir la forma adecuada prescrita por ley, tendrá efectos a cambio de un controvertido resarcimiento económico. Estamos, pues, frente a un modelo que pese a no limitar el despido incausado, tampoco constituye un límite eficaz al despido carente de forma adecuada a ley.

Asimismo, en el caso que el empleado sea despedido, cumpliéndose o no con la condición del preaviso, el modelo normativo de protección de la Ley 4916 estableció el derecho de aquél a gozar de una «compensación de sueldos», es decir, una compensación que aumentaba progresivamente conforme al incremento de los años acumulados en la prestación del servicio (artículo 1 b de la Ley 4916). Es eviden-

cumplimiento del plazo. Es decir, cumplida la condición el acto es plenamente realizable y exigible. (Vid. LEON BARANDIARAN, José. «Manual del Acto Jurídico». Lima. Cuarta Edición. s/año. pp. 45-48.)

9 Al respecto, el artículo 28 del Reglamento de la Ley 4916 señala que «...En caso de que el principal omitiera dar al empleado, para la cesación del empleo, el plazo de noventa días prescrito por el inciso a) del artículo 1º de la Ley 4916, el empleado percibirá los sueldos correspondientes a dicho trimestre».

te, que esta figura se consolida como un beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese; pues, el empleado necesita de alguna suma de dinero para cubrir sus necesidades, hasta que encuentre un nuevo empleo. Es por ello, que la ley, en un marco protector del sujeto más débil de la relación laboral, opta por brindar este beneficio, cuyo monto se irá elevando en leyes sucesivas¹⁰. Respecto al ámbito subjetivo de este beneficio, hay que aclarar que cubre sólo a los empleados, y recién en 1936, mediante la Ley 8439 de 20 de Agosto, se extendió a los obreros que tenían el derecho de percibir una indemnización de 15 días de salario por año de servicios, en caso de despedida del trabajo.

De esta forma, tanto una resolución unilateral del contrato de empeño o de locación de servicios cumpliendo con la obligación de preavisar, como un despido intempestivo, que además genera el pago de una indemnización, constituirían los supuestos habilitantes para adquirir la llamada compensación de sueldos. Sin embargo, el empleado o dependiente «no tendrá derecho ni al aviso previo de despedida, ni a indemnización ni a beneficio de clase alguna», cuando la despedida se sujete a alguna de las causales previstas en el artículo 294 del Código de Comercio o a cualquier otra causa que considere suficiente el Tribunal (artículo 2 de la Ley 4916). En otras palabras, las causas especiales para que los patronos puedan despedir a sus empleados, operan como un simple mecanismo eximente de responsabilidad resarcitoria al empleador. En consecuencia,

10 Un estudio detallado sobre el tema en OBREGON SEVILLANO, Tulio. «La Compensación por Tiempo de Servicios (Memoria para optar el título de abogado en la PUC)». Lima. 1995. 161 pp.

la imputación de faltas disciplinarias en la carta de despido, interesa al empresario en cuanto hecho justificativo de su oposición al pago de las indemnizaciones o al reconocimiento de cualquier derecho o beneficio de los establecidos por la ley a favor del empleado de comercio.

En este sentido, es evidente que el carácter abierto de las causales de despido (pues, se encarga a un Tribunal Arbitral la evaluación de cualquier otra causa no especificada en el artículo 294 del Código de Comercio), así como la subvaluación de aquéllas en tanto límites al poder extintivo discrecional del empleador, convierten en precaria no sólo la protección del trabajador frente al despido, sino también la defensa de los derechos y beneficios adquiridos cuando aquél ya ocurrió. En conclusión, dentro de este modelo normativo, la reparación frente al despido es meramente resarcitoria, por lo que el poder sancionador del empleador no podrá ser revocado así se materialice en un acto desprovisto de los requisitos legales de forma o en uno carente de justificación.

Por último, aunque no dentro del esquema inicial de la Ley 4916, el ordenamiento laboral, progresivamente, va creando supuestos de extinción de naturaleza colectiva, que se enmarcan en una línea de facilitación y abaratamiento del despido. Así, por Decreto Supremo 7/53/D.T. de 22 de agosto de 1953 se señala que el trámite en los casos de reducción de personal se iniciará ante las «autoridades del trabajo» conforme a las normas establecidas para la atención de reclamaciones colectivas. Se entiende que, la reducción de personal debe obedecer a causas plenamente justificables, las cuales serán evaluadas, vía un control previo a la materialización del despido, y para cada caso en concre-

to, por las autoridades del trabajo. Sin embargo, las prioridades de permanencia en el puesto de labores no responden a la libre discreción de estas autoridades, pues, en todo caso aquéllas están obligadas a mantener vigente los contratos de trabajo respetando, en primer lugar, a los trabajadores peruanos, luego, a los más antiguos en el servicio y, finalmente, a los que cuenten con mayor carga familiar (artículo 2 del Decreto Supremo 7/53/D.T.)

El modelo normativo iniciado con la Ley 4916, pese a su incapacidad para consolidarse como instrumento protector eficaz del empleado frente a la potestad extintiva del patrón, y generar, por el contrario, un período de inestabilidad en el empleo, tuvo una duración bastante prolongada que se extiende a lo largo de varias décadas. Finalmente, este modelo de protección frente al despido fue derogado por la llamada Ley de Estabilidad en el Trabajo, esto es, por el Decreto Ley 18471 de 10 de Noviembre de 1970.

1.3 Decretos Leyes 18471 y 22126. La garantía de la estabilidad en el trabajo

El Decreto Ley 18471 establece un nuevo modelo jurídico-positivo del despido en el marco de una nueva concepción política de la relación obligacional entre patrón y trabajador. El modelo de Estabilidad Laboral en el Perú, cuyo principal objetivo era el de garantizar la reposición como medio reparador ante un despido ilegítimo, se inserta, históricamente, dentro de un proceso de reforma y cambio social, liderado, desde 1968, por el gobierno militar revolucionario del general Velasco Alvarado. Pues bien, el quiebre radical con el modelo anterior de protección ante el despido, obedeció, entre otras razones, a la marcada predilección del proceso de transformación social por consolidar a la cla-

se obrera industrial como portadora del rol dirigente del mismo¹¹. En consecuencia, el modelo instaurado por el Decreto Ley 18471 pretendía dotar a los trabajadores, y en especial a los obreros, de estabilidad en sus puestos de trabajo, con el fin que aquéllos asuman, sin riesgo ni temor a la represalia, la conducción del proceso político de reforma social propuesto en el país.

Tras la persecución de este objetivo, cuya justificación debe hallarse en la prevalencia de circunstancias de orden político-social sobre las de orden estrictamente económico, o incluso hasta jurídico, la Ley de Estabilidad en el Empleo amplió el ámbito de protección, a todo trabajador, sea empleado u obrero, que habiendo cumplido el período de prueba de tres meses preste sus servicios en la actividad privada o en las empresas públicas sometidas al régimen de la actividad privada (art. 1).

El Decreto Ley 18471 cambió profundamente el marco normativo de regulación del despido individual. Por primera vez en nuestra historia, el acto extintivo unilateral del empleador deja de ser irrevisable, para convertirse, en vía de revisión, en un acto de naturaleza revocable, siempre que aquél carezca de causa o incumpla las formalidades re-

11 Se ha señalado que en tanto la clase obrera era «revolucionaria por naturaleza», se convertía en el modelo de dirigente claro, seguro y lúcido del cambio, pues las otras alternativas se personificaban, por ejemplo, en la ambivalente clase media, en la vacilante burguesía nacional, en el campesinado incapaz de extender su conciencia más allá de la defensa de su propiedad, en la iglesia conservadora, en los militares reaccionarios, etc (FRANCO, Carlos. «Los significados de la experiencia velasquista: forma política y contenido social». En: AA.VV. *El Perú de Velasco*. Lima, CEDEP. Parte II. 1983. pp. 251-258).

queridas por la ley. Es por ello que, las limitaciones introducidas a la libertad extintiva empresarial por el modelo normativo instaurado a partir del Decreto Ley 18471, deben ser evaluadas en cuanto al fondo y en cuanto a la forma. Por lo que se refiere al fondo, el carácter causal del despido incide especialmente en el éxito o fracaso probatorio, por parte del empleador, de la falta que justifica el despido. En este sentido, si el empresario logra probar la falta, la despedida inmediata quedará convalidada¹²; en cambio, si no existiera prueba de la misma, el trabajador podrá elegir alternativamente entre la reposición en su puesto de labores o la conclusión del contrato de trabajo sumada a una compensación en metálico (artículo 3). En cuanto a la forma, aunque se imponen nuevas exigencias formales al acto de despido, la omisión de aquéllas, legítima al trabajador, igual que en el caso anterior, a optar excluyentemente entre regresar a la empresa o dar por terminado el vínculo laboral (inciso d) del artículo 5 del Reglamento del Decreto Ley 18471).

El artículo 1 del Decreto Ley mencionado, señala sólo dos causas de despido, por las que se terminarán los contratos de trabajo. A la tradicional falta grave, en tanto elemento constitutivo del despido disciplinario, se suma otra de naturaleza colectiva, originada en «causas económicas o técnicas y en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor»,

12 Debe resaltarse, sin embargo, que aunque la prueba de la falta grave exima al empleador de la obligación de reponer o indemnizar al trabajador despedido, no lo libera del pago de la compensación por tiempo de servicios. Así, el Decreto Ley de 21116, de 11 de Marzo de 1975, en su artículo 1º, señaló: «...la despedida por falta grave de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad no ocasionará la pérdida de la compensación por tiempo de servicios».

cual es la «reducción o despedida total del personal, debidamente autorizada por resolución de la Autoridad de Trabajo»¹³. En este esquema normativo, el empleador no puede despedir sin alegar causa (carácter causal de la extinción), así como tampoco podrá hacerlo alegando causa distinta a las establecidas en la ley.

Ahora bien, un trabajador despedido por falta grave, como ya se ha mencionado, tenía derecho a elegir entre dos posibles acciones impugnatorias: la de reposición, a fin de mantener el vínculo laboral, o la de indemnización, destinada a convalidar el efecto extintivo del despido a cambio de una compensación de índole meramente económica. Sin embargo, las pretensiones, derivadas de ambas acciones, se tramitaban ante distintos órganos de resolución, pues la de reposición «...se incoaba ante la autoridad administrativa de trabajo (Ministerio de Trabajo), y la indemnizatoria, ante el Fuero Privativo de Trabajo, investido de la función jurisdiccional del Estado»¹⁴. Aunque es obvio que el fundamento del principio de estabilidad en el empleo es la exigencia de causa justa para cualquier decisión extintiva empresarial, también es evidente, la relevancia de la reposición como mecanismo reparador de los despidos injustificados, puesto que revoca el acto ilegítimo, y además arbitrario, del empleador. Al margen de la mayor eficacia protectora de esta medida, introducida por este

13 A propósito de esta causal de despido, hay que tener presente que sus antecedentes se remontan, como ya lo hemos expuesto en el punto 1.2 de este capítulo, al Decreto Supremo 07/53/D.T., el cual decretó las normas respectivas para tramitar la «reducción de personal y tiempo en el trabajo».

14 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El Derecho de Estabilidad en el Trabajo». Lima, ADEC-ATC. 1991. p. 64.

modelo, aquélla careció al parecer de eficacia real, en tanto debía ejecutarse de conformidad con las normas del Código de Procedimientos Civiles relativas a ejecución y sentencias (artículo 9), las cuales ponían de manifiesto la naturaleza incoercible del cumplimiento de la obligación de reponer.

De otro lado, la reposición del trabajador cuando aquél ha sido despedido sin mediar causa, se configura no sólo como mecanismo protector eficaz del derecho a la estabilidad laboral, sino también como límite al poder empresarial lesivo de otros derechos constitucionales. Es por ello que, tras esta protección de la estabilidad laboral, encontramos la reparación indirecta de otros derechos fundamentales¹⁵ y, por ende, el antecedente más remoto de protección de derechos constitucionales en la vía laboral¹⁶.

Como ya se ha dicho, junto a los requisitos de fondo del despido, aquél debía guardar una determinada forma. Esto

15 «Su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a las represalias y discriminaciones, posibilita el ejercicio de los derechos de sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución, y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo». SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. «El Derecho de Estabilidad en el Trabajo en la Constitución Peruana». En: *Trabajo y Constitución*. AA.VV. Lima. Cultural Cusco, 1989, p. 89.

16 Aunque, según la opinión de LOVATON PALACIOS, para el caso de la tutela de la libertad sindical «...tal protección indirecta se muestra insuficiente (...) para asegurar una efectiva vigencia de este derecho fundamental que requiere vías y mecanismos específicos de protección». LOVATON PALACIOS, Miguel David. «Protección de la Libertad Sindical en el Perú». Lima, Instituto de Defensa Legal, 1991, p. 98.

es, cuando la despedida del trabajador se sustente en «falta grave», el empleador deberá notificar al perjudicado el despido y su razón, vía carta notarial o en su defecto por intermedio del Juez de Paz, y simultáneamente comunicar a la Autoridad de Trabajo. Tanto la carta como la comunicación a la autoridad administrativa, deberán indicar la causa de la despedida y la fecha en que el trabajador debe cesar (artículo 4). Además, el cumplimiento obligatorio de estos requisitos, que configuran el carácter recepticio y *ad solemnitatem* de la extinción del contrato, se atienden al principio de inmediatez, el cual exige la imputación inmediata de la falta luego de haberla conocido o investigado.

Igualmente, para el caso del despido basado en causas económicas o técnicas y caso fortuito o fuerza mayor, se debía seguir un trámite ante el Ministerio de Trabajo, el cual debe autorizar previamente el despido o reducción de personal. Este procedimiento, iniciado a solicitud del empleador, puede concluir anticipadamente si las partes en conflicto concilian sus puntos de vista y suscriben un acuerdo (artículo 5). Sin embargo, la resolución de la Autoridad de Trabajo no surtirá efectos, esto es, será inejecutable, si el empleador no acredita haber abonado el importe de los beneficios sociales correspondientes a los trabajadores afectados en la medida (artículo 6).

En conclusión, el modelo de protección del trabajador frente al despido establecido en el Decreto Ley 18471, pretendió a través de la garantía de la reposición, en tanto medio reparador de los despidos ilegítimos, restringir al máximo el poder extintivo discrecional del patrón. Sin embargo, la reforma laboral operada, en esos términos, a fina-

les de 1970, se enmarcaba, como ya se ha dicho, dentro de una propuesta de desarrollo nacional, que intentaba sentar las bases de un nuevo país. Lamentablemente, el intento no prosperó y, algunos años después, los sucesores iniciaron el desmontaje del modelo económico y social puesto en práctica desde finales de los sesentas. En este contexto, otra vez la reforma laboral, y en especial la estabilidad en el empleo, se encontraba en el «ojo de la tormenta» del debate político, aunque, como era evidente, no para consolidarla, sino, por el contrario, para flexibilizar su contenido.

Pasaron algo más de siete años, para que el Decreto Ley 22126 de 21 de Marzo de 1978 modifique, aunque sustancialmente, algunos aspectos del modelo que se instauró en 1970. La diferencia fundamental con el Decreto Ley que aquél sustituyó, radicó en la restricción del ámbito subjetivo de protección de la norma. Es decir, a partir de este momento, el derecho de estabilidad laboral tiene nuevos alcances, puesto que su adquisición se condiciona al cumplimiento de tres años ininterrumpidos al servicio del mismo empleador (artículo 2.b del Decreto Ley 22126). Únicamente, los que tenían contrato vigente a la entrada en vigor de la nueva norma y que hayan superado el período de prueba, estaban exentos de cumplir el requisito de los tres años (artículo 2.a).

En consecuencia, esta suerte de «repliegue» normativo de la protección al trabajador en el ámbito de las relaciones de trabajo creó una «etapa de inseguridad en el empleo», dado que, entre el vencimiento del período de prueba y la adquisición del derecho (lo que se traduce en un plazo de dos años y nueve meses), el empleador tiene la

potestad de despedir, sin alegar causa alguna, mediante un preaviso de noventa días calendario¹⁷. En caso se omita el preaviso, esto es, se configure un despido «intempestivo», el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización especial equivalente a noventa días de remuneración (artículo 28). Sin embargo, esta regla que convalida el despido injustificado no es aplicable a los trabajadores que desempeñen labores sindicales representativas, pues, en estos casos, aquellos gozarán de estabilidad en el empleo, sin necesidad de acumular tres años al servicio del mismo empleador en forma ininterrumpida (artículo 33).

Ahora bien, al margen de la modificación sustancial de las condiciones de acceso al régimen de estabilidad laboral, el Decreto Ley 22126 no introdujo mayores novedades. Pues, mantuvo, casi en forma íntegra, el esquema de estabilidad en el empleo establecido desde 1970 por el Decreto Ley 18471. En este sentido, las causas justas de despido siguen siendo las mismas, es decir, sólo cabe la despedida de un trabajador cuando aquél comete una falta grave o cuando sobrevengan causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor (artículos 4 y 10). De otro lado, los requisitos formales para la materialización del acto extintivo tampoco sufren enmienda alguna.

Como era obvio, se mantuvo la dicotomía reposición-indemnización, en tanto alternativas posibles del despido desprovisto de causa o carente de las formalidades prescritas en la legislación. En consecuencia, el trabajador que

17 Con este esquema, se retornó, sin duda, al modelo de la Ley 4916, el cual admite el despido libre o *ad nutum*, carente de causa justificada y sujeto únicamente al preaviso.

estimare que la causal invocada para su despido es injustificada podrá recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo si acaso exigiere su reposición o al Fuero Privativo de Trabajo si decidiere la ruptura del vínculo laboral, pero condicionada al pago de una indemnización por despido, cuya cuantía se incrementó ostensiblemente. Sin embargo, a nuestro juicio, el énfasis innovador de esta norma se puso de manifiesto en los poderes especiales con que se dotó al juez, a efectos que aquél haga cumplir el mandato de reposición en sus propios términos. Pues, con este propósito se admitió la figura de la «denuncia penal» contra el empleador constituido en mora¹⁸, derrumbándose así el argumento jurídico-tradicional de que las obligaciones jurídicas del empresario al ser obligaciones de hacer eran incoercibles en su cumplimiento, demostrando, por el contrario, que no había ninguna imposibilidad jurídica para lograr la reposición forzosa en los casos de despido injustificado.

1.4 La Constitución de 1979 y la Ley 24514. El modelo de protección constitucional

La restitución del régimen democrático, en julio de 1980, no modifica en nada el modelo legal vigente de protección frente al despido. Así, el derecho de estabilidad

18 El artículo 21° del Decreto Ley 22126 consagra la llamada «medida indirecta de coerción penal», en los siguientes términos: «El empleador, sea persona natural o sus representantes, en caso de ser persona jurídica, que no cumpla con las resoluciones consentidas o ejecutoriadas expedidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, comete delito de resistencia o desobediencia a la autoridad y será sancionado con prisión no mayor de tres años (...).

El encausado no podrá acogerse al beneficio de la libertad provisional. Si diera cumplimiento a la resolución de la Autoridad Administra-

en el empleo, superando el período de transición política, mantuvo su importancia, aun cuando el fracaso del proyecto revolucionario que había enmarcado su nacimiento era evidente. Es decir, la necesidad de brindar seguridad en el empleo al trabajador, lejos de ser concebido por el constituyente de 1979 como un precepto caduco, desfasado y sin trascendencia actual, fue acogido como una de las bases fundamentales para garantizar aquella declaración del preámbulo constitucional, que pretende «la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores».

Pues, en base a esta concepción democrática de la justicia, el artículo 48 de la Constitución Política, consagra, por primera vez en la historia peruana, con rango suprallegal, el derecho de continuidad de la relación laboral, en los siguientes términos: «El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada». En consecuencia, aunque el texto constitucional reconoce el derecho de estabilidad en un sentido amplio, esto es, protegiendo al trabajador tanto al momento del inicio de la relación obligacional como al final de la misma¹⁹,

tiva de Trabajo se cortará el proceso penal en el estado en que se encuentre».

- 19 «La estabilidad comprende dos reglas básicas de las cuales la primera opera en el momento de la contratación y la segunda en el de la extinción. La regla de entrada consiste en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, la que se traduce al admitir la celebración de contratos de duración determinada sólo cuando la naturaleza de la labor que el trabajador va a cumplir sea temporal. La regla de salida conlleva la prohibición del despido injustificado, esto es, carente de una causa contemplada en la ley y acreditada ante un orga-

pone mayor énfasis en este último aspecto. Así, el despido perpetrado sin alegar causa justa no puede tener efectos jurídicos, puesto que no procede, lógicamente, otorgar consecuencia alguna a un acto viciado en su configuración. Además, este precepto determina el concepto de causa justa, toda vez que aquella es la reconocida por la ley (no otra) y la que ha sido comprobada (no la meramente alegada).

Ahora bien, la vigencia del artículo 48 propició un debate acerca de la constitucionalidad del Decreto Ley 22126. En torno a ello, algunos autores opinaron que el período de tres años, previo al goce del derecho de estabilidad laboral, contravenía el precepto constitucional, puesto que aquél permitía al empleador despedir sin otro límite que el cumplimiento de un preaviso de noventa días. Sin embargo, hubieron también quienes sostuvieron la tesis contraria, es decir, la constitucionalidad del mencionado decreto, alegando que la norma fundamental no prohibía que la ley señalara un plazo para la adquisición del derecho ²⁰.

Lo cierto es que, al margen de esta discusión, las disposiciones del Decreto Ley 22126 no sufrieron revisión ni cambio alguno hasta Junio de 1986, fecha en que fue derogado por la Ley 24514. La nueva regulación de la protec-

nismo imparcial». (NEVES MUJICA, Javier. «La Estabilidad Laboral en la Constitución de 1993». En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 11 / Comisión Andina de Juristas*. Lima, 1996. p. 45).

20 Un resumen más detallado sobre el tema, puede encontrarse en: BLAN-CAS BUSTAMANTE, Carlos. «La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo». En: *Derecho N° 36*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Diciembre-1982, pp. 39-44.

ción frente al despido, mantiene los criterios básicos del modelo anterior, esto es, la exigencia de causa y forma prescrita en la ley, aunque corrige, en forma sustancial, la amplitud del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley. A partir de este momento, todo trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada, que labore cuatro (4) o más horas para un sólo empleador y siempre que haya superado el período de prueba de tres meses, adquiere automáticamente el derecho a la estabilidad en su empleo. En otras palabras, el artículo 2 de la Ley 24514 reinstaura el sistema de adquisición del derecho creado por el Decreto Ley 18471 de 1970 ²¹.

El sistema normativo de la nueva ley de estabilidad laboral, de acuerdo a lo establecido por la Constitución, procede a enumerar taxativamente las «causas justas de despido». A las dos ya conocidas, esto es, la falta grave y las situaciones excepcionales fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, se suman, de un lado, la inhabilitación, mayor de tres meses, impuesta al trabajador por la Autoridad Judicial para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo²², y de otro,

21 Esta afirmación, aunque es verdadera, requiere un matiz fundamental, toda vez que el «campo de aplicación» del Decreto Ley 18471 era aun más extenso, puesto que no excluía, como sí lo hace la Ley 24514, a los trabajadores que laboraban menos de cuatro horas diarias para un solo empleador.

22 Es conveniente destacar que esta causal no es del todo novedosa, pues, con alguna modificación, su antecedente inmediato estaba en el inciso i) del artículo 4º del Decreto Ley 22126, cuyo texto señalaba: «Igualmente es causal de despedida injustificada la sanción de inhabilitación impuesta al trabajador por la Autoridad Administrativa o Judicial para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por tres meses consecutivos».

la inasistencia al centro de trabajo por privación de la libertad proveniente de sentencia judicial por delito doloso. Como puede advertirse, únicamente, la falta grave se vincula con el incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, en tanto que las demás causas justas corresponden a situaciones sobrevinientes que impiden de forma objetiva a las partes continuar el contrato. Sin embargo, como se puso de relieve en la doctrina nacional²³, el carácter cerrado de esta lista generó un sensible vacío en la ley, por cuanto aquella no contemplaba, entre las causas de despido, a la «incapacidad del trabajador» para continuar prestando satisfactoriamente sus servicios.

Ahora bien, según el mandato constitucional, para que el acto extintivo del empleador surta efectos jurídicos, no basta con alegar alguna de las causales mencionadas en la ley, sino, por el contrario, es necesaria su «debida comprobación». Así, en tres de los cuatro supuestos previstos en la Ley, se establecen mecanismos adecuados a efectos de realizar dicha comprobación. De este modo, el despido originado en situaciones excepcionales de la empresa, motivado en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, antes de materializarse, debe ser aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículo 16 de la Ley 24514), siguiendo un trámite idéntico al dispuesto en el artículo 11 del Decreto Ley 22126.

Igualmente, tanto el despido por inhabilitación del trabajador para el desempeño de su actividad laboral como el

23 Vid. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. «El derecho de Estabilidad en el Trabajo en la Constitución Peruana. ...» Op. cit. pp. 133-134.

derivado de su privación de libertad por la comisión de delito penal doloso, exigen resolución judicial consentida o ejecutoriada (artículo 6 del Reglamento de la Ley 24514). En consecuencia, para estos casos, el control de la procedencia de la causa justa es anterior al acto que ejecuta la decisión extintiva del patrón.

Sin embargo, sólo en el supuesto del despido disciplinario, es decir, el fundado en falta grave, la ejecución del mismo es inmediata, sin necesidad de una comprobación previa de la existencia o no de la falta alegada²⁴. En este sentido, el evidente carácter sancionador del despido disciplinario, se traduce en la facultad del empresario para imponer por propia decisión la extinción de la relación laboral, aunque se limita la exteriorización de su voluntad mediante la sujeción a determinados requisitos formales. En primer término, el empleador, inmediatamente después de conocida o investigada la falta, deberá comunicar por escrito esta situación al trabajador afectado, con el fin que aquél, en el ejercicio de su derecho de defensa, efectúe los descargos respectivos (artículo 6 de la Ley 24514)²⁵. Luego, concluido este trámite previo, sin que el trabajador hubiera desvirtuado los hechos que configuran la falta grave, el empleador le notificará el despido mediante carta remitida

24 Algunos autores, incluso, calificaron esta opción legislativa de inconstitucional; por ejemplo, SANGUINETI RAYMOND señalaba «Lo coherente, y ajustado al precepto constitucional, hubiese sido establecer también para esta modalidad un sistema de despido propuesta, como de hecho se planteó en el Proyecto de Ley de Estabilidad Laboral aprobado por la Cámara de Diputados». (Loc. cit.).

25 Es obvio, que este procedimiento de defensa extra-judicial no puede ser calificado como un mecanismo efectivo de comprobación de la falta grave, en virtud que aquél necesita de un órgano imparcial de resolución.

notarialmente o por intermedio de Juez de Paz a falta de notario, con indicación precisa de la causa del despido y la fecha en que debe cesar (artículo 7).

En caso el trabajador considere que el despido carece de causa justa o no cumple con los requisitos formales exigidos por la Ley, podrá recurrir al Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales para que el juez especializado lo declare «injustificado o improcedente» (artículo 8 de la Ley). En otras palabras, se postula un nuevo esquema procesal de impugnación del despido que, tras judicializarlo, instituye una sola acción dirigida a revocar la validez de la decisión extintiva empresarial. Pues bien, a diferencia del modelo anterior de estabilidad laboral donde existían dos acciones distintas (reposición e indemnización) para impugnar una extinción ilegítima, esta novísima concepción parte de debatir al interior del proceso la justificación o improcedencia del despido, y será después, si se califica este acto como inválido, cuando el trabajador perjudicado podrá optar, en ejecución de resolución, entre su reposición inmediata o la terminación del contrato de trabajo a cambio de una indemnización (artículo 12).

De este modo, la Ley 24514 mantiene en manos del trabajador, siguiendo la tradición normativa, la opción de exigir, vía la reposición, la declaración de nulidad del acto extintivo arbitrario, cuyos efectos se traducen en la reinstalación del despedido, así como en el pago de sus remuneraciones devengadas o dejadas de percibir durante el procedimiento de impugnación. Es decir, en el caso que se opte por la reposición, ésta habrá de ejecutarse en sus propios términos. En este punto se mantiene el mecanismo de la coerción penal que tiende a garantizar la obligada

reinstalación del trabajador. Por ello, el artículo 27 de la Ley 24514 conserva, a semejanza del modelo anterior, la denuncia penal, en cuyo proceso el encausado no podrá acogerse al beneficio de libertad provisional, que se dirige a evitar de forma indirecta que el empresario eluda la obligación de hacer en que consiste la reposición del trabajador²⁶.

Finalmente, las características procesales de la «acción de calificación del despido» contribuyeron a que aquella se convierta en mecanismo efectivo y preferente de tutela de los derechos constitucionales del trabajador en la vía laboral²⁷. Pues, en primer lugar, contaba con un procedimiento breve y sumario. En segundo lugar, el efecto de su sentencia, en caso se opte por la reposición, buscaba reparar el derecho lesionado, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación del mismo. Y en último lugar, durante el trámite del procedimiento, el trabajador podía ser beneficiado

26 Hay que apuntar, que esta norma, en el extremo que «prohíbe conceder la libertad provisional al encausado», deviene en inaplicable con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal (1991), puesto que aquél sanciona el delito de «resistencia a la autoridad» con pena privativa de libertad no mayor de dos años, quedando, por consiguiente, ubicado dentro de los delitos respecto de los cuales el juez no puede dictar orden de detención del inculcado. En consecuencia, como refiere BLANCAS, «...si el delito que se imputa a éste se juzga sin necesidad de privarlo de su libertad, es evidente que la norma laboral que prohíbe conceder la libertad provisional al encausado deviene en inaplicable». (Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El Derecho de Estabilidad en el Trabajo...» Op. cit. pp. 231-232).

27 «La asimilación de la acción de calificación del despido a las características de la Acción de Amparo es lo que, en práctica, puede estimular al trabajador despedido a preferir la vía de la justicia laboral, al fin de cuentas especializada, respecto del Amparo ...». (Ibídem.p. 205)

con la suspensión provisional del despido (artículo 8 de la Ley), lo que se traduce en la reincorporación del trabajador en su puesto de trabajo, o con una medida de auxilio económico, llamada asignación provisional (artículo 9), cuyo monto no podía ser mayor a la última remuneración mensual que hubiera percibido el trabajador. Sin embargo, es claro, que estas especies de medidas cautelares previstas en la ley, resultan aún insuficientes para brindar una protección adecuada a derechos fundamentales distintos a la estabilidad laboral (como lo es, por ejemplo, la libertad sindical²⁸), en tanto no se prevén disposiciones específicas que aseguren la restitución provisional de aquéllos durante la tramitación del procedimiento de calificación del despido.

1.5 El Asomo de la Flexibilidad en el Decreto Legislativo 728. La garantía de la reposición y sus distintos niveles de protección

El Decreto Legislativo 728 de 12 de Noviembre de 1991, denominado «Ley de Fomento del Empleo» (LFE), sienta las bases de una nueva política laboral²⁹, cuyo

28 Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. ha estimado que «es necesario que la legislación establezca en forma expresa recursos y sanciones contra actos de discriminación antisindical de los empleadores contra los trabajadores y las organizaciones de trabajadores con miras a garantizar el cumplimiento eficaz del artículo 1 del Convenio núm. 98». (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, 1985. párrafo 745.).

29 En efecto, este proceso de cambio es descrito por Carlos Torres y Torres Lara, Ex- Ministro de Trabajo y Promoción Social, como el paso «...de una etapa de simple protección al factor trabajo a una nueva en la que

andamiaje normativo es significativamente distinto al implementado en años anteriores. La LFE, se sitúa exclusivamente en el marco de una política flexibilizadora de tipo individual³⁰, encaminada a reducir los niveles de protección del trabajador frente al despido, con el objeto de articular empresas competitivas y de mayor productividad. La Ley, en consecuencia, plasma diversas medidas destinadas a flexibilizar o desmontar el principio de estabilidad en el empleo, aunque sin llegar a desaparecerlo, entre las que se encuentran la consagración de numerosos contratos temporales y el ablandamiento del procedimiento judicial a efectos de materializar el mandato de reposición cuando el despido sea declarado injustificado³¹.

Todavía vigente el artículo 48 de la Constitución, el sistema de adquisición del derecho de estabilidad laboral no

sin olvidar la necesidad de dicha protección, el eje de la protección se traslada a la necesidad imperiosa de crear nuevas fuentes de trabajo. ¿De qué sirve tener la mejor legislación laboral del mundo si tenemos la mayor desocupación?». (TORRES Y TORRES LARA, Carlos. «Nuevos Lineamientos para la Micro y Pequeña Empresa». En: *Asesoría Laboral*. Lima, N° 13. 1992. p. 8.)

30 Estas «políticas flexibilizadoras» son propias de una tendencia legislativa que aparece en América Latina a partir de 1988, y que responden a una perspectiva contradictoria con respecto a la visión unilateralmente protectora del Derecho del Trabajo. Así, ERMIDA URIARTE, la define como una «contra-teoría», «...que parte de una crítica económica o economicista al proteccionismo laboral y que sostiene, por expresarlo resumidamente, que la protección o el exceso de protección produce un efecto inverso al querido, generando desinversión o desempleo, desarticulando la creación de nuevos puestos de trabajo». (ERMIDA URIARTE, Oscar. «La flexibilidad del Derecho Laboral...» Op. cit. p. 12.)

31 Vid. NEVES MUJICA, Javier. «La Estabilidad Laboral en la Constitución de 1993...». Op. cit. pp. 48- 54.

podía ser discordante con el de la Ley 24514, por ello, casi repitiendo los términos de esta última, se señala que «todos los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, cuya labor se ejecute en cuatro horas diarias o más (artículo 58 de la LFE), y siempre que hayan superado el período de prueba de tres meses (artículo 43), no podían ser despedidos, salvo que exista causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada». Sin embargo, el modelo de protección instaurado por la LFE, no entró a regular automáticamente los contratos de trabajo vigentes, puesto que los trabajadores que se encontraban laborando bajo el régimen de la Ley 24514, continuarían regidos por ella, aunque sólo en algunos supuestos como imputación de causas justas o medidas reparadoras del despido injustificado (Segunda Disposición Transitoria y Final de la LFE). De modo que, la conservación expresa, por vía legislativa, de los derechos adquiridos, consuma la aplicación ultractiva del modelo normativo implantado por la Ley de Estabilidad Laboral de 1986³².

Ahora bien, el nuevo marco normativo de regulación contuvo entre sus principales elementos innovadores la

32 Debe resaltarse que, a raíz de esta sucesión normativa originada en el ordenamiento laboral peruano, se suscitó un importante debate doctrinal acerca de la actuación del principio de condición más beneficiosa. Algunos autores, con quienes identificamos nuestra posición, reconocieron la aplicación del mencionado principio, en tanto se defiende «la conservación de ventajas anteriores», inclusive respecto a derechos que difícilmente pueden considerarse adquiridos (Vid. NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al Derecho del Trabajo». Lima. ARA Editores 1997. p. 149.). Sin embargo, de otro lado, hubo quien señaló que en este supuesto de sucesión no «...estamos ante una aplicación del principio de condición más beneficiosa, sino, sobre todo, ante el mantenimiento de un derecho por indicación expresa de la ley».

«reformulación del concepto de despido». Pues, a diferencia de la Ley 24514, la LFE utiliza la expresión despido para referirse, exclusivamente, a las decisiones extintivas empresariales unilaterales con efectos individuales; mientras, las llamadas reducciones de personal por situaciones excepcionales de la empresa, de efectos mas bien colectivos, pasan a integrarse en el supuesto genérico de «extinción del contrato de trabajo», bajo el nombre de «cese colectivo» (artículo 52 de la LFE). En otras palabras, la LFE deja fuera del alcance conceptual del despido al tradicional «despido colectivo» motivado en situaciones excepcionales de la empresa³³. Logrando con ello, como es evidente, no sólo romper la tradicional unidad conceptual del despido que nuestra normativa había consagrado desde hace unas décadas atrás, sino también, y lo que es más grave, excluir al cese colectivo de la protección del derecho

(TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. «El principio de Condición más Beneficiosa». En: *Revista Derecho y Sociedad*. N° 7. Lima. 1993. p. 46).

- 33 Un sector doctrinario, partidario de esta innovación legislativa, sustentó esta posición, argumentando que en la terminación colectiva de las relaciones de trabajo es la «fuerza de las cosas», y no el acto del empleador, quien extingue el contrato laboral. Pues, este supuesto de disolución del vínculo contractual, requiere no sólo la iniciativa del empleador, sino la configuración de ciertos supuestos fácticos (entiéndase, causas objetivas reconocidas en la ley), previamente acreditados ante la Autoridad Administrativa. Es decir, para la materialización de un cese colectivo no basta una decisión empresarial de carácter unilateral y recepticio, como ocurre en el despido, puesto que ella debe ser complementada con el acuerdo de los representantes de los trabajadores o autorizada previamente por la Autoridad de Trabajo. (Vid., al respecto, PASCO COSMOPOLIS, Mario. «Extinción de la Relación Laboral en el Perú». En: AA.VV. *La Extinción de la relación laboral*, Lima. Editorial AELE, 1987, pp. 245-246).

de estabilidad laboral que brinda la Constitución en su artículo 48³⁴.

En cuanto a las causas justas de despido, se introducen las relacionadas con la capacidad del trabajador, modificando superficialmente las vinculadas a su conducta. En el primer caso, partiendo de un sentido liberatorio, se permite al empleador eludir el mantenimiento de una relación de trabajo cuando el trabajador deviene en incapaz a efectos de cumplir su prestación; mientras, en el segundo, respondiendo a un carácter marcadamente sancionador o disciplinario, se legitima al empleador a liquidar el vínculo laboral toda vez que el trabajador infrinja los deberes esenciales que emanan del contrato, tenga una condena por delito doloso o sufra alguna inhabilitación que le impida cumplir su actividad laboral. Asimismo, el número

No obstante ello, otro sector de la doctrina, crítico al texto legal, y partidario de una noción amplia del concepto de despido, ha señalado «...que ambos casos están dentro del supuesto del despido, porque en última instancia depende de la voluntad del empresario manifestar cualquiera de las causas para dar por extinguido el contrato de trabajo». (CORTES CARCELEN, Juan Carlos. «¿El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado como despido?». En: *Ius et Veritas*. Lima, N° 12, pp. 85).

En el mismo sentido BLANCAS afirma, que en este tipo de decisiones «...la voluntad del empresario, lejos de ser irrelevante, interviene y es determinante para producir el resultado final: la extinción del contrato de trabajo». (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El Derecho de Estabilidad...» Op. cit. p. 329.).

34 «En la nueva Ley se enmarcan claramente las diferencias entre las causas genéricas de extinción del vínculo laboral y las específicas que tienen que ver con el despido, materia esta última que es la única a la que se la aplica el concepto de estabilidad laboral...». (PASCO COSMOPOLIS, Mario. «La Estabilidad Laboral en la Ley de Fomento al Empleo». En: *Análisis Laboral*. Junio 1992. p. 33).

de causas objetivas, constitutivas del cese colectivo, aumenta con la inclusión de los supuestos de «disolución y liquidación de la empresa y la quiebra» y «las necesidades de funcionamiento de la empresa» (incisos c y d del artículo 86 de la LFE). Sin embargo, la introducción, sobre todo, de esta última causal al ordenamiento laboral, fue bastante cuestionada, en tanto aquélla tras brindar al empleador la amplia facultad de «ejecutar procesos productivos en función al tipo de actividad económica que se desarrolle» (artículo 45 del Reglamento de la LFE), facilitaba el despido discrecional *ad nutum* es decir, carente de causa³⁵.

La LFE mantiene el sistema de despido directo, facultando al empleador para imponer por propia iniciativa la extinción de la relación laboral, aunque se limita la exteriorización de su voluntad extintiva mediante la sujeción a unos requisitos formales que, a semejanza del modelo anterior, consisten en otorgar al trabajador un plazo razonable no menor a seis días naturales para que pueda defenderse de los cargos que se le han de formular por escrito, mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del despido³⁶.

35 Sobre el particular, Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Fomento del Empleo y Estabilidad Laboral». Parte II. En: *Asesoría Laboral*. Lima, Febrero 1992, Año II, N° 14. p. 12.

36 Sin embargo, hay que subrayar que, junto a estos requisitos formales, el Reglamento de la LFE exige la verificación y/o certificación de las causales de incapacidad alegadas por el empleador. Por ejemplo, el artículo 19° del mencionado texto legal, legitima al Ministerio de Salud, al I.P.S.S. o a otras entidades especializadas debidamente calificadas, a certificar «el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobreenvenida». De la misma forma, el artículo 20° señala que «para la veri-

El cambio más significativo, y a nuestro juicio, más relevante a efectos del presente estudio, ocurre en el esquema de impugnación del despido. Abandonando el sistema de «calificación del despido», propio del régimen de la Ley 24514, la LFE retorna al modelo de impugnación opcional del despido, pues, el trabajador injustamente despedido podrá demandar judicialmente, y de modo alternativo, su reposición en el trabajo o la extinción del vínculo complementada por una compensación de naturaleza dineraria (Art. 72). Asimismo, el carácter innovador del nuevo modelo de protección frente al despido, instaurado con la LFE, faculta al trabajador a demandar la nulidad de la decisión extintiva empresarial, en los casos que aquella tenga por motivo la lesión de bienes constitucionales superiores, tales como, la libertad sindical, la igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 65 y 71 de la LFE).

Como se pondrá de manifiesto a continuación, la distinta configuración de estos tipos de acciones impugnativas, se traduce en el establecimiento de un sistema diferenciado de garantías respecto a la eficacia reparadora del despido. En este sentido, el despido declarado judicialmente injustificado³⁷ tiene una protección bastante precaria, equivalente, incluso en su nivel más intenso, a una suerte de

ficación del rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (...), el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios inspectivos especializados del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, así como del Sector que pertenezca la empresa».

37 En este modelo, el incumplimiento de los requisitos formales deja de ser una causa de despido improcedente para ser reconducido hacia el despido injustificado. Es decir, la categoría del despido improcedente, desaparece y es «absorbida» por la de despido injustificado.

«reposición contingente», en tanto aquella puede sustituirse por dinero. Por su parte, la declaración de nulidad de un despido, tras la orden de restituir las cosas al estado anterior al mismo, obliga al juez a emitir un mandato de «reposición forzosa», esto es, el cumplimiento de la reinstalación sin posibilidad alguna de variarla.

1.5.2 La garantía de la reposición contingente en los despidos injustificados

Ha sido tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha visto, que el despido carente de causa justa o el realizado con incumplimiento de las formalidades legales exigidas, se haya considerado como un acto transgresor del derecho de estabilidad en el empleo, en tanto se impide injustamente la posibilidad del trabajador de permanecer ligado, de forma indefinida, a ese puesto de trabajo. En estos términos, la estabilidad laboral se ha configurado como una garantía jurídica, o si se prefiere, como una protección normativa, de la «permanencia» o «expectativa de permanencia»³⁸ del trabajador en su empleo. Ahora bien, esta concepción garantista que se atribuye a la institución, ha dicho la doctrina³⁹, no se agota en la limitación de la

38 Esta «expectativa de permanencia» nace del llamado principio de continuidad de la relación laboral, pues «La continuidad indeterminada de la empresa y la consiguiente permanencia del trabajador en su puesto para atender a esta continuidad dan lugar, como ya se dijo, a una expectativa de permanencia. Cuando el derecho positivo da protección a tal expectativa aparece el derecho a la estabilidad...». (RAMIREZ BOSCO, Luis. «Manual del Despido». Buenos Aires. Editorial HAMMURABI S.R.L., 1986, p. 19.)

39 En este mismo sentido, se ha mencionado que «si la estabilidad en el trabajo se caracteriza, entre otros rasgos, por permitir el despido sólo cuando exista una causa justa, lo que equivale decir que lo prohíbe

potestad discrecional extintiva del empresario, sea ésta causal o formal, sino importa, también, que de materializarse aquella, existan medios efectivos para que se repare el perjuicio. De no ser así, el precepto del artículo 48 de la Constitución quedaría vacío de todo contenido, pasando a la categoría de un principio o enunciado general, desprovisto de mecanismos adecuados para asegurar su eficacia.

En efecto, la LFE señala que cuando un despido atenta injustificadamente contra la expectativa legítima del trabajador de permanecer en la empresa, o lo que es lo mismo, lesiona el derecho de estabilidad laboral, el trabajador podrá demandar alternativamente su reposición en el trabajo o el pago de una indemnización que convalide el acto antijurídico extintivo. Sin embargo, ambas medidas reparadoras, tradicionales en nuestro ordenamiento, sufren un manifiesto desmedro en comparación con el modelo anterior. Así, junto a una sensible rebaja de la cuantía de la indemnización por despido injustificado, la LFE desconoce el carácter obligatorio del mandato de reposición, permitiendo al juez sustituirlo por el pago de una compensación pecuniaria, cuando aquél «resultare inconveniente dadas las circunstancias» (artículo 72 de la LFE). En consecuencia, este nuevo esquema normativo de protección frente al despido, al romper la lógica actuación del principio de la identidad total entre lo solicitado y lo estatuido en el fallo judicial, convierte la obligación patronal de reponer en una obligación contingente, posible o probable

cuando falta ésta, es lógico y jurídico, que deba prever remedios eficaces cuando la prohibición sea ignorada por el empleador en perjuicio del trabajador...». (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El Derecho de Estabilidad...» Op. cit. p. 50.)

dependiendo de las circunstancias, o quién sabe, de la simple buena disposición del empleador. En concreto, ello significará que el trabajador gana el juicio pero pierde el empleo, o dicho de otro modo, que el acto antijurídico del empleador prevalece sobre el derecho del trabajador y produce sus efectos, esto es, la extinción de la relación de trabajo⁴⁰.

De esta forma, el Magistrado ante la inconveniencia⁴¹, no ante la imposibilidad, del cumplimiento *in natura* de la obligación de reponer, podrá declarar extinguida la relación laboral y condenará al empresario al pago de una compensación en metálico equivalente al monto de la indemnización por despido injustificado. Lo cual, como es evidente, revela en el nuevo ordenamiento una marcada preferencia por la conclusión del contrato de trabajo, antes que por su continuación. En otras palabras, la LFE promueve un sistema de tutela resarcitoria, encaminado a indemnizar económicamente los eventuales daños producidos por la extinción ilegítima, debilitando así, la garantía de la reposición, en tanto instrumento de la llamada tutela

40 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Fomento del Empleo y Estabilidad Laboral...» Op. cit. p. 11.

41 Es evidente, que esta facultad judicial de variar la reposición del trabajador por el pago de una indemnización, debe interpretarse restrictivamente, pues de lo contrario, cualquier oposición del empresario a la obligación de readmitir podría convertir a aquella en «inconveniente dadas las circunstancias». En el mismo sentido, PASCO afirma que «esta medida trascendental pone en manos del juez la responsabilidad de sentenciar de acuerdo a ley, sino también de acuerdo a lo que la razón y los hechos imponen en determinadas situaciones de conflicto extremo». (PASCO COSMOPOLIS, Mario. «La Estabilidad Laboral en la Ley de fomento...» Op. cit. p. 34).

restitutoria, cuya pretensión supone la reparación integral de las consecuencias derivadas del despido.

Hay que resaltar, por último, que en cuanto a los mecanismos de ejecución que tienden a garantizar el mandato judicial de reposición, el texto de la LFE, manteniendo el criterio de incoercibilidad directa de las obligaciones de hacer, introduce medidas coercitivas de carácter indirecto. Aunque prescinde de la tradicional medida de coerción penal, en este punto contiene una importante novedad, pues se incluye la «sanción pecuniaria acumulable» como medio de compulsión sobre el patrimonio del empresario. En suma, el artículo 81 del mencionado cuerpo legal, sanciona al empleador que inobserve el mandato judicial de reposición *in natura*, esto es, en sus propios términos, con una multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente tras cada nuevo requerimiento judicial hasta asegurar su cabal ejecución.

1.5.3 La reposición forzosa en los despidos basados en motivos prohibidos

Como consecuencia de las reformas normativas tendientes a debilitar los mecanismos reparadores del derecho de estabilidad en el trabajo, entre las que resalta la facultad atribuida al juez a variar la reposición por una indemnización traducible en dinero, se planteó la cuestión de cómo asegurar al trabajador despedido, ante una eventual vulneración de derechos constitucionales, el restablecimiento íntegro de su derecho. En concreto, la conversión de la reposición del trabajador, cuando aquél haya sido objeto de un despido injustificado, en una «reposición de naturaleza contingente», no sólo desprotege el derecho de estabilidad laboral, sino también desampara, aunque de manera

indirecta, a otros derechos fundamentales. Por ello, con la regulación establecida en la LFE, haciendo posible la indemnización sustitutoria, cuya consecuencia se traduce en la extinción definitiva del vínculo laboral, se consolida la violación de derechos constitucionales; de ahí que, dicha regulación considere relevante atribuir la calificación de nulidad a los despidos que, además de injustificados, encubran un acto discriminatorio por parte del empleador o comporten la violación de derechos de la persona humana que se reputan intangibles. Es decir, que el despido basado en motivos antisindicales, discriminatorios o que tenga por causa la represalia patronal (siguiendo el sistema de enumeración taxativa del artículo 65 de la LFE⁴²), será nulo, esto es, no surtirá efecto jurídico alguno en la relación laboral, y, por tanto, obligará al empleador a retrotraer las cosas de manera absoluta al estado anterior al acto lesivo⁴³.

42 Al respecto, el artículo 65 de la LFE, en términos muy similares al artículo 5º del Convenio 158 de la O.I.T., señala que «es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un procedimiento contra el empleador ante las autoridades competentes; d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto».

43 La calificación de nulidad del despido, en palabras de PASCO COSMOPOLIS («La Estabilidad Laboral en la Ley de Fomento al Empleo». Op. cit. p. 34), supone la inexistencia del mismo y «...conlleva, por tanto, retrotraer las cosas de manera absoluta al estado anterior». En este sentido, se ha señalado que «...la declaración de nulidad del despido tiene efectos *'ex tunc'*, es decir, desde el momento inicial en que se realizó el acto de despido, restableciendo el contrato y haciendo desaparecer la situación real ocasionada por el acto declarado nulo...».

Como no podía ser de otro modo, la legislación peruana con la finalidad de garantizar la vigencia de ciertos derechos constitucionales, al privar de todo efecto jurídico al despido transgresor de los mismos, promueve su restauración o, en términos más concretos, junto al pago de los salarios dejados de percibir, exige la reposición del trabajador en su empleo (artículo 71 de la LFE), sin que quepa al juez, y menos a las partes, la facultad de sustituir esta medida por la de indemnización. En este sentido, el despido declarado nulo por fundarse en una causal ilícita, conduce imperativamente a la reposición del perjudicado, debiendo la sentencia ser ejecutada en sus propios términos, aun cuando para ello deba doblegar la voluntad opositora del empleador a su cumplimiento⁴⁴. Esta modificación, es evidente, entrañó un giro radical en el sistema de protección frente al despido, pues lejos de mantener las garantías del derecho de estabilidad laboral como mecanismos de protección indirecta de otros derechos constitucionales, instituyó una vía procesal específica para la tutela de estos últimos.

Sin embargo, el alcance de la reforma operada por la LFE, quedó mediatizada básicamente por dos razones. En

(MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo». En: *La reforma del estatuto de los trabajadores, tomo II, El Despido*. AA.VV. dirigidos por Borrajo Dacruz, Efrén. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales Reunidas. 1994. p. 314).

44 En esta misma línea, la doctrina ha puesto de manifiesto, que cuando se trata de un despido lesivo de derechos fundamentales, resulta especialmente grave la aplicación de la teoría de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer a efectos de justificar el incumplimiento del mandato judicial de reposición. (Cfr. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales.» Madrid. Editorial TROTТА. 1992. p. 227).

primer lugar, el sistema de ejecución legal de la sentencia que declaraba la nulidad del despido, resultaba insuficiente para asegurar el cumplimiento *in natura* de la obligación patronal de reponer. Aparte de la lógica exigencia del empresario de continuar pagando las remuneraciones del trabajador hasta su reposición efectiva, incluidas las dejadas de percibir por causa del acto inconstitucional (inciso a del artículo 78); el artículo 81 de la LFE, como ya se ha señalado líneas arriba, preveía una «multa acumulable», cuya presencia representaba el único instrumento compulsivo de la reposición forzosa. Ahora bien, el carácter discrecional de esta multa, así como la subordinación de su incremento a requerimientos judiciales expresos, revelaban la precariedad de este medio para sancionar eficazmente la infracción laboral cometida, y más aún, para lograr la ejecución del mandato judicial de reposición.

Por otro lado, la viabilidad jurídica de esta figura se ve cuestionada por la condición compleja de su aspecto probatorio. Pues, este modelo normativo, obviando la conocida dificultad probatoria del motivo discriminatorio⁴⁵, por estar normalmente encubierto tras la apariencia de un acto legal y legítimo, exige al trabajador la prueba del motivo alegado sin posibilidad de recurrir a los denominados

45 La prueba en la protección contra actos discriminatorios, ha sabido multiplicar su trascendencia debido a las características muy típicas y poco comunes que presentan dichos comportamientos. Ahora bien, la consecuencia inmediata de este poliformismo, cuyo único elemento común es el resultado desventajoso para el sujeto que los sufre, afirma VALDES DAL-RE, «...se traduce, cuando se pretende remediar judicialmente, en la especial dificultad de demostración. De ahí que la actividad probatoria haya pasado a erigirse en el banco de prueba de la garantía constitucional de no discriminación». (VALDES DAL-RE, Fernando.

«sucedáneos de los medios probatorios»⁴⁶. En otras palabras, se impone al trabajador demandante la obligación de aportar datos constitutivos del supuesto de hecho inconstitucional, prohibiendo el empleo de prerrogativas procesales tales como los indicios y/o las presunciones. En suma, nuestro sistema adopta el tradicional y anticuado principio del *onus probandi* en su versión más radical, toda vez que recarga sobre el acusador la carga de la prueba de los motivos alegados como ilícitos. Por lo demás, estos rasgos esenciales del régimen probatorio de la figura del «despido nulo» peruano, cuestionan ampliamente su utilidad práctica, transformándolo en un mecanismo de protección relativo, insuficiente e ineficaz.

En conclusión, aun a riesgo de perder su reposición, por causa de la calidad sustitutoria de este medio de reparación, el trabajador despedido estaba tentado a impugnar únicamente el carácter injustificado de ese acto, en razón de sus prerrogativas probatorias; puesto que, mientras en

Ley de Bases del procedimiento laboral (Aspectos más sobresalientes de una Reforma Procesal Anunciada). En: VALDES DAL-RE Y CRUZ VILLALON. «Lecturas sobre la reforma del proceso laboral. Ministerio de Justicia». Madrid. 1991. p. 147.). Sobre el mismo tema. Vid. PASCO COSMOPOLIS, Mario. «La Estabilidad Laboral...» Op. cit. p. 34; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo». En: *Revista DERECHO-PUC*. Lima, N° 49, diciembre 1995, pp. 201 y 202; PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «Despidos Discriminatorios y Libertad Sindical». Cuadernos CIVITAS. Madrid. 1983. p. 76; LOVATON PALACIOS, Miguel David. «Apreciación Crítica de los Aspectos Procesales de la Reforma de la Ley de Fomento del Empleo (Ley 26513)». En: *Asesoría Laboral*, Lima, N° 57, p. 19.

46 Según el artículo 75° de la LFE, «ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos».

la demanda de nulidad la carga de la prueba corresponde al trabajador, en el sistema de impugnación del despido injustificado, aquélla se traslada al empleador.

1.6. La Constitución de 1993 y el «nuevo» Modelo Normativo de Protección Instaurado por la Ley 26513. La reposición como garantía exclusiva y excluyente del despido nulo

1.6.1 Aspectos generales

Como producto de una voluntad normativa flexibilizadora de la relación obligacional entre patrón y trabajador, las últimas reformas introducidas al ordenamiento laboral peruano se enmarcan dentro de una tendencia de desnaturalización progresiva del principio tuitivo que inspira el Derecho del Trabajo. Sin embargo, estas modificaciones, impulsadas a partir de la LFE, no afectaron de modo armónico todos los ámbitos de la regulación laboral, sino por el contrario, su actuación fue desproporcionadamente focalizada en algunos temas, teniendo como eje central la adopción de una posición flexible respecto a la estabilidad en el empleo⁴⁷, sobre todo en el momento del término de la relación de trabajo. De ahí que, el primer blanco de esta política fue la sustitución del artículo 48 de la Constitución, cuyo reconocimiento al principio de estabilidad se traducía en la prohibición del despido carente de causa justa, por una fórmula, más bien ambigua, que remite a la Ley

47 Así, lo demuestran las palabras vertidas en la «Carta de Intención», que dirigiera el gobierno del Perú al Fondo Monetario Internacional en 1994. El numeral 20 de la misma, indica lo siguiente: «En 1993 se ha logrado un progreso sustancial en la flexibilización del mercado laboral, mediante la promulgación de una legislación que permite una variedad

«la adecuada protección frente al despido arbitrario» (artículo 27 de la Constitución de 1993). Por consiguiente, tras la modalidad de regulación en vía indirecta de un derecho constitucional, sujeta únicamente a conceptos imprecisos como el de «adecuada protección», se concede al legislador amplias facultades a efectos de definir el nuevo contenido del derecho de estabilidad laboral⁴⁸.

Posteriormente, inserta dentro de este proceso, la Ley 26513 de 27 de Julio de 1995, junto a otras normas de menor trascendencia, por las que se modifican determinados artículos de la LFE, ha llevado a cabo una importante reforma en el régimen jurídico del despido, fundamentalmente referida a ciertos aspectos del despido individual. De esta forma, aunque el modelo jurídico-normativo implantado por la LFE se mantiene en sus características esenciales, las modificaciones operadas por la Ley 26513 configuran, a nuestro juicio, un nuevo modelo de protección, en tanto varía sustancialmente el esquema garantista del derecho de estabilidad en el trabajo.

El cambio más significativo se lleva a cabo en el nuevo artículo 67 de la LFE y se refiere a los efectos del despido, según su calificación de arbitrario⁴⁹ o nulo.

de contratos laborales, adopta una posición flexible sobre la estabilidad laboral y regula el proceso de negociación colectiva con el objetivo de minimizar las disputas laborales...».

48 Vid. NEVES MUJICA, Javier. «La Estabilidad Laboral en la Constitución de 1993...» Op. cit. p. 48; además, revisar sobre el particular, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo...» Op. cit. p. 193.

49 De conformidad a la nueva terminología del artículo 27 de la Constitución, el concepto de «despido arbitrario» sustituye a la anterior categoría de «despido injustificado».

A partir de la Ley 26513 todo despido calificado de arbitrario, pese a carecer de causa o ser imposible la comprobación de ésta en juicio, surtirá efectos jurídicos y será convalidado, sólo a cambio de una compensación de naturaleza meramente económica. De esta suerte, al abolir por completo la tutela restitutoria, plasmada tradicionalmente en la revocación del acto extintivo vía la reposición, se configura un sistema de «despido pagado», donde el poder discrecional del empleador para despedir no encuentra otro límite que el monto de una indemnización a abonar al trabajador⁵⁰. En consecuencia, bajo el nuevo modelo jurídico-positivo, donde la acción indemnizatoria es mantenida como única vía reparadora del principio de estabilidad en el empleo, la causa justa de despido se convierte en un simple mecanismo eximente de la responsabilidad resarcitoria del empleador⁵¹.

Por otro lado, en relación al despido nulo no se introduce ninguna novedad respecto al listado de motivos prohibidos generadores de la invalidez del acto extintivo empresarial. Además, en la misma línea, mantiene, como no po-

50 Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma...» Op. cit. p. 197.

51 Esta devaluación de la noción de causa justa, es descrita, en términos bastante gráficos, por GARCIA GRANARA cuando señala que «En el Perú, la causa constituyó un requisito de validez del acto de despido en el sistema de estabilidad laboral absoluta en el que procedía, a elección del trabajador, la reposición obligatoria; luego pasó a constituir un requisito de exclusión del pago de la indemnización en el sistema de estabilidad relativa de la Ley 26513». (Vid. GARCIA GRANARA, Fernando. «La Extinción de la Relación Laboral en el Perú». En: *Revista de Trabajo*. Lima. Ministerio de Trabajo y Promoción Social. 1997. Año II, N° 2. p. 18.).

día ser de otro modo, la facultad judicial revocatoria del despido viciado de nulidad, al prever la reposición del trabajador en su propio puesto de labores. Sin embargo, a diferencia del modelo anterior, de declararse fundada la demanda, y siempre que el proceso se encuentre en ejecución de sentencia, el demandante podrá optar por la indemnización prevista para el despido injustificado (artículo 67), «lo que significa que el trabajador perjudicado tendrá derecho a las remuneraciones devengadas durante el juicio y a la indemnización fijada en el artículo 76»⁵². En consecuencia, al margen de la evidente insuficiencia del monto de la indemnización para asegurar la reparación efectiva de derechos constitucionales violados, el nuevo modelo normativo instaaura, a favor del trabajador, un sistema dual de reparación sistematizado en el ejercicio de la opción entre reposición e indemnización.

Es también de resaltar que, en materia de cese colectivo por causas objetivas, se suprime la causal fundada en las llamadas «necesidades de funcionamiento de la empresa», la cual permitía a aquella, como ya se ha dicho, despedir libremente, esto es, sin alegar y menos demostrar causa alguna, y luego reemplazar al 5% del personal cada año. Sin embargo, aunque a juicio de la doctrina mayoritaria esta supresión resulta conveniente⁵³, se ha dejado en claro que los efectos de la misma devendrían

52 Cfr. MORALES CORRALES, Pedro. «Principales Modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo». En: *Análisis Laboral*, Julio 1995, p. 10.

53 Refiriéndose a este supuesto de extinción del vínculo laboral, se ha opinado que aquél «...realmente implicaba un supuesto de inestabilidad laboral o despido libre (ad nutum), motivo por el cual resultaba inconstitucional» (HERRERA VASQUEZ, Ricardo. «La Estabilidad Laboral de

casi en inútiles en el contexto de la nueva normativa, a consecuencia de la facilitación del régimen general del despido⁵⁴.

Por último, en la misma línea de un sistema de «despido-propuesta», el procedimiento de cese colectivo mantiene todavía condicionada la materialización de la voluntad extintiva del empleador, a la comprobación previa de la causa justa por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Es decir, este trámite prevé, siguiendo la tradición, un control previo en sede administrativa, con el objeto de evaluar, y en su caso, aprobar, la existencia de las causas objetivas a que se refiere el artículo 80 de la LFE. Sin embargo, esta intervención administrativa se ha visto devaluada, en razón de las reformas introducidas por la Ley 26513, pues aquéllas admiten, se entiende en nombre de la simplificación y de la celeridad, la figura de la «aprobación ficta» de la solicitud empresarial de cese colectivo (incisos c, g y h del artículo 82 de la LFE). Pues, esto significa que una vez vencidos los reducidos pla-

Salida en las Modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo». En: *Ius et Veritas*. Lima. N° 11. 1995. p. 143). En el mismo sentido, Vid. NEVES MUJICA, Javier. «La Estabilidad Laboral en la Constitución de 1993...» Op. cit. p. 53. No obstante ello, hay quienes han opinado en sentido contrario, pues a su concepto la derogación de tal causal «...podría ser considerada como una desventaja para los trabajadores, pues el cese por necesidades de funcionamiento les concedía derecho a una compensación económica (...) por la terminación de los contratos de trabajo, mientras en el cese colectivo común los trabajadores afectados no tienen pago adicional a los beneficios sociales...». (GARCIA GRANARA, Fernando. «El nuevo Procedimiento de Cese Colectivo». En: *Análisis Laboral*, Agosto 1995, p. 9).

54 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma...» Op. cit. p. 203.

zos para el pronunciamiento de la Autoridad de Trabajo, sin que esta resuelva, la solicitud debe entenderse tácitamente aprobada. Por ende, dicha reforma, como es obvio, resulta peligrosa, porque la configuración del llamado silencio administrativo positivo⁵⁵, podría implicar la convalidación de actos incausados y, lo que es peor, la eventual impunidad de actos lesivos de derechos constitucionales⁵⁶.

Otra novedad, dentro del marco del procedimiento de cese colectivo, consiste en la obligación patronal de aportar una «justificación específica», cuando la nómina de los afectados por la medida, incluya trabajadores protegidos por el fuero sindical. Sin embargo, la eficacia de este precepto cautelar de la Libertad Sindical, se ha visto cuestionada por la vaguedad del concepto «justificación específica», pues para algunos éste mandato supone la demostración objetiva de que sus puestos son innecesarios o excesivos, mientras que para otros no bastará con aquello,

55 Sobre la aplicación del «silencio administrativo positivo» en el ámbito del procedimiento de cese colectivo, Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma...» Op. cit. pp. 206 y ss., «El silencio administrativo positivo aplicado para resolver o dirimir conflictos interpartes constituye, por consiguiente, una perversión de esta figura, porque habiendo sido concebido para tutelar al ciudadano frente a la Administración, se utiliza, en este caso, para amparar los derechos o intereses de un ciudadano en perjuicio de los derechos o intereses de otro».

56 Vid. HERRERA VASQUEZ, Ricardo. «La Estabilidad Laboral de salida en las modificaciones...» Op. cit. p. 144, quien señala que «...el silencio administrativo positivo implica la no comprobación de la causa objetiva que justifique una solicitud de cese colectivo, con lo cual ciertamente se enervaría la obligación de una adecuada protección estatal frente al despido arbitrario (Constitución, artículo 27)...».

sino que el empleador deberá demostrar la imposibilidad de permanencia del trabajador-dirigente en la empresa aunque le asignará otro puesto.

1.6.2 El despido arbitrario y el derecho a la indemnización

Desde 1970 ha sido común en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha descrito, que los efectos del despido incausado o el realizado con incumplimiento de las formalidades legales se hayan traducido, a elección del trabajador, en su convalidación, si aquél optó por la vía indemnizatoria, o en su revocación, en caso optara por el mecanismo restitutorio de la reposición en el empleo. Igualando, de este modo, las consecuencias tanto del despido que prescinde de razones admitidas legalmente, como del que inobserva requisitos formales mínimos.

Sin embargo, a partir del texto original de la LFE de 1991, con la variación de la reposición forzosa a la reposición contingente, se inicia una tendencia progresiva a flexibilizar el mecanismo reparador de carácter restitutorio de la estabilidad laboral, pretendiendo reconducir la impugnación del despido al terreno indemnizatorio. Con la Ley 26513, esta tendencia parece haber llegado al final, pues ha desaparecido por completo toda opción revocatoria del acto extintivo, aun cuando aquél sea calificado de arbitrario.

De esta forma, se produce un cambio radical en cuanto al efecto del despido transgresor del principio de continuidad, al romper la conexión lógica-jurídica entre ilicitud-ineficacia del acto extintivo, toda vez que se admite que el despido arbitrario, en sus diversas formas de exterior-

rización⁵⁷, es, sin embargo, eficaz y sólo concede derecho a una compensación económica.

Ahora bien, se ha cuestionado mucho la conveniencia de esta reforma, sobretodo cuando, como se ha sostenido, «la única verdadera adecuada protección frente al despido arbitrario es la reposición»⁵⁸. Sin embargo, la posición jurisprudencial respecto a esta problemática no parece ser la misma, pues en algunos pronunciamientos la Corte Superior de Lima, marginando el tema de la conveniencia, ha confirmado que el mandato constitucional de protección adecuada al trabajador frente al despido arbitrario se subordina al contenido que la Ley le otorgue⁵⁹. Por cuanto es claro, que según este razonamiento la disposición constitucional es tan irrelevante que, pese a su existencia, permiti-

57 A raíz, de considerarse al «despido arbitrario» como el despido sin causa o cuya demostración ha sido imposible para el empleador; la doctrina ha distinguido varias formas específicas en cuanto a su materialización. La primera de ellas, lo constituye el «despido sin expresión de causa y sin comunicación al trabajador» (comúnmente llamado «despido de hecho»); la segunda, el «despido debidamente notificado al trabajador, pero sin expresión de causa»; y por último, el «despido con procedimiento previo, imputación de cargos y carta de despido». Lamentablemente, esto significa que tan eficaz es el despido que prescinde de causa y forma, como aquél que observa ambas, aunque después no se demuestre la causa. Por ello, resulta inconcebible que tras la expresión «despido arbitrario» se engloben formas diferentes de despido, más aún cuando todas ellas son equiparadas en sus efectos extintivos. Sobre el particular, Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la Reforma de la Ley de Fomento del Empleo...» Op. cit. p. 195.

58 NEVES MUJICA, Javier. «La Estabilidad Laboral en la Constitución de 1993...» Op. cit. p. 48.

59 Así lo ha expresado, en materia de Acción de Amparo, la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima en su sentencia

ría al legislador desnaturalizar, sin respeto a ningún contenido esencial, el derecho de estabilidad laboral vigente.

No obstante ello, al margen de este debate, cierto sector doctrinario ha intentado reconducir la discusión al tema de la cuantía del monto indemnizatorio, pues aquél, en este modelo, constituye el único límite a la voluntad extintiva arbitraria. Por ello, toda reparación económica que debería recibir la persona que ha sido víctima de tal acto, como toda indemnización, debería ser proporcional al daño moral y económico sufrido. Esta concepción, tendiente a buscar la protección eficaz frente al despido, fue desconocida en un primer momento por el ordenamiento laboral, cuando se redujo, vía el Decreto Legislativo 855, el monto de la indemnización de una a media remuneración ordinaria mensual por cada año completo de servicios, manteniendo, en ambos casos, un techo máximo de doce (12) remuneraciones. Sin embargo, este error fue subsanado por el Decreto Legislativo 871, que aumentó la tarifa legal de la indemnización a remuneración y media, acumulable en monto equivalente, por cada año adicional de servicios.

En conclusión, como ya se ha dicho, el modelo instaurado por la Ley 26513, al consagrar la indemnización

de fecha 28 de Abril de 1997 (Jeny Reyes Palacios y otros contra Telefónica del Perú S.A.), cuando ha señalado «que tal régimen jurídico de la conclusión del vínculo laboral en cualquiera de sus formas, tanto en su causa como en sus efectos, por mandamiento de la Constitución, está regulado y normado por la Ley de la materia; es decir, que la orientación sustantiva del apartado 27 de la Constitución, enuncia un derecho de aplicación mediata, en cuanto remite a la ley, el otorgamiento de la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario, quedando en consecuencia subordinada la eficacia de tal derecho a la dación y contenido de tal Ley...».

por despido arbitrario, como única medida reparadora de éste, devalúa el tradicional principio de causalidad, así como debilita el carácter obligatorio de los requisitos formales, considerados ambos, hasta ese momento, obstáculos efectivos del poder discrecional extintivo del empleador.

1.6.3 El despido nulo y el derecho a la reposición opcional

Como consecuencia de esta nueva sistematización de los efectos del despido arbitrario, se configura un marco legal insuficiente para asegurar, aunque sea por vía indirecta, la vigencia de ciertos derechos constitucionales, pues como ya se ha señalado, la reposición del trabajador constituía, en el pasado, no sólo un mecanismo protector del derecho de estabilidad laboral, sino también se erigía como un límite al poder empresarial lesivo de otros derechos fundamentales.

De esta forma, la reserva de la reposición a los despidos basados en motivos antisindicales, discriminatorios o que traducen la represalia patronal por la presentación de una queja, resulta más que trascendente, pues los efectos de aquéllos no pueden ser otros que los que entrañan la revocación de la voluntad empresarial o la inexistencia del acto ilícito. En este sentido, la importancia de la protección directa de ciertos derechos constitucionales, vía la acción de nulidad de despido, se multiplica a efectos de evitar que la transgresión de aquéllos se convalide con la recepción obligatoria de una suma pecuniaria en calidad de compensación.

Sin embargo, pese a la progresiva relevancia que adquiere esta figura, en el marco de una tendencia flexibilizadora de la protección frente al despido, las reformas

legislativas interesadas en su efectiva viabilidad jurídica han sido insuficientes. Pues, junto a la modificación introducida por la Ley 26513, referida a la posibilidad del trabajador de variar el mandato de reposición por el de una indemnización tarifada (tercer párrafo del artículo 67 de la LFE), sólo la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo (LPT), ha dispuesto, por lo menos, dos cambios que inciden en la configuración actual del despido nulo. El primero, que puede ser calificado de complementario, restituye en materia de ejecución de obligaciones de hacer, como ocurre en el caso de la obligación de reponer, la denuncia penal, en tanto medida de coacción judicial indirecta, a efectos de impeler al demandado la ejecución de su obligación en los términos ordenados (inciso 2 del artículo 75 de la LPT).

Finalmente, junto a ello, parece modificarse el artículo 70 de la LFE que, al recoger la regla probatoria del *onus probandi*, exige al trabajador-demandante la prueba del motivo alegado, negando todo auxilio de los sucedáneos de los medios probatorios como son los «indicios» o «ciertas presunciones». Así, la LPT ha incorporado en su artículo 41 la figura de los indicios, cuya aplicación en todo proceso laboral involucra, entre otros supuestos, «las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes».

En consecuencia, a partir de la LPT, se puede hablar de un nuevo régimen de prueba del despido nulo, que supone la posibilidad de probar mediante indicios la motivación del despido lesivo de ciertos derechos constitucionales⁶⁰.

60 Vid. BOZA PRO, Guillermo. «Despido antisindical y libertad de expresión. 1997». p. 5.

CAPITULO II

Noción Jurídica de la protección laboral frente al despido lesivo de derechos constitucionales

Sección Primera

Despido y Derechos Constitucionales

Como se ha visto, a propósito de este análisis histórico de las fases de regulación del despido en el Perú, la tradicional problemática del enfrentamiento entre los principios de estabilidad en el empleo y la libertad de contratar (entendida como la facultad libérrima de resolver los contratos), incorpora, en fechas más recientes, la necesidad de tutela de los derechos constitucionales del trabajador, cuyo respeto supone, a nuestro juicio, un auténtico replanteamiento de los márgenes de distribución del poder en el seno de la empresa. En consecuencia, es evidente que la consolidación de los derechos constitucionales del trabajador como límites sustantivos al poder extintivo empresarial, afecta el sistema de poderes de los sujetos laborales, motivando un reequilibrio del mismo acorde con el principio de supremacía de los derechos constitucionales.

Sin embargo, esta variación del esquema del poder intraempresarial que ocurre en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo, esconde, a modo de telón de fondo, una realidad mucho más compleja que la aparente tensión de meros intereses, cual es la contraposición de derechos de naturaleza constitucional reconocidos por el ordenamiento. Pues, como se ha dicho, los derechos que aparecen en conflicto con aquéllos constitucionalmente reconocidos al trabajador son los que el empresario ostenta como manifestación de su libertad de empresa también constitucional, en este caso en su faceta de libertad organizativa de trabajo¹. De ahí que, el tratamiento teórico de la relación despido-derechos fundamentales haya sido bastante confuso, farragoso y hasta algo oscuro. No obstante ello, los partidarios de la evidente sujeción del contrato de trabajo a la constitucionalidad, han descubierto, respecto a este tema, la existencia de ideas claras y, por ende, poco discutibles. Precisamente, a estas ideas, que traducen cierto consenso doctrinario, están destinadas las siguientes líneas.

1. La Actuación de los Derechos Constitucionales del Trabajador en la Relación Laboral

La evolución histórica del constitucionalismo contemporáneo ha permitido afirmar a algunos autores laboristas, que el Derecho Constitucional del Trabajo no es sólo una disciplina jurídica que reserva para sí una zona determinada del ordenamiento jurídico, más aún cuando se concibe como «una forma de contemplar el ordenamiento todo,

1 Cfr. DOLORES ROMAN, María. «Poder de Dirección y Contrato de Trabajo». Valladolid. 1992. p. 323.

en toda su complejidad y en todas sus vertientes»². Así, el vínculo contractual laboral no supone exclusivamente el disfrute de un bloque de derechos, amparados por la constitucionalidad, cuya significación y actuación se desarrolla en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo, sino, por el contrario, su existencia incorpora otros derechos, también de naturaleza constitucional, propios de la condición de persona del trabajador. Estos últimos, son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, y que al ser ejercitados en el seno de la relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores, se convierten en «verdaderos derechos laborales» por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer³.

En consecuencia, queda claro, que la actuación de los derechos constitucionales en el seno de la relación laboral, es producto de la confluencia de dos fenómenos jurídico-normativos. El primero, presidido por un proceso de constitucionalización de los derechos laborales, cuyo objeto no es otro que

2 Cfr. ALONSO OLEA, Manuel. «Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución». Madrid, Editorial Civitas S.A., Segunda Edición, 1982, p. 28.

3 En este sentido, como es lógico, la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para las partes de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Al respecto, Vid. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «Los Derechos Laborales en la Constitución Española». En: *Cuadernos y Debates*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 31 y ss. que califica estos derechos, como derechos constitucionales laborales «inespecíficos». De otro lado, ALONSO OLEA bajo la nominación de «la versión laboral de los derechos fundamentales» comprende la totalidad de derechos que pueden emerger u ocurrir, y aún ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo

proteger al trabajador en tanto parte débil de la relación contractual. Mientras, el segundo, representa la laboralización de los derechos constitucionales, en cuanto instrumento de defensa del ciudadano que actúa como trabajador.

1.1 La constitucionalización de los derechos laborales

Con el advenimiento de la sociedad capitalista, a través de la revolución industrial, se modifican los sistemas de producción, construyéndose un nuevo modelo sobre la base de un trabajo libre, voluntario y recompensado dinerariamente. Así, al desaparecer los sistemas de producción esclavistas o feudales, el esquema capitalista sitúa tanto al trabajador como al empleador en un plano de igualdad formal, permitiéndose a ambos la facultad de elegir con quién y sobre qué contratar. Ahora bien, como advierte SALA FRANCO⁴, con el cambio de modo de producción no surge el Derecho del Trabajo, en tanto derecho especial y distinto del Derecho Civil común. Al contrario, el marco normativo regulador de las nuevas relaciones de producción fue el Derecho Civil vía el conocido contrato de arrendamiento de servicios.

Poco a poco, la constatación de una realidad distinta en el interior de la relación obligacional entre patrón y trabajador, demostró que los valores consagrados por el Derecho Civil, tales como igualdad y libertad, no se verificaban en la misma⁵, pues el trabajador al disponer únicamente de su

(Vid. ALONSO OLEA, Manuel. «Las Fuentes del Derecho...» Op. cit. p. 28).

4 Cfr. SALA FRANCO, Tomás (Director). «Derecho del Trabajo». Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989. pp. 22 y ss.

5 Vid. NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al Derecho del Trabajo...»

energía, la cual debía ofrecer a quien lo emplee a cambio de una retribución, no equiparaba la fuerza económica del empresario y, menos aún, permitía negociar las condiciones de los contratos por los que comprometían su capacidad laborativa. Por ello, la aparición del movimiento obrero, tras rechazar los efectos lesivos de esta regulación, tenía por principal objetivo la consecución de un régimen jurídico compensador del desequilibrio de fuerzas existente entre los sujetos laborales. Y es, precisamente, esta presión del movimiento sindical, por superar la evidente incompatibilidad de los principios privatistas y liberales con la relación de trabajo, la que obligó al Estado a convertirse en protector del contratante débil, «limitando la voluntad omnímoda del empresario en la fijación de las condiciones de trabajo»⁶. En otras palabras, la intervención tuitiva estatal al promover el nacimiento del contrato de trabajo, sujeto a condiciones especiales y, por ende, propias de la relación laboral, marcaba la creación de un área jurídica autónoma llamada Derecho del Trabajo.

Esta intromisión normativa del Estado en el marco de la prestación de servicios subordinados a cambio de una re-

Op. cit. pp. 13 y 14. Además, al respecto SANGUINETI señala que «la igualdad y la libertad nunca existieron en la contratación laboral (...). Por el contrario, la inicial superioridad económica de los empleadores y el estado de necesidad en el que se encontraban los trabajadores debido al exceso de oferta de fuerza de trabajo sobre su demanda permitieron, bajo la sombra de las ideas liberales, que sean siempre aquellos quienes impusieran las condiciones de la contratación laboral, llegando a los extremos de los que ya hemos hablado (jornadas de catorce o más horas diarias, explotación de mujeres y niños, etc.) (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. «El Contrato de Locación de Servicios». Lima, Cultural Cuzco, 1988, p. 58).

6 Vid. SALA FRANCO, Tomás (Director). «Derecho del Trabajo...» Op. cit. p. 27.

muneración, luego de atravesar varias etapas en su consolidación, llegará a su punto de mayor desarrollo con la «constitucionalización» de derechos sociales reconocidos al trabajador como tal⁷. Ocurre, en definitiva, que la anterior visión que sometía los derechos reconocidos a la persona a una perspectiva individualista, se ve desplazada por la instauración del moderno constitucionalismo, cuya nueva óptica está presidida por la dimensión social de los derechos personales. De modo que, el objeto de protección de los nuevos derechos, cuyo núcleo central lo conforman los relativos al trabajo, se encuentra, principalmente, en la dimensión socio-económica de la persona humana que si bien presupone, como substrato indispensable, el ejercicio de su libertad, no se realiza necesaria, ni mecánicamente, por el sólo disfrute de ésta y cuya insatisfacción puede llegar, en no pocas ocasiones, incluso, a dificultar o tornar ilusoria la libertad individual⁸.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, la extensión de la protección constitucional a los derechos derivados de las relaciones de trabajo, ya sea en su vertiente individual (a modo ejemplificativo, el derecho al trabajo, la

-
- 7 Hay que aclarar, que la consolidación de este fenómeno tiene respuestas históricamente distintas, según los países. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, baste con recordar la publicación de la Constitución mejicana de Querétaro de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la Constitución Peruana de 1920, cuyas presencias marcan el inicio del reconocimiento constitucional de los derechos sociales del trabajador tanto en Europa como en América Latina.
- 8 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales». En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. Estudio Comparado de veinte Constituciones Hispanoamericanas. Lima, ADEC-ATC, 1993, p. 27.

estabilidad laboral, jornadas de trabajo, descanso y vacaciones, etc.) o colectiva (paradigmáticamente, la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga, etc.), ha venido a consolidar el límite jurídico más significativo a los poderes empresariales, produciéndose un reequilibrio de fuerzas en el seno de la relación obligacional de naturaleza laboral. Es por esta razón que, este tipo de derechos, es decir, los «laborales constitucionales», cuyo origen depende de la existencia de un contrato de trabajo, actúan sólo en el marco de una relación jurídica de carácter laboral donde los titulares no son otros que los trabajadores asalariados. Y en consecuencia, el ejercicio de aquéllos fuera del ámbito de las relaciones laborales resulta jurídicamente imposible⁹.

Con todo, hay que recalcar, que este bloque de derechos laborales, presentes en la constitucionalidad, sienta sus bases sobre el ámbito de la relación de trabajo, más aún cuando aquella se convierte en presupuesto insoslayable para el perfeccionamiento y ejercicio de los mismos. Sin embargo, pese a la gran importancia equilibradora de la laboralidad constitucional, sus derechos no vienen sino a sumarse a otros que, tras pre-existir al vínculo laboral, son ostentados por el trabajador en función de su simple condición de persona. Estos últimos, precisamente, son el producto del fenómeno al que hemos llamado «laboralización de los derechos constitucionales» y que abordamos de inmediato.

9 En este mismo sentido, se ha dicho con razón, que estos derechos constitucionales tienen, en verdad, su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas (Vid. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «Los Derechos Laborales en la Constitución Española...» Op. cit. p. 31.).

1.2 La laboralización de los derechos constitucionales

Como puede presumirse, la focalización de las reivindicaciones sindicales en el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo, conllevó, naturalmente, el descuido de la condición personal del trabajador dentro de la relación laboral¹⁰. El desentendimiento de la lucha sindical en este aspecto, había permitido que el empleador, montado sobre la lógica contractual, despliegue una suerte de poder despótico cuyo fin era el atropello de las libertades del ciudadano-trabajador. En consecuencia, el régimen de libertades públicas de la persona, sufría una grave amputación cuando el trabajador se insertaba en la empresa, toda vez que aquél aparentemente «aceptaba», mediante el contrato, su posición subordinada respecto del patrón. Por ello, en definitiva, la empresa pasa a configurarse, en palabras de BAYLOS GRAU, en «una zona franca y segregada de la sociedad civil, en la que los derechos ciudadanos no tendrían recepción»¹¹.

Sin embargo, lejos de imputar al movimiento sindical la responsabilidad exclusiva en este hecho, conviene sumar a

10 A esta misma conclusión, llega PEDRAJAS MORENO al señalar «...que cuando el movimiento sindical intentó trasladar a la empresa las consecuencias de la nueva situación surgida tras la ruptura del Antiguo Régimen, canalizó sus reivindicaciones en pro de la consecución de una igualdad material, incidiendo sobre los aspectos socioeconómicos de relevancia colectiva, y desentendiéndose en buena medida de la constricción que afectaba a los derechos de la persona del trabajador en el seno de las organizaciones productivas». (Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales». Madrid. Editorial TROTTA. 1992. p. 23).

11 Citado por PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. p. 23.

esta causa la extendida concepción que proclama la naturaleza excluyente de los derechos constitucionales en el ámbito de las relaciones privadas (como es el caso de la relación jurídica de trabajo). Así, aunque parezca contradictorio a la evolución de la cultura jurídica moderna, se afirmó la idea de que los derechos fundamentales son límites al poder, entendido como poder político, y que sólo tienen sentido en las relaciones de Derecho Público, esto es, entre autoridades y órganos estatales de un lado, y ciudadanos de otro¹². Desde este punto de vista, bajo la inspiración de una concepción política de corte liberal, el derecho privado no necesitaba de controles ni de barreras dado que no existían poderes excesivos, sino, por el contrario, un plano de igualdad, regulado por la autonomía de la libertad.

Ahora bien, lo cierto es que esta supuesta verticalidad en la eficacia de los derechos fundamentales, en cuanto se imposibilita su actuación *inter privados*, ha sido profundamente cuestionada por el nuevo contexto jurídico-político que los enmarca. Seguramente, uno de los cambios más significativos, en este aspecto, fue la creciente interdependencia estatal respecto de la sociedad civil como eco del tránsito del Estado Liberal Individualista al Estado Social

12 Vid. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. «Curso de Derechos Fundamentales (teoría general)». Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1995. p. 617. Asimismo, Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y Derechos Fundamentales...» Op. cit. p. 27. que al referirse a los distintos textos constitucionales producidos a partir del último tercio del siglo XVIII resalta que «...la incorporación a los mismos de los derechos de la persona no tiene como finalidad sino la de proteger al individuo de la tiranía del Estado. En este contexto, sólo cabe hablar de un efecto vertical de los derechos fundamentales, y es ésta la situación que caracteriza los diferentes textos constitucionales comparados».

de Derecho. Como es obvio, el nacimiento del Estado Social de Derecho significó un replanteamiento del rol político de las organizaciones intrasociales, hasta el punto de alterar el esquema monopólico del poder estatal. Pues, en efecto, el creciente protagonismo de la sociedad civil, la actuación de colectivos corporativos como los colegios profesionales, las asociaciones de todo tipo que se agrupan alrededor de intereses supraindividuales, ha reorientado el centro de gravedad del poder a los particulares¹³, quienes ahora, junto al Estado, se convierten en potenciales sujetos de riesgo¹⁴ para la vigencia de los derechos constitucionales. De modo que, en las nuevas circunstancias se hace cada vez más verosímil la premisa de que «el poder político no es, ni puede ser, el único capaz de dañar a las personas en los ámbitos protegidos por los derechos». Y, en consecuencia, todo argumento fundado en este supuesto deviene en obsoleto y anacrónico¹⁵.

13 Vid. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. «Curso de Derechos Fundamentales...» Op. cit. p. 625.

14 En este sentido, con respecto a la discriminación, se ha expuesto que «los poderes públicos quedan, desde luego, comprometidos en la eliminación de sus manifestaciones, pero la supresión de estas conductas compromete también la actuación de los privados, a través de los cuales se materializa la discriminación en buena parte de los casos...». (Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. «Igualdad y Discriminación». Madrid. Tecnos. 1986. p. 262.).

15 Son de la misma opinión, PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. «Curso de Derechos Fundamentales...» Op. cit. pp. 624 y ss. aunque acepta la existencia de derechos cuyo único obligado es el poder político, sus órganos o funcionarios. Este es el caso, por ejemplo, del derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales; PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y Derechos Fundamentales...» Op. cit. p. 27.; PEREZ LUÑO, Antonio. «Los Derechos Fundamentales». Madrid. TECNOS S.A., sexta edición, 1995. p. 22. quien concluye claramente que «los derechos funda-

En este contexto, no resulta extraño que esta problemática haya adquirido especial relevancia en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales. Sin embargo, la naturaleza especial de aquéllas, introduce elementos adicionales que, sin lugar a dudas, condicionan el debate. Al margen de la existencia de muchos otros, conviene para estos efectos recordar, básicamente, dos: de un lado, la manifiesta subordinación del trabajador al empleador como producto del desequilibrio de poderes y, del otro, la existencia de un perfil subjetivo en el contrato de trabajo.

En cuanto al primero de estos elementos, resulta evidente que la posición subordinada del trabajador en el seno de la empresa, convierte a la relación laboral en una particular relación dentro de las relaciones entre particulares. Así, el marcado desequilibrio de poderes materiales al interior de aquélla, más que en cualquier otra relación privada, confirman, de modo único, la peligrosidad y el riesgo para los derechos humanos. En consecuencia, si el elemento poder sirvió para construir la teoría de protección constitucional del ciudadano frente al Estado, cabe preguntarse por qué la presencia del mismo elemento en la relación obligacional entre trabajador y empleador fue ignorada. En otras palabras, aunque desprovisto de toda lógica, se disfrazó la posición de dominación del empleador, bajo la vestimenta de la igualdad, que en ese tiempo regía sin límite alguno en las relaciones entre ciudadanos.

De la misma manera, el carácter personalísimo de la relación laboral, también cuestiona la concepción vertical en

mentales constituyen el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí».

la aplicación de los derechos fundamentales. En efecto, el hecho que la persona del trabajador esté intrínsecamente implicada en el intercambio contractual, confirma la necesaria actuación de la constitucionalidad en el terreno del contrato de trabajo¹⁶. Es decir, como quiera que el trabajador al incorporarse a la empresa no es despojado de su calidad de persona, no existe base alguna que justifique la exclusión de los derechos fundamentales del ámbito de las relaciones privadas laborales.

Sin embargo, al margen del peso y de la fuerza de estos argumentos, el proceso de horizontalización de los derechos constitucionales ha sido poco menos que evidente. Recién en épocas no muy lejanas, tras admitir la inescindibilidad de la posición jurídica dual del trabajador, esto es, su calidad de persona y, obviamente, de trabajador, las relaciones laborales se han colocado en el punto de mira de la constitucionalidad dogmática o sustantiva. En este sentido, tanto la normativa comparada como la jurisprudencia vienen reivindicando algo que es de por sí manifiesto en un Estado de Derecho: el contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Por el contrario, los derechos fundamentales de la persona, pese a tener un origen preexistente al vínculo laboral, en-

16 Vid. DEL REY GUANTER, Salvador. «Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional». En: AA.VV. *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.. 1992. p. 32. cuando afirma que «este simple pero trascendental hecho de que en el fondo del Derecho del Trabajo esté la persona y no una cosa, hace que pueda afirmarse que el contrato de trabajo está, probablemente como ningún otro, constitucionalmente condicionado».

cuentran en las relaciones de trabajo un terreno de aplicación apropiado para desplegar efectos y limitar el poder omnímodo del empleador. En otras palabras, virtualmente todos estos derechos (no estricta ni propiamente laborales), al poder «emerger u ocurrir, y aún ocurrir con manifestaciones típicas, en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo»¹⁷, contienen una versión laboral cuya existencia marca el surgimiento, según DEL REY GUANTER, de un «nuevo campo dentro del Derecho del Trabajo»¹⁸.

Manifestaciones típicas de estos derechos de titularidad general que adquieren una dimensión laboral sobrevenida, por efecto del proceso de «laboralización de los derechos constitucionales», se producen en relación con el derecho de igualdad y no discriminación, cuando, por ejemplo, se

-
- 17 ALONSO OLEA, Manuel. «Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución». Madrid. Editorial Civitas S.A., Segunda Edición, 1982, p. 28. En el mismo sentido, Vid. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «Los Derechos Laborales en la Constitución Española». En: *Cuadernos y Debates. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales*. 1991. p. 31. cuando señala que «...otros derechos de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercitados, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensiones laborales sobrevenidos».
- 18 Cfr. DEL REY GUANTER, Salvador. «Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales en la Doctrina del Tribunal Constitucional». En: *AA.VV. Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991* (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional). Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.. 1992. p. 31.. Asimismo, Vid. ALONSO OLEA, Manuel. «Las Fuentes del Derecho...» Op. cit. p. 29, en tanto se afirma que «...esta versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales y libertades públicas, muestra la existencia de un Derecho Constitucional del Trabajo...».

prohíbe el pago diferenciado de una remuneración por igual trabajo; con los derechos al honor y a la intimidad personal, en cuya virtud nadie puede inspeccionar la persona del trabajador sin conocer ciertos límites; con la libertad de expresión, al actuar como una garantía encaminada a posibilitar el eficaz ejercicio de la acción representativa en la empresa; y finalmente, para cerrar esta lista ejemplificativa, con el derecho de reunión o de asociación, de ocurrencia frecuente en las situaciones de conflicto colectivo.

Por último, hay que dejar en claro, que la incorporación de los derechos constitucionales a la relación laboral es bastante compleja, toda vez que la presencia del contrato de trabajo implica importantes condicionamientos al ejercicio efectivo o potencial de aquellos. De modo que, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un sistema de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona la actuación de los derechos fundamentales, hasta el punto de producirse manifestaciones en otro contexto legítimas, que no tienen por qué serlo en el marco de dicha relación. En consecuencia, como se ve, la problemática planteada no es una cuestión de validez de los derechos constitucionales del trabajador, sino de determinación de ciertos límites a aquellos¹⁹.

19 Al respecto, PECES-BARBA MARTINEZ afirma que «...el principio general de validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones privadas, si es indubitado, debe ser analizado en el caso concreto, ponderando las circunstancias, los bienes y, principios propios del Derecho privado, con el derecho fundamental concernido». (PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. «Curso de Derechos Fundamentales...» Op. cit. p. 635.).

2. La Libertad de Empresa y los Derechos Constitucionales del Trabajador

Uno de los elementos comunes de las actuales sociedades capitalistas ha sido la construcción de un sistema económico sobre la base de la organización empresarial²⁰. La empresa, en tanto unidad de producción, se ha convertido en soporte ideológico y en sustento material del esquema económico fundado en la propiedad privada de los medios de producción. Parece ser que, en estos tiempos, la idea de empresa se ve exaltada hasta el punto de concebirla como una organización modélica y, por ende, funcional en todos los ámbitos de la vida social²¹. Sin embargo, esta exaltación, que se traduce objetivamente en la promoción y el aliento del interés de la empresa, termina por consolidar los intereses del empleador, permitiéndole a aquél tanto la facultad de fijar los fines a perseguir por la organización²²

21 Con gran frecuencia, los analistas económicos han utilizado el incremento de la productividad de una sociedad, como instrumento para medir el índice de crecimiento económico de la misma. De ahí que, no llama la atención el hecho que la empresa, en cuanto ente destinado a la combinación de factores de producción (entiéndase fuerza de trabajo, capital, insumos, etc.), se haya instituido en una pieza imprescindible en la búsqueda del crecimiento económico desde el engranaje del sistema capitalista. Sobre el particular, Vid. ADELMAN, Irma. «Teorías del Desarrollo Económico». México D.F.. Fondo de Cultura Económica. 1984, cuarta reimpresión. pp. 20 y ss.

22 Cfr. APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU, Antonio. «Autoridad y Democracia en la empresa». En: obra colectiva del mismo título, coordinada por ellos mismos. Madrid. TROTTA, 1992, p. 9.

23 Con referencia a la determinación por parte del empleador de los fines de la empresa, se ha mencionado que tal decisión se presume acorde con el interés de la empresa, más aún cuando resulta difícil «separar interés de empresa de interés del empresario». Cfr. *Ibidem*. p. 10.

como la de adecuar a los mismos las prestaciones debidas por los trabajadores a su servicio. De forma tal que, el empresario al ser el titular de la organización empresarial, con el fin de asegurar la consecución de los objetivos de la misma, adquiere poderes directivos y organizativos al interior de la relación laboral, cuya presencia implican una posición de jerarquía respecto del trabajador. En consecuencia, la existencia de relaciones de poder en el marco de la organización empresarial es algo consustancial a la idea de ella misma, puesto que, donde no existan poderes directivos a cargo del patrón, no puede existir empresa²³.

Por ello, se ha reiterado que el fundamento constitucional de los poderes y facultades ostentados por el empleador, en tanto sujeto responsable de la organización empresarial, se encuentra en la llamada libertad de empresa. La misma que, junto al derecho de propiedad, pasó a constituirse en pilar básico de, lo que PALOMEQUE ha denominado, la Constitución Económica²⁴. Entendida sobre todo en su faceta de actividad²⁵, cuyo ejercicio concede al

23 Cfr. APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU, Antonio. «Autoridad y democracia en la empresa...» Op. cit. p. 10.

24 «Ha de entenderse por tal, ciertamente, en expresión ya consagrada, el conjunto de las normas constitucionales que contienen los principios ordenadores del sistema económico, de la propiedad y de la empresa, esto es, el marco jurídico constitucional de la actividad económica desarrollada por el Estado y los particulares. No se trata, por lo demás, de preceptos reguladores de las relaciones de trabajo, ni por ello expresivos de derechos laborales en sentido estricto sino, propiamente, de normas que configuran el marco general dentro del que se desenvuelven las relaciones de trabajo y su ordenación jurídica...». (Vid. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «Los Derechos Laborales en la Constitución Española...» Op. cit. p. 21.)

25 Al lado de este elemento dinámico de la libertad de empresa, la doctrina

empleador el derecho a tomar decisiones económicas primarias, tales como la fijación de inversiones, el diseño de objetivos y estrategias de funcionamiento o la combinación de medios personales y materiales, la libertad de empresa se ha instaurado como garantía constitucional del poder de dirección, en cuanto concepto unitario del conjunto de facultades que permiten definir la posición del empresario en la relación laboral. Precisamente, valiéndose de esta constatación de orden jurídico, MARTIN VALVERDE ha concluido que «el poder de dirección del empleador forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y, en cuanto tal, ha de constar de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta»²⁶.

Ahora bien, este poder de dirección que determina la posición subordinada del trabajador con respecto del empleador, permitiéndole a este último dirigir, fiscalizar y

mayoritaria ha reconocido la presencia de un elemento estático en la configuración del contenido esencial de la misma. De este modo, la libertad de empresa también garantiza el libre acceso al mercado, concediendo al empleador el derecho a crear y mantener en producción empresas y a ostentar su titularidad. Al respecto, Vid., por todos, VALDES DAL-RE, Fernando. «Poderes del Empresario y Derechos de la persona del trabajador». En: AA.VV. *Autoridad y Democracia en la Empresa*. Coordinada por Aparicio Tovar y Baylos Grau. Madrid. TROTТА. 1992. p. 31.

- 26 Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio. «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Revista de Política Social*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, N° 137, 1983, p. 144. En el mismo sentido, Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...». Op. cit. pp. 38 y ss.; VALDES DAL-RE, Fernando. «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador...» Op. cit. pp. 31 y 32.

empleador el derecho a tomar decisiones económicas primarias, tales como la fijación de inversiones, el diseño de objetivos y estrategias de funcionamiento o la combinación de medios personales y materiales, la libertad de empresa se ha instaurado como garantía constitucional del poder de dirección, en cuanto concepto unitario del conjunto de facultades que permiten definir la posición del empresario en la relación laboral. Precisamente, valiéndose de esta constatación de orden jurídico, MARTIN VALVERDE ha concluido que «el poder de dirección del empleador forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y, en cuanto tal, ha de constar de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta»²⁶.

Ahora bien, este poder de dirección que determina la posición subordinada del trabajador con respecto del empleador, permitiéndole a este último dirigir, fiscalizar y

mayoritaria ha reconocido la presencia de un elemento estático en la configuración del contenido esencial de la misma. De este modo, la libertad de empresa también garantiza el libre acceso al mercado, concediendo al empleador el derecho a crear y mantener en producción empresas y a ostentar su titularidad. Al respecto, Vid., por todos, VALDES DAL-RE, Fernando. «Poderes del Empresario y Derechos de la persona del trabajador». En: AA.VV. *Autoridad y Democracia en la Empresa*. Coordinada por Aparicio Tovar y Baylos Grau. Madrid. TROTTA. 1992. p. 31.

- 26 Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio. «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Revista de Política Social*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, N° 137, 1983, p. 144. En el mismo sentido, Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...». Op. cit. pp. 38 y ss.; VALDES DAL-RE, Fernando. «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador...» Op. cit. pp. 31 y 32.

sancionar²⁷ al primero, aunque deducible de la libertad de empresa, está sometido a ciertos límites, controles y contrapesos. Incluso, su propia actuación se condiciona a la existencia de un instrumento jurídico que habilite o legitime la posición de desequilibrio de las partes laborales, más aún cuando la sola propiedad de los medios de producción no le conferirá al empresario el poder complejo al que se ha venido aludiendo. De ahí que, el contrato de trabajo constituya, en tanto vínculo jurídico que obliga al trabajador a ofrecer su actividad y conferir al empleador el poder de conducirla, condición indispensable para el ejercicio legítimo del poder de dirección empresarial.

Sin embargo, es obvio, que la existencia de un contrato de trabajo, aunque es necesario, no es suficiente para establecer los límites de expansión de este poder empresarial sobre la persona del trabajador. Por el contrario, como ha puesto de manifiesto la doctrina, las restricciones al sometimiento voluntario del trabajador al poder empresarial, han de venir impuestas, en gran medida, por el respeto a sus derechos constitucionales²⁸, sean éstos de naturaleza específicamente laboral o no. Conviene, entonces, en este punto, determinar el ámbito del ejercicio regular del

27 Cfr. NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al Derecho del Trabajo...» Op. cit. p. 37.

28 Hay que resaltar, que el poder de dirección no tiene en los derechos de los trabajadores el único factor de limitación, pues aquél, como ha hecho notar DOLORES ROMAN, «...sólo puede desarrollarse dentro de los cauces que resulten de las interrelaciones con el resto de los derechos y libertades implicados desde la propia Constitución, básicamente las referencias a la economía general, la intervención en ella del sector público, los intereses de los consumidores...». (Vid. DOLORES ROMAN, María. «Poder de dirección y contrato de trabajo...» Op. cit. p. 26.).

poder de dirección desde su interrelación con los derechos fundamentales del sujeto prestador del servicio, esto es, con la constitucionalidad reservada a la defensa de la persona del trabajador. De modo que, conocidos los eventuales límites y definido el marco de actuación del poder mencionado, cualquier acto empresarial que pretenda escapar a ellos, aun cuando se sustente en la libertad de empresa, se reputará ilegítimo por considerarse un ejercicio abusivo del derecho.

Con todo, este objetivo que, por lo demás, resulta trascendente para efectos de esta investigación, no puede desconocer, en su consecución, una cuestión obvia. Al saber, como ha quedado demostrado en el punto precedente, que los derechos constitucionales del trabajador no son parte de una concepción unitaria, sino por el contrario, divergen en cuanto a su origen, habrá que realizar un análisis también diferenciado e independiente. En otras palabras, dado que existen derechos constitucionales de titularidad exclusiva de los trabajadores, así como otros de rango similar cuya titularidad corresponde al trabajador en tanto persona; veamos, para cada caso, los efectos que tiene su respectiva actuación sobre el poder de dirección patronal.

En primer lugar, ocupémonos de los derechos constitucionales reconocidos específicamente al trabajador, cuyo nacimiento y actuación se circunscribe a la relación jurídica laboral. Como es sabido, aquellos derechos históricamente se han concebido sobre la pretensión de limitar la discrecionalidad empresarial²⁹, impidiendo que el empleador dis-

29 Obviamente, esta afirmación no implica que sólo la constitucionalidad pretenda limitar la discrecionalidad del empleador, pues, por el contra-

ponga unilateralmente las condiciones de trabajo aprovechando la igualdad ficticia que concedía el esquema contractual liberal. En efecto, el reconocimiento jurídico de estos derechos laborales es la consecuencia del denominado «reconocimiento del conflicto de trabajo», entre los intereses de empresarios y trabajadores, como conflicto inherente al sistema de producción capitalista³⁰. De ahí que, reconocido el conflicto de trabajo, la búsqueda de un sistema conciliador, que a su vez armonice los intereses particulares de los sujetos laborales, se convierte en un imperativo social imprescindible. En conclusión, en bien de la paz social, el Estado se obliga a reservar a cada actor de la relación una «esfera de poder» que, a su vez, presuponiendo la mantención de ámbitos de actuación diferenciada, permita su coexistencia armónica.

Lógicamente, la materialización de esta «esfera de poder» del trabajador son sus derechos fundamentales, en tanto sujeto prestador de servicios, cuya afirmación, por lo demás, tiene entidad y significado propio, no pudiendo concebirse como una mera «invasión», aunque legítima, del espacio natural de los poderes directivos del patrón³¹. En este

rio, esta función compete a la integridad del ordenamiento laboral. Sin embargo, para efectos metodológicos, el enfoque, en este punto, estará centrado, únicamente, en los derechos laborales del trabajador con rango constitucional.

30 Vid., sobre el tema, DOLORES ROMAN, María. «Poder de Dirección y contrato de trabajo...» Op. cit. pp. 27 y ss.

31 En este punto, Vid. DOLORES ROMAN («Poder de dirección y contrato de trabajo...» Op. cit. p. 43.) cuando señala que «...un sistema democrático de relaciones laborales planteado desde el reconocimiento constitucional de los distintos derechos laborales no parece coherente con la idea abstracta de un poder entendido de forma amplia y sobre el que sólo

sentido, cabe resaltar, que aquellos derechos constitucionales del trabajador, sean éstos de preceptividad inmediata o diferida³², se han de convertir en contenido necesario del contrato de trabajo. Ejemplo de ello, bien podrían ser, en principio, los referidos a la jornada de trabajo, a los descansos semanales, a las vacaciones, a las condiciones de seguridad que protegen la integridad física, la salud y la vida del trabajador, a la remuneración mínima, a la seguridad social, etc.

Sin embargo, estos derechos no son los únicos que integran el contenido complejo de la mencionada «esfera de poder» del trabajador. Pues, el bloque de derechos de la constitucionalidad laboral no ha de entenderse como un conjunto de obstáculos a la libre y total expresión de los intereses del empresario, sino como una delimitación de espacios para la manifestación de intereses contrapuestos al interior de la relación obligacional de trabajo. De forma

puede actuarse por la vía de la «sustracción» de facultades. Antes bien, la idea de partida habría de ser desde el punto de vista jurídico, la de un poder limitado en su ámbito y en su origen y al que en ningún momento le pertenecen facultades que intentar «reconquistar».

- 32 Pese a que el reconocimiento constitucional de los derechos implica su cumplimiento obligatorio, la doctrina no ha ignorado los diversos grados de preceptividad que informan dicho reconocimiento. Como ha puesto de manifiesto MONTOYA MELGAR, en unos casos la preceptividad es inmediata, de manera que el derecho surge con la entrada en vigor de la Constitución; mientras en otros, la efectividad del derecho queda diferida hasta tanto no se lleve a cabo un necesario desarrollo legislativo o no se adopten las medidas de gobierno que la Constitución impone. (Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo. «La protección constitucional de los derechos laborales». En: AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Constitución*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1980. pp. 270 y ss.).

que, a la primera delimitación ya mencionada, se suma la acción eventual de una segunda, cual es, la proveniente de la autonomía colectiva. Ahora bien, la efectividad de aquélla, entendida como la facultad reconocida a empresarios y trabajadores de regular por sí mismos su propio conflicto de intereses³³, en tanto instrumento relativizador del poder de dirección, dependerá del fomento y garantía constitucional que se reconozca a los llamados derechos colectivos del trabajador, esto es, la libertad sindical, la negociación colectiva y las medidas de conflicto. Precisamente, la consolidación de esta vertiente colectiva de la constitucionalidad laboral, sobre todo a través del efecto normativo del convenio colectivo como expresión plena del proceso de negociación, resulta crucial en la posibilidad de superar los mínimos legales e imponer de modo eventual restricciones adicionales al poder de dirección empresarial. Razón por la cual, materias que en un tiempo pudieron quedar sometidas a la exclusiva y unilateral decisión del empresario, son hoy negociadas por éste con los representantes de los tra-

33 En términos muy similares, a los citados con carácter general, el reconocido laboralista GINO GIUGNI (Cfr. «Derecho Sindical». Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1983. p. 137.), parafraseando a Santoro-Pasarelli, conceptualiza la autonomía colectiva como «...un fenómeno de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos». Asimismo, «...OJEDA AVILES sostiene que por contraposición a la «heteronomía», o conjunto de normas dictadas por personas distintas de las obligadas, la «autonomía» es en esencia la autorregulación, mediante negocios jurídicos unilaterales o bilaterales, de los propios intereses, dentro de ella, y a diferencia de la individual, la autonomía colectiva puede definirse como la autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos». (Vid. BOZA PRO, Guillermo. «Autonomía Convencional e Intervención Estatal en el modelo constitucional peruano de negociación colectiva». Lima. Tesis para optar el grado de bachiller en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú. 1983. pp.111 y 112)

bajadores, quedando integradas en el acuerdo como resultado de las transacciones mutuas que a lo largo de la negociación colectiva llevan a cabo unos y otros³⁴.

En buena cuenta, desde una perspectiva constitucional, la autonomía privada del trabajador queda sustituida, en gran medida, por las disposiciones normativas estatales, usualmente de carácter mínimo, y por las convenciones colectivas. De ahí que, los derechos fundamentales propios del trabajador se configuren en preceptos imperativos e irrenunciables³⁵, cuyo ejercicio enerva cualquier restricción, incluso la sustentada en la llamada libertad de empresa, salvo en caso de necesidad u orden público³⁶. En definitiva, toda extralimitación del poder de dirección empresarial, más allá de lo que estas normas imponen o prohíben, da lugar a la aparición de órdenes ilegales o abusivas.

34 MARTIN VALVERDE ha señalado que «son frecuentes en los convenios colectivos normas sobre modalidades y condiciones de contratación, organización del trabajo en la empresa, distribución de los tiempos de trabajo, productividad, faltas y sanciones, etc...». (MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. «Derecho del Trabajo». Madrid. Editorial TECNOS S.A., 1991, p. 204.).

35 Incluso, algunas constituciones han otorgado este carácter a la norma laboral. Tal es el caso de la Constitución Peruana, cuyo artículo 26º señala que «En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley...». Por su parte, la jurisprudencia nacional, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado en términos semejantes Vid. Sentencia del Tribunal de Trabajo de Lima de fecha 3 de Noviembre de 1983 (Exp. N° 2582-82).

36 Sin duda, uno de los temas que ha logrado mayor consenso en la doctrina comparada ha sido el referente a la necesidad de imponer determinadas limitaciones al ejercicio de los derechos laborales constitucionales, cuando éstos se tornan incompatibles con la protección legítima que

Ahora bien, vista pues la naturaleza limitada en origen del poder de dirección, en virtud de la intangibilidad de una «esfera de poder» conformada por los derechos típicamente laborales del trabajador, resta ahora, en segundo lugar, analizar jurídicamente el respeto que este cúmulo de facultades empresariales debe a los derechos constitucionales que el trabajador ostenta como persona.

Estos derechos del trabajador en cuanto ciudadano, como ya se ha aclarado, no son referibles, en sentido estricto, a la prestación de trabajo pactada y, por ende, no son parte del sistema armonizador del conflicto de intereses laborales, pero es evidente que, por su carácter especial, han de hacerse valer a lo largo del desarrollo de la relación obligacional, promoviéndose a sí mismos en límites específicos y propios al poder de dirección. Sin embargo, sería ab-

merecen otros derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, la calidad de vida de la población, la salud, la seguridad, etc.. Sin embargo, ello no habilita, de ninguna manera, al legislador a desnaturalizar o desconocer estos derechos, puesto que, cuando menos, deberá respetar el contenido esencial de los mismos. En este sentido, manifestaciones restringidas del derecho de huelga las encontramos en la «huelga en los servicios esenciales» (Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «La Huelga en los servicios esenciales». En: *Asesoría Laboral*. Lima. Agosto 1992. pp. 23- 25.), en la «huelga con exclusión de violencia»; asimismo, valga a modo de ejemplo lo que NEVES ha afirmado: «...cuando se produzcan y mientras duren circunstancias que justifiquen el control por el gobierno de las variables económicas que pudieran incidir sobre la generación de inflación, en aras a la vigencia del derecho constitucional a condiciones de vida dignas para la población, podría admitirse una política de moderación salarial que conllevara las limitaciones indispensables al derecho también constitucional a la negociación colectiva...». (Cfr. NEVES MUJICA, Javier. «Autonomía Colectiva e Intervención Estatal». En: *LABOREM*, revista de la sociedad peruana de derecho del trabajo. Lima. Mayo 1995. p. 44.).

surdo afirmar, de entrada, que los poderes del empresario se encuentran completamente limitados por ellos, dado que, así como estos últimos, los primeros hallan en la libertad de empresa también su fundamento y reconocimiento constitucional. Naturalmente, ante esta problemática, esto es, ante el conflicto producido a nivel de derechos constitucionalmente reconocidos, no caben salidas por la vía de las soluciones extremas, en tanto que resulta tan ligero pretender salvaguardar siempre la posición empresarial como defender indiscriminadamente la del trabajador³⁷. Por el contrario, lejos de admitir la «derogación» de un principio constitucional por otro, se deben implementar mecanismos de autoconciliación que, tras desterrar las concepciones jerarquizadoras al interior de la Norma Fundamental, permitan, en cuanto sea posible, el respeto y la subsistencia de ambos preceptos.

Por tanto, será necesario encontrar un punto ideal de equilibrio material entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa. Situación en la cual, habrá que acudir a la doctrina de la «ponderación de bienes o intereses»³⁸, cuya conexión con una interpretación funcional de los derechos fundamentales acarrearía, al de-

37 Cfr. DOLORES ROMAN María. «Poder de dirección y contrato de trabajo...» Op. cit. p. 323.

38 FERNANDEZ SEGADO menciona que ante un supuesto de conflicto entre derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, «habrá que acudir necesaria ponderación judicial, en la que el órgano jurisdiccional, sin estimar preponderante en todo caso ninguno de los derechos en cuestión y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, habrá que decidir sobre el conflicto planteado». (Vid. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. «La Dogmática de los derechos humanos». Lima. Ediciones Jurídicas. 1994. p. 106.).

cir de PEREZ LUÑO, «un intento de conciliar en la práctica el principio de adecuación de los derechos fundamentales a los fines prefijados en la Constitución (tesis institucional) con una interpretación abierta y flexible de tales fines que permita su adaptación a las circunstancias (tesis multifuncional)»³⁹. Así, esta doctrina determinará, para el caso concreto, qué derecho debe ceder y con qué intensidad⁴⁰, a fin de preservar la Constitución como un todo fundado sobre la base de una sistemática coherente. En consecuencia, atendiendo a su carácter limitado, tanto la libertad de empresa como los derechos cívicos o personales del trabajador, habrán de admitir interrelaciones y recortes recíprocos, en función de una concurrencia pacífica que fomente el ejercicio de ambos de manera armónica o coordinada.

En este sentido, queda claro, que el marco de actuación de la ponderación caso por caso no puede ser otro que el de un conflicto de derechos cuya resolución suponga una «dirimencia conjuntiva», esto es, la admisión conciliada y el ejercicio concurrente de los mismos, aunque, como es obvio, con ciertas restricciones. Restricciones que, en principio, no habrán de ser abusivas ni excesivas, para lo cual será necesario el respeto al contenido esencial del derecho afectado. Pues, en virtud de ello, al determinar -siguiendo al Tribunal Constitucional Español⁴¹- «los aspectos que permiten

39 Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio. «Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución». Madrid. Editorial TECNOS S.A., 1984, p. 302.

40 Cfr. BOZA PRO, Guillermo. «Despido Antisindical y Libertad de Expresión». Texto mimeografiado. 1997. p. 5.

41 Según el Tribunal Constitucional español, para tratar de aproximarse, de algún modo, a un concepto jurídico indeterminado como lo es el con-

reconocer un derecho y los intereses para los que se ha establecido», todo derecho afectado en la ponderación, debería poder mantener intactas sus manifestaciones esenciales, sin las cuales aquél como tal desaparece, aun cuando se admitieran limitaciones al resto de sus facetas. En conclusión, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, el contenido esencial de cada derecho fundamental del ciudadano-trabajador, se convierte en barrera y en límite infranqueable para los poderes empresariales⁴².

Sin embargo, aunque sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre el tema, parece evidente que ante la existencia de un conflicto de derechos constitucionales de «dirimencia disyuntiva», ocurrida por la concurrencia de preceptos totalmente incompatibles entre sí⁴³, la cuestión

tenido esencial de un derecho subjetivo, cabe seguir dos caminos, cuyo interrelación no es alternativa, sino por el contrario, complementaria. En primer lugar, una conceptualización dependiente de la naturaleza jurídica del derecho, es decir, el modo de concebir cada derecho, define como elementos constitutivos del contenido esencial «aquellas posibilidades o facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al descrito». Al mismo tiempo, junto a este primer camino, el TC desarrolla una segunda línea que concibe el contenido esencial como conjunto de intereses jurídicamente protegidos; es decir, «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable».

42 Cfr. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. p. 43.

43 Pues, «existen situaciones en general donde las propias condiciones típicas del caso, excluyen la aplicación de un derecho...». (Vid. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. «Curso de Derechos Fundamentales...» Op. cit. p. 634).

del respeto a lo que, según el caso, hubiera que entender por contenido esencial se torna mucho más compleja y delicada. Esta ha sido la problemática, por ejemplo, de las garantías de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en las llamadas empresas ideológicas o de tendencia, más aún cuando tras reconocer en éstas una naturaleza distinta respecto de otras empresas, se exige un tratamiento asimismo diverso de aquéllos. En esa línea, se ha entendido por parte importante de la doctrina que los trabajadores que desarrollen determinadas tareas conectadas con la ideología difundida por la empresa, verán severamente limitados o, incluso, anulados⁴⁴, sus derechos de libertad ideológica, porque la ideología misma entra a formar parte del objeto del contrato. Razón por la cual, la tutela antidiscriminatoria al ceder terreno en beneficio del aumento de los poderes empresariales, admitiría como lícita la no celebración de un contrato de trabajo, y aun la resolución de uno en vigor⁴⁵, justamente por la incompatibilidad ideológica entre el trabajador y la empresa⁴⁶. En consecuencia, al margen de las consideraciones diversas acerca

44 Tan severamente que, apunta APARICIO TOVAR (Cfr. «Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador». En: AA. VV. *Autoridad y Democracia en la Empresa*. Madrid. TROTTA, 1992, p. 84.), pueden acarrear la negación absoluta de otros derechos como el de expresión de ideas, o incluso el de privacidad del trabajador, al permitirse al empresario investigar sus convicciones ideológicas, convicciones que sin duda está dentro del círculo de la intimidad personal del trabajador.

45 Cfr. ALONSO OLEA, Manuel. «Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución». Madrid. Editorial CIVITAS S.A. Segunda Edición. 1982. p. 28.

46 Hay que aclarar, como lo reconoce APARICIO TOVAR (Vid. «Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador». En: AA. VV. *Autoridad y Democracia en la Empresa*. Madrid. TROTTA, 1992, p. 84.),

de los criterios de solución de este conflicto, lo cierto es que en supuestos necesariamente excepcionales la teoría del sacrificio proporcional de derechos contrapuestos, resulta insuficiente para garantizar el ejercicio correlativo y pacífico de los mismos. Es más, deberá aceptar la supresión de algunos, en determinados casos.

A tal efecto, ni el derecho fundamental ni la libertad de empresa pueden pretender una expansión tal, que anule el desarrollo del otro derecho en conflicto, por cuanto habrá que intentar en todo caso una compatibilización recíproca entre ambos hasta donde sea posible. Sólo, de modo excepcional, por razones objetivas del caso concreto, cuya presencia impidan que la coordinación pueda llevarse a cabo, se podrá realizar aquel sacrificio con una intensidad mayor⁴⁷.

En conclusión, a través de todo este punto se ha intentado definir, el ámbito de la legalidad empresarial referida al poder de dirección, esto es, el ámbito de ejercicio legítimo de éste, derrumbando así toda concepción parcelaria de la constitucionalidad que niega el funcionamiento armónico y coordinado de sus principios básicos. De este modo, queda claro, que tanto el poder de dirección, deducible de la libertad de empresa, como los derechos constitucionales del trabajador, actúan como piezas, aunque contrapuestas, de un modelo que al requerir coherencia interna para su su-

que un importante sector doctrinario ha entendido que la óptica adecuada para la resolución del problema no es la determinación del tipo de empresas en las que puede permitirse un mayor sacrificio de los derechos del trabajador, sino la tarea concreta que el trabajador realiza, ya que no hay empresa de servicio por naturaleza.

47 Vid. DOLORES ROMAN, María. «Poder de dirección y contrato de trabajo...» Op. cit. p. 329.

pervivencia, las somete a ciertos límites o restricciones. De ahí que, sirva esta aproximación para calificar de desnaturalizador y contrario a las bases mismas del orden jurídico, todo acto que, tras el ejercicio disfuncional o abusivo de un derecho, conlleve la transgresión de estos límites.

3. La Extinción del Vínculo de Trabajo por Iniciativa del Empleador y su Efecto Lesivo Implícito

Por último, tras indagar el alcance o la significación laboral de los derechos constitucionales que ostenta el trabajador durante el período de prestación de servicios desde una perspectiva restrictiva fundada en el ejercicio correlativo del poder de dirección proveniente de la libertad de empresa, resta aún un punto a tratar, cual es, el referente al desarrollo de esta tensión compleja en un momento determinado de la relación laboral: la extinción del contrato de trabajo.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la extinción del contrato de trabajo puede derivar de la voluntad unilateral de una de las partes, de su voluntad conjunta o de la concurrencia de circunstancias que siendo ajena a la voluntad de ruptura de las partes, exigen o aconsejan la conclusión del contrato⁴⁸. Pero, de todas estas formas extintivas, la que revela un ejercicio más intenso del poder de dirección empresarial, reflejando más crudamente la contraposición de intereses de los sujetos laborales, es la ruptura unilateral por iniciativa del empleador. Pues, en este supues-

48 Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermin y GARCIA MURCIA, Joaquín. «Derecho del Trabajo». Madrid. Editorial TECNOS S.A., 1991, p. 532.

to, siguiendo a MARTIN VALVERDE⁴⁹, de un lado, el interés del trabajador se centrará normalmente en la conservación del empleo, interés éste jurídicamente protegido en última instancia por el derecho al trabajo, reconocido expresamente en la Constitución española; mientras, del otro, el interés del empleador camina a la búsqueda de las mayores facilidades en la contratación y gestión de mano de obra, encontrando amparo jurídico en la libertad de empresa, igualmente reconocida por la Constitución hispana y la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, la ruptura del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario, también llamada despido⁵⁰, al tiempo de lesionar el fundamento constitucional, cualquiera que fuere, del interés del trabajador a conservar su empleo, podría vulnerar independientemente otros intereses o derechos de aquél con protección jurídica semejante. Podría desconocer, entre otros, el mandato de no discriminación, el ejercicio legítimo de actividades sindicales, la dignidad, el honor, la buena reputación, la intimidad, el libre acceso a los órganos de administración de justicia, etc.. En suma, de entenderse la decisión empresarial extintiva dependiente exclusivamente de la iniciativa o de la discrecionalidad absoluta del empleador⁵¹, aquélla constituirá un

49 Cfr. *Ibidem*. p. 533.

50 En este sentido, valga la concepción, algo clásica, que aporta ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (Cfr. «Derecho del Trabajo». Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, XIV edición, 1995, p. 386) definiendo al despido como «la resolución unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empresario».

51 Esta forma de extinción es, precisamente, lo que la doctrina suele calificar como despido *ad nutum*, entendiéndose por aquél el ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase. No existen límites

instrumento de singular riesgo o peligro para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Razón por la cual, tal como sucedió en el caso peruano⁵², una de las características básicas de la legislación laboral ha sido la tendencia progresiva a la restricción de la facultad libérrima del empresario de poner fin a la relación de trabajo. Así, contraponiéndose a este poder, el interés del trabajador de conservar su empleo, a menudo sustentado en el constitucionalismo moderno bajo el concepto de derecho al trabajo⁵³, el legislador ordinario, por la vía de la ponderación de derechos, lo ha limitado en bien del ejercicio concurrente y pacífico de los mismos. Situación que, como ya se ha explicado, por conducir a un conflicto cuya resolución supone una «dirimencia conjuntiva», obliga al sujeto conciliador a respetar el contenido esencial de ambos derechos, evitando, de este modo, la prevalencia de uno sobre el otro.

causales, ni formales y, menos aún, límites en los efectos o consecuencias, que conlleven la obligación empresarial de, por lo menos, indemnizar.

52 Vid. Capítulo I de esta investigación.

53 A modo de ejemplo, en el ámbito Hispanoamericano, los países que reconocen el Derecho al Trabajo en sus textos constitucionales son, entre otros: El Salvador, art. 2; España, art. 35 (parágrafo 1); Guatemala, art. 101; Honduras, art. 127; México, art. 123 (parte b) parágrafo XI; Nicaragua, art. 57; Panamá, art. 60; Venezuela, art. 84; Perú, art. 22. Sin embargo, hay que recalcar, que la tutela de este interés específico del trabajador al término de la relación laboral, puede reconocerse bajo otras denominaciones. Una de ellas, estimamos, es la Estabilidad en el Empleo, consagrada en países como Colombia, art. 53 (segundo párrafo) y Ecuador, art. 27 (décimo segundo párrafo). (Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; CARRILLO CALLE, Martín y Otros. «Constitución, Trabajo y Seguridad Social». Estudio comparado en veinte Constituciones Hispanoamericanas. Lima, ADEC-ATC. 1993. pp. 125 y ss.)

El derecho al trabajo, según la doctrina⁵⁴, se manifiesta en el derecho genérico a adquirir un empleo y en el derecho específico a la continuidad o estabilidad en el trabajo, esto es, a no ser despedido si no existe causa justa. Es evidente, que el primero de estos supuestos, identificado con la labor de los poderes públicos de fomentar el pleno empleo, poco o nada interesa en nuestro análisis. Mas bien, nuestro enfoque se centraría en el derecho del trabajador a ocupar su puesto de trabajo hasta que haya una justa causa por la que aquél pierda su empleo. De modo que, la exigencia de causa, aparte de transformar el poder empresarial de despedir al trabajador en un poder excepcional antes que en un poder ordinario, veda, pues, al decir de PEDRAJAS MORENO, por su flagrante inconstitucionalidad, cualquier previsión legal que determinase, sin más, la posibilidad de extinción del contrato de trabajo *ad nutum*, basada en la libérrima decisión empresarial⁵⁵. En consecuencia, la voluntad unilateral extintiva del patrón, limitada en virtud del contenido esencial del derecho al trabajo, condiciona su legitimidad jurídica a la existencia de una causa justificada⁵⁶.

54 En palabras del laboralista DE BUEN LOZANO, «El derecho al Trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestarse. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo. En segundo lugar, del derecho a conservar un empleo». (Cfr. DE BUEN LOZANO, Néstor. «Derecho del Trabajo». México, Editorial PORRUA. Tomo I. Cuarta edición. 1981. p. 80).

55 Cfr. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. p. 140.

56 Es importante señalar que esta evolución hacia el «despido causal» ha alcanzado reconocimiento internacional a través del Convenio 158 de la OIT, sobre «la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador», cuyo artículo 4 dispone que «no se pondrá término a la rela-

No obstante, la sola existencia de la voluntad extintiva del empleador, aunque se base en una causa justificada, no puede desplegar efectos, sean jurídicos o materiales, hasta su exteriorización y respectiva comunicación al trabajador⁵⁷. Es decir, junto al requisito causal, a menudo la legislación exige al acto de despido una determinada formalidad (entre las más comunes resalta, la notificación por escrito), cuya configuración imperativa o *ad solemnitatem* revela su carácter indispensable e inmodificable por términos contractuales o convencionales. Entonces, queda claro por todo lo dicho, que tras la actuación modalizadora del derecho al trabajo respecto del poder de dirección, siempre deducible de la libertad de empresa, el legislador asume el deber de no otorgar a la voluntad empresarial la plenitud decisora para extinguir el vínculo laboral, pues habrá de concebirla mas bien como condicionada por estar sometida a una causa y a una carga que consiste en la formalidad requerida por el ordenamiento jurídico.

Naturalmente, aunque la existencia de causa y forma se instituyan como límites al ejercicio discrecional del despido y, por ende, tutelen los intereses laborales consagrados en el derecho al trabajo, éstos condicionantes resultan insufi-

ción de trabajo de un empleador a menos que exista para ello una causa justificada». (Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El Despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo». En: *Revista DERECHO-PUC*. Número 49, diciembre 1995. p. 192.).

57 Vid., sobre el carácter declarativo y recepticio del despido, MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo». En: *La reforma del estatuto de los trabajadores, tomo II, El Despido*. AA.VV. dirigidos por Borrajo Dacruz, Efren. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas. 1994. pp. 248 y ss.

cientes para obstaculizar una motivación ilícita lesiva de otros derechos constitucionales⁵⁸. Si bien es cierto, que el principio causal reduce los ámbitos de actuación de la voluntad unilateral extintiva del empleador, ésta no desaparece, pues, al ser independiente de todo acuerdo o consentimiento de la otra parte, se convierte en fuente de poder suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo con independencia de su motivación. En otras palabras, en un sistema de despido directo, bastará la sola manifestación y comunicación de la decisión extintiva empresarial al trabajador, para que el despido, en tanto poder de hecho, goce de plenos efectos materiales inmediatos⁵⁹, sin perjuicio de su eventual impugnación judicial.

Se reconocen al empleador, en esta línea, como una opción política del ordenamiento jurídico, poderes extraordinarios de autotutela o autodefensa directa de sus in-

58 Estas conductas transgresoras, que simultáneamente afectan dos o más derechos constitucionales, han sido calificadas, por la doctrina, como «actividades pluriofensivas». Así, por ejemplo, dirá LOVATON PALACIOS, «cuando un trabajador es despedido por su actividad sindical, no sólo se vulnera su derecho, y el del sindicato, a la libertad sindical, sino también se viola su derecho a la estabilidad laboral y a la no discriminación». (Vid. LOVATON PALACIOS, Miguel David. «Protección de la Libertad Sindical en el Perú». Lima, Instituto de Defensa Legal, 1991, p. 98.).

59 Precisamente, atendiendo a ello, el maestro mexicano DE LA CUEVA ha señalado que la disolución del vínculo contractual laboral se aparta de las formas del derecho civil, «...pues en tanto en este ordenamiento puede únicamente obtenerse al través de un procedimiento judicial, en el derecho del trabajo opera provisionalmente por acto unilateral del trabajador o del patrono, a reserva de que posteriormente se confirme o se corrija el error o la arbitrariedad en que se hubiera incurrido». (Cfr. DE LA CUEVA, Mario. «El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo». México. Editorial Porrúa S.A., 1978. Tomo I. p. 252.).

tereses, cuya validez será presumida con carácter *iuris tantum*. Por consiguiente, declarada y notificada la voluntad extintiva patronal, actuará una especie de presunción de culpabilidad del trabajador que, según importante doctrina, sobre todo en el caso de los despidos disciplinarios, viene a cuestionar el principio que reputa inocente a toda persona mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad⁶⁰. Sin embargo, esta presunción legal, que imputa la culpa de la terminación del vínculo laboral al trabajador, no se revocará hasta el momento en que se inicie, a instancia de parte, el proceso de despido⁶¹. Razón por la cual, una vez actuado el proceso, se hace necesaria la presencia de suficientes y eficaces medidas cautelares que, tras evitar eventuales perjuicios irreparables, aseguren una verdadera restitución del derecho constitucional afectado.

En el fondo, ocurre que el empleador, aun siendo parte, por delegación del esquema legislativo de despido, asume funciones arbitrales dentro del conflicto de intereses intraempresarial. Y ello, como puede deducirse, conlleva tras sí que los límites materiales impuestos por los derechos fundamentales del trabajador al poder de dirección empresarial, sean definidos inicialmente por la sola voluntad del empleador, aunque, en segundo término, quepa su impugnación en la vía judicial. En este sentido, la eventual

60 Sobre el tema de la presunción de inocencia del trabajador en los despidos disciplinarios, Vid., por todos, PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y Derechos Fundamentales...» Op. cit. pp. 231 y ss.

61 Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Formas y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo...» Op. cit. P. 304.

acción parcializada del representante de la empresa, no hace otra cosa que confirmar el alto grado de lesividad del despido, cuya manifestación puede concretarse en actos extintivos represores, o acaso supresores, de derechos del trabajador, solamente por ser opuestos al poder directivo.

En conclusión, es de tener en cuenta que el despido en cuanto acto jurídico unilateral, recepticio y de efectos inmediatos, constituye un instrumento idóneo, y hasta apropiado, para la manifestación de una voluntad lesiva, sea encubierta o explícita, de derechos constitucionales del trabajador. Pero, aclaremos, la importancia del vehículo instrumental utilizado (el despido) no puede ocultar la extraordinaria relevancia constitucional del resultado ilícito perseguido a través de él (la violación del derecho fundamental). De ahí que, será esa «consecuencia ilícita» la que determinará el régimen especial al que se sujeta el tratamiento jurídico-positivo del despido lesivo, tanto en la faceta sustantiva como en la adjetiva.

Sección Segunda

Presupuesto y Elementos Configuradores de la Protección Laboral Frente al Despido Lesivo de Derechos Constitucionales

Usualmente, la protección jurídica frente a efectos violatorios de actos, hechos o, incluso, omisiones inconstitucionales se ha enfocado desde una perspectiva netamente constitucional. Tanto es así, que en tiempos modernos se viene hablando de una disciplina jurídica especializada, cuyo objeto es el de «decidir, de modo imparcial, con arreglo al derecho objetivo y mediante los procedimientos y ór-

ganos especiales establecidos, el cumplimiento, tutela y aplicación de las normas jurídicas constitucionales»⁶².

Como producto de ello, la mayoría de constituciones contemporáneas han incorporado en sus textos un conjunto de instrumentos procesales, a los que la doctrina ha denominado «garantías constitucionales», destinados a proteger al individuo de las eventuales violaciones de sus derechos fundamentales⁶³. De forma tal, que producida la transgresión de estos derechos, sin importar la naturaleza del medio, o el vehículo, empleado para consumir aquella finalidad ilícita, toda persona afectada puede solicitar, en uso de las vías procesales constitucionales, la reposición de las cosas al estado anterior a la violación de los mismos.

62 Esta es, precisamente, la definición que LUCAS VERDU ensaya respecto de la expresión «Jurisdicción Constitucional» (Cfr. LUCAS VERDU, Pablo. «Curso de Derecho Político», Madrid, Editorial TECNOS S.A., Volumen II, 3ª edición, 1983, p. 690).

63 Al respecto, Mauro Cappelletti ha sistematizado el contenido de la Jurisdicción Constitucional, en cuanto disciplina jurídica fiscalizadora de la constitucionalidad de las normas o de los actos constitucionales de autoridad o particulares, en una concepción tripartita. El primer aspecto, está referido a la «jurisdicción constitucional de la libertad», entendida como las garantías procesales de protección de los derechos subjetivos. El segundo, llamado «jurisdicción constitucional orgánica», incluye, básicamente, el control de constitucionalidad y legalidad de todo el ordenamiento jurídico. Mientras, por último, el tercero, «jurisdicción constitucional comunitaria e internacional», se refiere a los diversos instrumentos procesales de carácter internacional de los que pueden valerse las personas de un determinado Estado, a fin de hacer valer sus derechos fundamentales en el ámbito internacional. (Vid., sobre el tema, MESIA RAMIREZ, Carlos. «La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1993». En: Acciones de Garantía, legislación vigente (Estudio Introductorio). Lima. Gaceta Jurídica. s/año. pp. 6 y ss.).

Sin embargo, pese a la importancia del tema, no interesa, por ahora, abordar aquél desde una visión sesgada por la esfera procesal constitucional. Más aún cuando, la tendencia legislativa actual, traducida en la intención de fortalecer la tutela de la vertiente dogmática de la constitucionalidad, instituye mecanismos de impugnación específicos, referidos a ámbitos determinados del orden jurídico. Hoy podemos hablar, en no pocos casos, de una ampliación de esa protección⁶⁴, en principio reservada a una jurisdicción constitucional, a otros campos del derecho como puede ser el laboral. Incluso, en esta línea, se vienen admitiendo instrumentos procesales extremadamente focalizados en supuestos cuyo grado de lesividad de derechos constitucionales es, por decirlo de algún modo, bastante intenso.

Así, por ejemplo, en tiempos recientes, se ha evidenciado esta protección, en la declaratoria de nulidad del despido producido con violación de derechos constitucionales del trabajador⁶⁵. Sin embargo, conviene aclarar que la recep-

64 Situación que no necesariamente habrá de entenderse como una «ampliación» excluyente para el ejercicio legítimo de las «garantías constitucionales». Por el contrario, bien podrían existir sistemas que admitan la interrelación de ambas vías procesales con un carácter opcional, cuya presencia permita recurrir a cualquiera, pero no a las dos simultáneamente.

65 Paradigmáticamente, la manifestación más clara de este proceso es la ocurrida en la jurisprudencia española a través de la declaración de «nulidad radical» del despido lesivo de derechos constitucionales del trabajador. Según esta doctrina, creada por el Tribunal Constitucional Español, todo despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, al estar fundado en una causal ilícita, «comporta necesariamente la readmisión del trabajador, sin posibilidad de sustitución por una indemnización» (STC 38/ 1981, de 23 de noviembre). De otro lado, puede encontrarse la descripción de otras experiencias como la francesa, la ar-

ción jurídico-procesal de esta figura, ordinariamente dentro del sistema legal, no pasa de tener un mero valor ratificatorio y garantista, ya que su fundamento se halla directamente en la Constitución. Razón por la cual, se advierte que, en este punto, el margen de discrecionalidad del legislador es inexistente⁶⁶, puesto que el despido de un trabajador con afectación de sus derechos fundamentales sería siempre nulo.

No obstante, la proscripción, en vía laboral, de los despidos basados o producidos con violación de derechos fundamentales del trabajador, ha introducido considerables cambios al esquema tradicional de impugnación de esta forma extintiva del contrato de trabajo. Y, aunque se reitera que el despido en la mayoría de los ordenamientos es causal; la nueva opción político-organizativa, persigue la causa no sólo para revelar su inexistencia o insuficiencia, sino, además, para indagar la presencia de motivaciones determinantes de la voluntad de despedir opuestas a principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico⁶⁷.

gentina o la uruguayana en ERMIDA URIARTE, Oscar. «El concepto de despido abusivo». En: *Revista de Derecho Laboral*. Montevideo. Tomo XXVII. Nº 135. 1984. pp. 513 y ss., quien concibe al despido con violación de derechos constitucionales en una especie del «despido abusivo».

66 En el mismo sentido, Vid. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo...» Op. cit. pp. 314- 315; además, Vid. CASAS BAAMONDE, María Emilia. La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos. En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo la conducción de Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos. Madrid, IBIDEM Ediciones. 1995. p. 72.

67 Vid. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. «Derecho del Trabajo». Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, XIV Edición. pp. 418- 420.

En fin, tras consentir la tendencia legislativa laboral hacia un trato unitario del sistema de impugnación del acto extintivo empresarial, reservamos lo que queda del presente capítulo a delimitar los rasgos peculiares o, cuando menos, los presupuestos y elementos esenciales, que, desde una óptica lógica, conforman la llamada protección laboral frente al despido producido con vulneración de derechos constitucionales del trabajador.

1. La Producción de la Voluntad Extintiva Lesiva de Derechos Constitucionales

Como ya se ha puesto de manifiesto, el presupuesto esencial de tal protección no puede ser otro que el de la afectación, desconocimiento o violación de derechos de la persona humana, que se reputan intangibles, al momento de configurarse la voluntad extintiva del empleador. Ahora bien, siguiendo a PEDRAJAS MORENO, cabe distinguir, básicamente, dos momentos o circunstancias del acto de despido, donde puede originarse, o acaso ocurrir, la «consecuencia ilícita»: a) En la motivación del despido, de modo que la decisión empresarial de despedir persiga, de forma patente o encubierta, una finalidad inconstitucional, y; b) En la realización misma del despido, bien sea en la actuación patronal a efectos de verificar los hechos habilitantes de la decisión extintiva o bien en la explicitación de tales hechos en la formalización de la misma.

1.1 Lesiones en la motivación del despido.

En el primer caso, los derechos fundamentales, tras aparecer como límites materiales a la decisión extintiva empresarial, se ven afectados por un ejercicio disfuncional de

la facultad de despedir. El despido, en concreto, habrá de evidenciar, desde su raíz u origen, un móvil empresarial contrario a derechos subjetivos del trabajador, pertenecientes a la esfera constitucional.

Ahora bien, la motivación ilícita del acto jurídico empresarial que dispone el término del contrato de trabajo, puede presentarse de manera explícita o de forma encubierta. La primera modalidad, usualmente, se manifiesta en despidos en los que se alega el ejercicio abusivo de un derecho por parte del trabajador (por ejemplo, se le acusa a éste de haber actuado con violencia en el desempeño de sus actividades sindicales). En tanto, la segunda de estas modalidades, se refiere a supuestos extintivos aparentemente justificados, que camuflan tras sí la verdadera causa (por ejemplo, se alegan faltas de asistencia al trabajo, totalmente inexistentes, en coincidencia con la noticia de que el trabajador ha demandado judicialmente a la empresa reclamando el cese de hostilidades). Con todo, conviene precisar que, en estos términos, la protección de los derechos fundamentales juega no sólo en un plano objetivo, cuando se manifiesta la motivación empresarial, sino también en otro subjetivo o psicológico, cuando aquélla queda oculta.

Naturalmente, ninguna importancia tendrá que la vulneración de un derecho fundamental ocurra desde una u otra modalidad, «salvo que en el primer caso la valoración sobre la eventual vulneración del derecho fundamental podrá hacerse directamente, y en el segundo será consecuencia de una aplicación del mecanismo de la constatación de indicios de tal vulneración, determinante de que sobre la empresa recaiga la carga de la prueba de

la razonabilidad de su decisión»⁶⁸. Aunque, más allá de esta distinción, como es evidente, siempre estaremos frente a un despido lesivo de la constitucionalidad.

Sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina⁶⁹, la alegación de una motivación o la existencia de un panorama lesivo, puede no resultar trascendente en el marco de un despido fundado legítimamente en causa justa. Más aún cuando, en cualquier caso la conducta del trabajador hubiera dado lugar a un despido. Es decir, puesta entre paréntesis la supuesta motivación lesiva, la legalidad le concede al empleador la facultad de resolver válidamente el vínculo laboral. Así, el Tribunal Constitucional español, analizando la problemática del llamado «despido pluricausal», por confluir en él una causa ilícita y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, ha resuelto que «es válido para excluir que el mismo (el despido) pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales, que el empresario acredite, que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental»⁷⁰.

Por último, cabe destacar, no obstante todo lo dicho, que con la presencia de supuestos de extinción del contrato de trabajo no causales, como es el caso del ocurrido durante el

68 Cfr. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y Derechos Fundamentales...» Op. cit. p. 142.

69 Vid., sobre el tema, BODAS MARTIN, Ricardo. «El procedimiento de despido disciplinario». En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo la conducción de Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995. p. 39.

70 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional español 7/ 1993.

período de prueba, nada impide que en ellos pueda encubrirse un despido atentatorio a los derechos fundamentales. Comúnmente, la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, había insistido en el carácter *ad nutum* de la facultad resolutoria en el ámbito del período de prueba. Sin embargo, resultaría incoherente admitir la existencia de un poder omnímodo, que incluso sea cubierto de inmunidad en su interrelación con los derechos del trabajador. Por contra, afirmamos, en definitiva, que de hacer valer una voluntad extintiva empresarial por causas ajenas a la relación de trabajo e irrespetuosa de un derecho fundamental, la misma acarreará una desviación, determinando, en tal caso, la conversión de la resolución durante el período de prueba, en un despido sin más⁷¹. En consecuencia, en términos generales, consideramos predicable para todo supuesto de extinción unilateral, aun en los no causales, la actuación de los derechos constitucionales del trabajador como límite material a la decisión del empleador de poner fin al contrato.

1.2 Lesiones en la realización del despido.

Como lo adelantáramos al iniciar este punto, para en-

71 Tal es la doctrina que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha consolidado en forma progresiva. Al respecto, el TC en su sentencia 94/ 1984 señala que «la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba, carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de la libertad reconocida por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales». Precisamente, esta sentencia, como reseña PEDRAJAS MORENO, ha despertado la polémica, en España, sobre la exigencia o no de alegación de causa en el denominado «desistimiento durante el período de prueba». (Sobre ello, Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. pp. 178 y ss.).

tender la verdadera dimensión lesiva del despido, no basta con evaluar aisladamente la motivación en que se funda la decisión empresarial extintiva, pues, por el contrario, habrá que extender tal constatación a la actuación misma del empresario en su interés por consolidarla. Nótese, por consiguiente, que al margen de la presencia de una finalidad ilícita, bien puede concurrir, en el acto de despedir, una actuación externa del empresario cuyo carácter sea, abiertamente, opuesto a la plena efectividad de los derechos constitucionales del trabajador. Actuación externa que suele referirse, en primer lugar, a los procedimientos de averiguación y comprobación de las causas legales habilitadoras de la extinción y, en segundo lugar, a la explicitación o formalización del resultado de tal verificación.

En cuanto a la primera de ellas, aplicable sobre todo al régimen del despido atribuible a la conducta del trabajador, es inadmisibles la adopción por parte del empresario de medidas que, tendientes a la averiguación de los hechos configuradores de la falta, transgredan derechos como los del honor, la dignidad personal o el derecho de intimidad que goza el sujeto prestador del servicio⁷². En tal

72 Cfr. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. p. 147; asimismo, sobre el particular, MARTIN AGUADO constata que «...existe un espacio o núcleo constituido básicamente por la dignidad, la libre opinión y la intimidad del trabajador, al que el poder de dirección empresarial no puede afectar y en cuyo desarrollo el trabajador-titular no debe estar sujeto a ninguna relación de subordinación con respecto al empresario.» (Cfr. MARTIN AGUADO, Angel. «Actuaciones irregulares que afectan la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial». En: *Autoridad y Democracia en la empresa*. AA. VV. , bajo la con-

sentido, el respeto de estos derechos fundamentales implica la prohibición de conductas patronales dirigidas, por ejemplo, a indagar la vida privada del trabajador, salvo que aquélla repercuta en la esfera laboral, a investigar sobre su ideología o creencias, a poner en riesgo su vida y su integridad física, a realizar revisiones en la persona del trabajador⁷³, a someterlo injustificada e involuntariamente a exámenes médicos, etc.

Sin embargo, con todo, resulta pertinente formular aquí una aclaración, cual es, la referida a los efectos procesales de la presentación de un medio de prueba obtenido de

ducción de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. Editorial TROTTA S.A., 1992. p. 52.). Además, confirmando esta opinión, Vid. MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. «Derecho del Trabajo...» Op. cit. pp. 479-480. cuando señala que «...las medidas de control y vigilancia de la actividad laboral han de ser respetuosas de la dignidad e intimidad del trabajador, pues de lo contrario excederán lo que la ley considera 'ejercicio regular' del poder de dirección...».

- 73 En este supuesto, cabe distinguir no obstante un doble aspecto: el referente al carácter injurioso de una revisión que afecte el buen nombre o la reputación del trabajador, y el relacionado con la forma o intensidad de las revisiones que, de llegar a extremos, pueden afectar, incluso, el pudor de la persona inspeccionada. En el primer aspecto, está en juego el derecho al honor del trabajador. Así, una revisión efectuada a una persona o a un grupo reducido, asegura PLA RODRIGUEZ, «puede resultar altamente lesivo contra el buen nombre de las personas revisadas porque hace nacer la sospecha de que son culpables». Mientras, en el segundo aspecto está en juego la intimidad porque se afecta un valor tan personal como es el pudor, entrañablemente unido a la sensibilidad de cada uno. Aquí, mas bien, el problema nace de la forma o intensidad de la revisión. (Vid., sobre este tema, PLA RODRIGUEZ, Américo. «El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador». En: *Revista Derecho Laboral*. Montevideo. 1986. N° 144. pp. 594 y 595.).

modo ilegítimo, por contravenir derechos fundamentales. Como es evidente, esta situación no puede traducirse en la sola invalidez del medio de prueba, sin más, ya que de ocurrir ello, se estaría negando la posibilidad de declarar ilícito un despido, aun cuando haya sido producido sobre la base de un trato indigno e irrespetuoso de la intimidad del trabajador. En todo caso, cuando la decisión empresarial de despedir se base en medios de prueba obtenidos con vulneración de tales derechos, la declaración de este acto jurídico extintivo no puede ser otra, salvo que exista causa justificada, que la de ilicitud o ilegitimidad constitucional⁷⁴. Incluso, resulta predicable esta declaración, también para los supuestos donde el trabajador acredita la utilización de procedimientos empresariales lesivos, pero que por el fracaso en su pretendida eficacia probatoria el empleador no los alega en el proceso.

De otro lado, la explicitación de la voluntad extintiva en la llamada «carta de despido», como se ha dicho, eventualmente puede lesionar derechos fundamentales del trabajador. La utilización del contenido de la comunicación formal de despido con fines ajenos a los establecidos legalmente, y en la medida en que pueda resultar atentatoria al honor y a la intimidad del trabajador, bien puede con-

74 Hay que aclarar, en este sentido, que la declaración de ilicitud del despido no se extrae, simplemente, del hecho de haber utilizado un medio probatorio con vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, sino de que, al decaer la eficacia de éste, queda la empresa desprovista de toda prueba sobre los hechos imputados, emergiendo la lesividad como elemento que vicia el despido. De modo que, como ya lo he indicado, de existir una prueba adicional que justifique el despido, la alegación de una afectación constitucional en la realización del mismo, carecerá de toda trascendencia.

tribuir a declarar ilícito el despido, por contravenir la constitucionalidad.

En este sentido, es evidente, que la finalidad de la notificación no es otra que la de informar al trabajador la decisión extintiva del contrato de trabajo y, consecuentemente, consignar los hechos que sustentan la causa justa alegada. Por cuanto, siguiendo importante doctrina⁷⁵, resulta claro que si la comunicación formal de despido excede dicha finalidad, incorporando además del relato de los hechos, otros elementos tales como juicio de valor, o, más aún, expresiones que puedan tener una significación calumniosa, injuriosa o vejatoria para el trabajador, o si aquélla se divulga más allá de su destinatario natural, no podrá ampararse tal proceder empresarial en que se ha efectuado en cumplimiento de un mandato legal⁷⁶, sino por el contrario incurrirá en una manifiesta conculcación de los derechos fundamentales inherentes a la persona del trabajador.

Sin embargo, la finalidad de notificar, mediante comunicación formal, la decisión extintiva empresarial, no sólo puede ser desvirtuada por situaciones que exceden aquélla, sino, además, puede serlo por circunstancias que no alcan-

75 Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. pp. 155- 157.

76 En estos casos, donde el agravio o la publicidad deliberada de la carta de despido, que de por sí constituye un demérito para su receptor, produce perjuicios en el honor, intimidación y dignidad del trabajador, estamos, sin dudar, frente a un ejemplo de ejercicio disfuncional del poder de dirección empresarial que, tras exceder los límites legales, se enmarca dentro de la figura del «abuso del derecho». Situación que, por lo demás, no es amparada en ordenamiento jurídico alguno. Al respecto, a modo de ejemplo, la Constitución Peruana en el último párrafo del artículo 103 señala: «La Constitución no ampara el abuso del derecho».

zan siquiera tal finalidad. Las primeras, acabamos de decir, responden a una instrumentalización lesiva de la carta de despido, cuyo uso desmesurado, respecto de los objetivos razonables, atenta contra la dignidad del trabajador. En cambio, las segundas, aluden a los casos donde por no existir carta de despido, o aun existiendo, por su excesiva parquedad o ambigüedad, se impide conocer tanto la decisión empresarial como los hechos imputados al trabajador que sustentan la misma.

Precisamente, la producción de un despido con ausencia absoluta de forma escrita, podría negar al trabajador la posibilidad de ejercitar de modo regular su derecho de defensa en el proceso judicial de impugnación del acto extintivo. Así, por ejemplo, los despidos realizados de manera expresa pero faltos de notificación escrita (despidos verbales) o los, simplemente, carentes de una declaración empresarial expresa (despidos tácitos), al provocar el desconocimiento total de sus motivos, implican una manifiesta imposibilidad para articular la defensa jurisdiccional del trabajador afectado. Circunstancia ésta, que, de ocurrir, generaría una suerte de «indefensión», entendida como «la situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa»⁷⁷. En consecuencia, todo acto de despido habrá de promover el respeto al principio de contradicción procesal, en tanto contenido indispensable del derecho de defensa, pues, de lo contrario, se convertirá en un acto jurídico viciado de ilicitud constitucional⁷⁸.

77 Este es el concepto de «indefensión», que desde la Sentencia 38/ 1981, de 21 de Noviembre, ha manejado el Tribunal Constitucional español.

78 Vid. CASAS BAAMONDE, María Emilia. «La calificación jurídica del des-

Con todo, la denominada situación de indefensión, aparte de configurar un atentado evidente al derecho de defensa, entraña, para un sector doctrinario⁷⁹, la transgresión concurrente del derecho a la tutela judicial efectiva. En otras palabras, el trabajador despedido con incumplimiento absoluto de las formalidades legales -o convencionales-, vería desnaturalizada la garantía judicial al debido proceso, cuya finalidad es, específicamente, alcanzar la justicia en el proceso, mediante la protección efectiva de los derechos individuales reconocidos por la normativa constitucional⁸⁰.

pido. Despidos improcedentes y nulos». En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV., bajo la conducción de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995. p. 73. cuando concluye que «el derecho de defensa del trabajador y el principio de contradicción procesal no podrían jugar, en casos de despidos informales (verbales) o tácitos, ante el desconocimiento por el trabajador de los motivos de despido...».

79 En esta línea, GORELLI HERNANDEZ ha señalado que «... (ante) la posibilidad de que el empresario pueda despedir al trabajador sin respetar en absoluto los requisitos formales (...) y dado que la finalidad de los requisitos formales es la de permitir que el trabajador ejerza su derecho a la tutela judicial efectiva, no queda más remedio que defender la declaración de nulidad por violación de un derecho fundamental, la tutela judicial efectiva. Somos de la opinión de que ésta es una postura inteligente, ponderada y para nada excesiva, pues la absoluta indefensión del trabajador, indefensión que entendemos no se soluciona con la improcedencia, ya que habría implicado un derecho fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva; por tanto, la única solución ha de ser la nulidad del despido...». (Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los supuestos de readmisión en el despido». Madrid, Editorial TECNOS S.A., 1996, p. 65.).

80. Según se ha dicho, el debido proceso es una garantía judicial innominada, cuya «...función es asegurar la efectiva vigencia de esos derechos [los derechos individuales reconocidos en la Constitución], dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurídica de sus derechos individuales, a través de un procedimiento legal, en que se le dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído,

No obstante esta opinión, hay quienes, optando por un concepto restringido de tutela judicial efectiva, han negado tal desnaturalización. Pues, han señalado que la tutela judicial efectiva sólo se vería mermada por la negativa del juzgador a conocer el fondo del asunto cuando el trabajador acredite la existencia de discriminación o de violación de cualquier derecho fundamental⁸¹.

Igualmente, todo lo dicho, es predicable para el caso de los despidos que, pese a tener carta, generan una situación de indefensión en el trabajador. De tal manera que, no sólo se podría dificultar la defensa del trabajador despedido cuando se haya producido un despido verbal o tácito, sino también cuando, aún tratándose de un despido comunicado formalmente mediante una carta, en ella existan formulaciones ambiguas o imprecisas o no conste claramente la fecha de efectos del despido. En consecuencia, sobretudo en los sistemas legislativos donde se admita la convalidación, en vía judicial, de los efectos extintivos de los despidos carentes de forma, el derecho de defensa se convierte en límite infranqueable de los mismos. No se trata aquí, de declarar inconstitucionales todos los despidos desprovistos de forma⁸², sino sólo aquéllos que generen indefensión procesal del trabajador.

ejercer el derecho de defensa, de producir pruebas y de obtener una sentencia que decida la causa dentro de un plazo prudencial...». (Cfr. CHICHIZOLA, Mario. «El debido proceso como garantía constitucional». En: *Revista Jurídica Argentina «La Ley»*, Buenos Aires, 1983. p. 913.)

81 Vid., sobre esta postura, GALIANA MORENO, Jesús y GARCIA ABELLAN, Juan. «El despido nulo». En *Estudios sobre el despido* (libro homenaje a Alfredo Montoya Melgar). Madrid. Universidad de Madrid. 1996. pp. 75- 78.

82 Sobre la calificación de los despidos carentes de formalidad legal que no

Finalmente, en los casos donde la voluntad extintiva del empleador requiere de un procedimiento previo ante cualquier autoridad competente, para que ésta, luego de verificar la existencia de la causal invocada, otorgue una autorización para el despido, deberán observarse, a fin de evitar la arbitrariedad en su resolución, las garantías constitucionales que integran el concepto de debido proceso. En este sentido, poco interesa la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento previo, puesto que de existir posibles afectaciones de derechos de las personas, se hace necesario proclamar, para cualquier supuesto, el carácter vinculante del contenido de justicia de la Constitución⁸³.

2. La Tutela Restitutoria de los Derechos Constitucionales

Como mencionábamos al inicio de esta sección, un elemento básico de todo mecanismo de protección jurídico-procesal es el referido al grado de tutela prestado, en vía de reparación, frente a determinados comportamientos antijurídicos.

generan indefensión en el trabajador, Vid. el punto siguiente de la presente sección.

83 Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el debido proceso constituye un derecho fundamental de todas las personas, cuya aplicación es predicable en procesos de cualquier naturaleza. Sin embargo, ha señalado DE BERNARDIS, que «...la plenitud de los conceptos que integran el debido proceso, solamente serán exigibles y se alcanzarán en los procesos que se desarrollen ante el órgano jurisdiccional del Estado, por cuanto éste es el único que tiene la capacidad de determinar la justicia del caso concreto, con carácter definitivo.

No se trata que en un proceso administrativo los elementos que integran el concepto de debido proceso no puedan y se vayan a verificar. Sucede todo lo contrario pues éstos, cuando menos en lo que se refiere a

Obviamente, el grado de protección dependerá de la naturaleza jurídica del objeto a proteger. Así, podrá brindarse una tutela restitutoria, que repare integralmente el derecho vulnerado, si aquél cuenta con entidad suficiente para ser considerado como principio fundamental del ordenamiento. En estos casos, dice ERMIDA URIARTE, estaríamos hablando de una «solución reparatoria perfecta», pues al declarar la nulidad del acto lesivo, se levanta efectivamente todos los obstáculos que el acto ilícito perturbador del ejercicio del derecho había opuesto al mismo⁸⁴. Sin embargo, siguiendo al mismo autor, junto a esta forma de tutela, pueden existir mecanismos reparadores compensatorios, también denominados resarcitorios, cuya finalidad no consiste en la anulación del acto lesivo, sino en la concesión de una indemnización económica por los daños y perjuicios causados en virtud del acto impugnado⁸⁵. Tal solución reparadora de carácter imperfecto, ha sido harto difundida en el derecho común, sobre la pretendida base de proteger intereses jurídicos afectados de naturaleza patrimonial.

Ahora bien, la doctrina ha manifestado, de manera consensual, que los derechos de la persona humana o derechos

los mínimos del debido proceso deberán hacerlo. Lo que se va a dar en la práctica es que solamente en el proceso ante el órgano jurisdiccional, el justiciable contará con todas las herramientas para que los elementos del debido proceso se desarrollen en el mayor grado posible». (Cfr. DE BERNARDIS, Marcelo. «La garantía procesal del debido proceso». Lima. Editores Cultural Cusco. 1995. pp. 414- 415).

84 Vid. la cita de ERMIDA URIARTE en LOVATON PALACIOS, Miguel David. «Protección de la Libertad Sindical en el Perú». Lima, Instituto de Defensa legal, 1991. pp. 137- 138.

85 Vid. *Ibidem*, p. 142.

fundamentales, poseen una naturaleza diversa de la de los derechos subjetivos ordinarios, puesto que regulan la dignidad e inclusive la existencia misma de la persona humana, por lo que su violación entraña, aparte de un perjuicio individual, una repercusión social, cuyo desconocimiento puede afectar a toda la comunidad. Por cuanto, al ser ello así, la naturaleza indisponible de los derechos constitucionales, según FIX ZAMUDIO, requiere de una tutela procesal que asegure «la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos derechos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalente»⁸⁶. En otras palabras, toda sentencia de protección de estos derechos no agota su finalidad en un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del acto cuestionado, es más, su efectividad dependerá de imponer al responsable el cumplimiento de determinado comportamiento tendiente a restaurar el derecho afectado⁸⁷.

86 Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor. «La Protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales». Madrid. Universidad Nacional Autónoma de México/ Editorial Civitas S.A., 1982. p. 49.

87 Vid., sobre el tema, SAGUES, Néstor Pedro. «Acción de Amparo». Buenos Aires. Editorial Astrea. 1988. pp. 431 y ss.. Además, en forma paulatina, la legislación comparada ha puesto de manifiesto la naturaleza restitutoria de las sentencias protectoras de derechos fundamentales. Por ejemplo, la Ley de Amparo mejicana, en su artículo 80, señala que «la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación...»; asimismo, en términos semejantes, el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense admite que «la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir o garantizar al agraviado en el pleno goce de su derecho, y restablecer las cosas al estado que guardaban antes de la

No obstante, aunque esta forma de tutela se instituya como esencial, cabe aclarar, no es excluyente de la tutela resarcitoria. Por el contrario, el juez bien podría imponer al infractor una indemnización complementaria, en la medida en que trata de ajustar la compensación dineraria a los daños adicionales que el afectado haya podido sufrir como consecuencia de las circunstancias concurrentes en la violación. Lo cual, sin embargo, obligará al afectado a aportar los medios de prueba suficientes que sustenten la alegación de los daños adicionales sufridos.

En consecuencia, desde este punto de vista, parece lógico que la tutela procesal del despido, cuando se aduzca violación de derechos constitucionales del trabajador, deberá implementar, prevalentemente, mecanismos reparadores que posibiliten al perjudicado el reintegro en su puesto de trabajo⁸⁸. De aquí que, toda vez que el juez laboral, en un sistema unitario de impugnación del acto extintivo empresarial, califique de ilícito el despido por contravenir preceptos de orden constitucional, ordenará la reposición del tra-

violación, cuando fuere posible»; también, en esta línea, el artículo 1 de la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo peruana, reputa como objeto de las acciones de garantía «...el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional».

88 En este mismo sentido, se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., cuando pide a los Gobiernos nacionales que tomen las medidas necesarias para permitir que los dirigentes sindicales y afiliados que han sido despedidos por sus actividades sindicales legítimas puedan obtener el reintegro en sus puestos de trabajo y se apliquen a las empresas las sanciones correspondientes. (Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. «La Libertad Sindical». Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra. 1985. párrafo 756.).

bajador⁸⁹. Mandato que, tras configurar un deber correlativo, obliga al empleador a permitir el reingreso del trabajador en la empresa. Pero, aunque por definición, la reposición se va a conceptualizar en términos de reasunción material o física, su contenido es mucho mayor. De esta forma, la reposición «no se logra sólo por la actividad material del empresario dirigida a permitir el acceso del trabajador a la empresa; además, es necesario que la readmisión alcance una restitución completa del *status* anterior, sin ningún tipo de alteraciones unilateralmente establecidas por la empresa en relación al contrato que unía a las partes»⁹⁰.

Así, sin ánimo de ser rigurosos, la reposición debe respetar, cuando menos, todas las situaciones, obligaciones y derechos subjetivos pertenecientes al trabajador antes de la terminación contractual ilegítima. No habrá reposición si no se conservan situaciones nacidas del contrato como la categoría, la retribución o la antigüedad. Igualmente, ésta quedaría obstaculizada si no se facilita al repuesto una zona de trabajo ni se le suministran los medios necesarios para realizarlo. Más aún, se ha dicho, la reincorporación del trabajador debe suponer el ejercicio de las mismas ta-

89 No debemos olvidar, que la reposición lejos de tener una relevancia meramente procesal, tiene, ante todo, un papel de naturaleza instrumental en la consecución de la vigencia efectiva de la constitucionalidad. Por cuanto, su fundamentación constitucional debe hacerse sobre la base de la tutela constitucional del «derecho a la reposición», como parte de los derechos que pretende reparar.

90 Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El Cumplimiento Específico de la Readmisión obligatoria». Madrid. Editorial CIVITAS S.A., 1995, p. 56.

reas o al menos tareas complementarias comprendidas en su grupo profesional⁹¹.

Lo cierto es, que la reposición junto a la producción de efectos materiales sobre la relación laboral, también origina efectos de carácter obligacional. Aquélla, de un lado, puede significar la reanudación del contrato de trabajo ilícitamente roto; mientras, de otro, podría traducirse en un acto desprovisto de efectos negociales, dado que nunca hubo ruptura de la relación. En realidad, este problema, referido a los efectos de la reposición sobre el vínculo obligacional laboral, está íntimamente relacionado con el tema de los efectos jurídico-extintivos del despido, ya que sólo si se considera que aquél entraña la terminación del contrato podremos hablar de una real reanudación de la relación de trabajo.

De ahí que, la cuestión consista en evaluar si un despido atentatorio contra derechos constitucionales genera, aparte de los efectos materiales o fácticos que le son inherentes, efectos jurídicos extintivos hasta la eventual

91 Sobre el tema de la Reposición «en la mismas condiciones», Vid. un estudio exhaustivo en GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El Cumplimiento de la Readmisión Obligatoria». Madrid. Editorial CIVITAS S.A., 1995, pp. 56- 64. Sin embargo, hay cierta posición doctrinal que admite la posibilidad incluso de alteraciones en las condiciones de trabajo, siempre que no sean sustanciales e individualizadas, sino consecuencia del ejercicio lícito de poderes organizativos del empleador, legítimamente utilizados. Como es evidente, estas situaciones excepcionales deben responder a razones objetivas, debidamente acreditadas por la empresa. (Vid. FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Ejecución provisional y definitiva en los procesos de despido». En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo conducción de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995. pp. 162- 163.).

impugnación judicial. Sin embargo, conceder estos efectos a la discrecionalidad del empleador, equivaldría, como ya se ha reiterado, a relativizar el carácter trascendental de la constitucionalidad en tanto norma principal del ordenamiento jurídico. Por ello, acorde con una tendencia garantista absoluta de los derechos constitucionales, se viene predicando la inexistencia de efectos para los despidos que los vulneren. Así, para estos supuestos, la doctrina ha proclamado, con mucha razón, por cierto, la declaración de nulidad absoluta, cuya consecuencia conlleva «la desaparición del acto lesivo del tráfico jurídico, eliminando todos sus efectos»⁹². Es decir, la decisión unilateral del empresario deja de tener *ex tunc*, esto es, desde el momento mismo en que se produjo, el efecto extintivo⁹³, y el contrato continúa vigente, no sólo por no operar sobre él ninguna causa lícita de extinción, sino porque aquélla, además, contra- viene la constitucionalidad. En suma, el despido reputado nulo, no nace, no existe y ni siquiera produce jurídicamente efecto alguno, por lo que al no provocar la extinción, dice GORELLI, «la readmisión no produce efectos de carácter negocial, dado que no hay ruptura de la relación obligacional»⁹⁴.

92 Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. «Derecho del Trabajo...» Op. cit. p. 485.

93 No obstante, esta situación requiere una importante salvedad, cual es que «...la ineficacia del despido, siendo intrínseca (por vulnerar derechos fundamentales), para que produzca la carencia de efectos del acto necesita de una previa impugnación judicial del mismo...». (Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo...» Op. cit. p. 311.).

94 Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. p. 68.

Con todo, queda claro, que la declaración de nulidad del despido, esto es, la falta de efectos de ese acto empresarial, por contravenir preceptos de naturaleza constitucional, determina para el empresario la obligación ineludible de reponer al trabajador así despedido. No pudiendo incumplirse esta obligación pretextando el abono de una indemnización, salvo que el trabajador así lo requiera⁹⁵, cuya existencia sustituya la necesaria *restitutio in integrum* que la calificación de nulidad comparte.

De forma que, en conexión con las ideas que se acaban de exponer, y a modo de ecuación lógica, resultaría virtualmente aplicable a todo despido atentatorio de derechos constitucionales, la declaración de nulidad y, por consiguiente, la reposición efectiva del trabajador en su puesto de labores. Sin embargo, conviene ahora aclarar que, en no pocos ordenamientos jurídicos, tal ecuación incorpora elementos desequilibradores, pues aún cuando exista una transgresión de derechos fundamentales, suelen implementarse mecanismos reparatorios distintos a los ofrecidos por la tutela restitutoria. En todo caso, consideramos, aunque al margen de nuestra opinión sobre el tema, que aquellas excepciones, a la protección traducible en la «reposición de las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental», debieran establecerse expresamente en el texto constitucional, sea de manera originaria, cuando así

95 De manera excepcional, se puede admitir que el trabajador afectado, vía opción legal, sustituya la reposición por la indemnización, a efectos de preservar su dignidad. Pues, para DE LA CUEVA, la finalidad esencial del ejercicio de esta opción consiste «...en salvaguardar la dignidad del trabajador al que repugne regresar a una empresa en la que fue injuriado o vejado». (Cfr. DE LA CUEVA, Mario. «El nuevo derecho mexicano del trabajo...» Op. cit. p. 262.).

lo establezca el constituyente, o sea de manera derivada, cuando el constituyente delegue en el legislador facultades para que éste decida los grados de protección del derecho fundamental.

Obviamente, no nos referiremos a todos estos casos, pero parece relevante comentar el significado actual de la tendencia legislativa de cuño resarcitorio, en cuanto a la tutela brindada frente a despidos contrarios al derecho al trabajo, entendido en su faceta de estabilidad en el empleo. Según estos esquemas reparadores, a la inexistencia de causa justa que sustente la voluntad unilateral extintiva del patrón, no le sigue, como consecuencia lógica, el ingreso del trabajador a su puesto de labores, más aún, supone la convalidación de los efectos del despido a cambio de un equivalente de orden económico. En otras palabras, si el derecho al trabajo se construye sobre la base del principio de causalidad del despido, dejaría de tener toda efectividad al consentirse que una extinción sin justa causa se solvete con una indemnización ya que implicaría entender la causalidad de manera diferente, esto es, como una necesidad de causa para que el autor de la ruptura del contrato resulte indemne. Así, el empresario requiere una causa justa no para despedir, sino para no tener que indemnizar al trabajador⁹⁶.

Y aunque se entienda, que la exigencia constitucional que se comenta afecta tan sólo a la necesidad de que la decisión extintiva se fundamente en causa lícita, pero no a los efectos de tal extinción, es más que evidente que la re-

96 Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El Cumplimiento Especifico de la readmisión obligatoria». Madrid, Editorial CIVITAS S.A., 1995, p. 38.

lación entre el despido causal y la reposición funciona como dos caras de una misma moneda⁹⁷. No obstante ello, cabe apuntar que la efectividad del contenido del derecho al trabajo, a juicio de algunos autores, puede verse limitada en razón de situaciones de crisis o, en todo caso, por la por el eventual conflicto con el ejercicio de la libertad de empresa⁹⁸. De esta manera, la instauración de un régimen de reposición, desde esta postura, significaría un posible obstáculo a una cierta política de empleo que pretenda una mejor distribución de los puestos de trabajo, que asegure, en términos aceptables, la oportunidad de ocupación a la población desempleada.

Igualmente, se ha dicho, que la reposición constituye un mecanismo reparador excesivo, puesto que anula y desconoce, de modo radical, el derecho a la libertad de empresa, cuyo contenido implica el ejercicio de facultades sancionadoras y organizadoras dentro de la misma.

Por último, de admitirse la tutela resarcitoria como elemento compensador del despido incausado en un determinado sistema normativo, aquélla deberá moverse, de con-

97 En este sentido, se ha expresado GORELLI HERNANDEZ que entiende que «La readmisión es uno más de los instrumentos de los que puede disponer el legislador para limitar las facultades extintivas empresariales, probablemente el de mayor efectividad. Queda al amparo del legislador la posibilidad de usar o no dicho mecanismo para defensa del ejercicio del derecho al trabajo en su faceta de una mayor estabilidad en el empleo». (Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El Cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. pp. 39- 40.).

98 Sobre estas, y otras, restricciones que cuestionan la reposición como mecanismo reparador eficaz del derecho al trabajo, Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El Cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. pp. 50- 55.

formidad con lo opinado en el punto precedente, en un plano que castigue la arbitrariedad empresarial, siempre y cuando esta última no produzca daños de relevancia constitucional. De lo contrario, estaríamos en un sistema que promueve la inconstitucionalidad, a cambio del pago de un equivalente dinerario⁹⁹. En suma, aun en estos esquemas legislativos, donde se permite reservar al empresario un alto grado de discrecionalidad en sus decisiones extintivas, el límite irrenunciable e imperativo a las mismas, resulta del respeto de los derechos constitucionales del trabajador.

3. La Carga de la Prueba Atenuada en los Despidos Lesivos

Junto a la manifiesta lesión de un derecho constitucional, así como a la lógica restitutoria que se predica en tanto elemento reparador, otro rasgo característico de tal protección específica se concreta en la incidencia de la carga probatoria del motivo alegado sobre el trabajador. De hecho, dado que es el trabajador demandante quien enuncia el hecho lesivo y al que conviene, en su interés, aportar los datos normalmente constitutivos del supuesto de hecho que fundamenta el derecho postulado, la doctrina procesal ha

99 Estas situaciones, incluso, han sido objeto de crítica por parte del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T., cuando ha señalado que «en ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio número 98». (Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. «La Libertad Sindical...» Op. cit. párrafo 707.).

convenido en entender que es él, no el demandado, el encargado de probar los efectos inconstitucionales del despido sufrido¹⁰⁰. Sin embargo, tras la aparente neutralidad de esta noción procesal, la misma va a constituir una novedad respecto de la regla general que opera en los procesos de impugnación del despido, en la medida que rompe con la tradicional posición activa y acusatoria del empleador demandado, en las distintas fases del juicio. En efecto, es harto conocido que en los casos de reclamaciones contra despidos incausados o informales (por lo demás, atentatorios del principio de estabilidad en el empleo), desprovistos de relevancia constitucional, una vez presentada la demanda por el trabajador, el primer turno de intervención corresponde al empleador, cuyo papel se circunscribe a probar sus alegaciones contenidas en la carta de despido¹⁰¹. Dicho en otras palabras, iniciado el proceso ordinario de

100 En este sentido, se ha señalado que «...la prueba de la discriminación o violación del derecho fundamental –puesto que la carta de despido, si existe, disimulará o falseará la causa– incumbe a quien la alega...» (Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. «Derecho del Trabajo...». Op. cit. p. 419.); por otra parte, analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español el laboralista MONEREO PEREZ ha entendido que «...el trabajador no queda liberado de realizar toda actividad probatoria...» (Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis. «La Carga de la Prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales». Valencia, Tirant lo Blanch. 1996. p. 10.); además, Vid. la misma opinión en BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALON, Jesús; FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Instituciones del Derecho Procesal Laboral». Madrid. Ed. TROTTA. Segunda Edición. 1995. pp. 170 y ss.; Vid. PASCO COSMOPOLIS, Mario. «La Estabilidad Laboral en la Ley de Fomento al Empleo...» Op. cit. p. 34.; Vid. FERRO DELGADO, Victor. «El Despido Arbitrario y el Despido Nulo». En: *THEMIS*, revista de derecho. Lima, N° 34, 1996, p. 55.

101 Este peculiar orden de exposición de las partes a lo largo del debate pro-

impugnación del acto extintivo, el empresario asume un rol análogo al de «acusador» y el trabajador otro semejante al de «acusado», pues, el carácter revisor de dicho proceso, acentúa su evaluación en la decisión empresarial de despedir, esto es, en la imputación de la causa al trabajador, presumiendo siempre su inocencia¹⁰². De ahí que, siendo éste el sentido de la ordenación del debate instrumentada

cesal, que, a su vez, constituye una alteración a la conocida regla de «corresponderá al demandante exponer sus posiciones en primer lugar», en opinión de importante doctrina, no puede entenderse fundado en la simpleza de una regla de inversión de la carga de la prueba sin más, sino, por el contrario, habrá que buscar su razón de ser, de un lado, en la esencia del principio acusatorio y, de otro, en el respeto del derecho de presunción de inocencia del trabajador. En consecuencia, se ha venido diciendo, con insistencia, que el alcance de tal alteración es bastante profunda, como para ser asimilada a una simple pauta de ordenación del debate, puesto que «resultaría contrario al derecho de presunción de inocencia hacer recaer sobre el trabajador la carga de acreditar su no culpabilidad, ya que ésta es la verdad interina de la que parte el proceso, y cuya negación debe soportar exclusivamente el empresario-acusador». (Vid., por todos, sobre esta problemática, PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y Derechos Fundamentales...» Op. cit. 341 y ss.).

- 102 Así, «...El proceso de despido se configura como un proceso de revisión judicial cuyo objeto es el análisis de la sanción impuesta al trabajador y su ajuste a la previa conducta de este y a su gravedad. Aunque formalmente con el proceso se trate de calificar el acto empresarial de despido (la corrección de la actuación empresarial), lo cierto es que la conducta del trabajador se sitúa en primer plano para verificar en el proceso su culpabilidad o inocencia respecto de la falta imputada por el empresario. Esta valoración sancionadora del despido va a marcar, pues, todo el proceso, desde la propia posición de las partes, de tal forma que al empresario le va a corresponder una función acusadora, en tanto que el trabajador (demandante) va a asumir su defensa, ya que en realidad lo que se juzga es su actuación...». (Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo...» Op. cit. p. 301.).

en los procesos ordinarios de impugnación, la actuación probatoria, en primer término, del trabajador afectado ha de convertirse en elemento fundamental y tipificante de la protección específica frente a los despidos lesivos de derechos constitucionales.

Pero, a esta constatación doctrinal, que imputa la carga de la prueba del hecho alegado al sujeto procesal que lo afirma, se suma otra, de gran trascendencia, cual es, la manifiesta dificultad probatoria del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales en los casos de actuaciones empresariales «subyacentes» o «encubiertas». Diversas posturas han intentado explicar el fenómeno. Tal ha sido, por ejemplo, la intención de VALDES DAL-RE cuando ha signado como causa de aquella dificultad al «poliformismo de la conducta discriminatoria»¹⁰³, cuyo único elemento común es el resultado desventajoso para el sujeto que lo sufre. También, ha dicho el profesor español MONEREO PEREZ, en esta línea, que siendo la discriminación, principalmente, una calificación de conductas, su prueba se torna en imposible dado que «las calificaciones jurídicas no se prueban sino que se deducen de los hechos a probar»¹⁰⁴. Sin embargo, queda claro, de cualquier modo la dificultad de demostración se ha de convertir en elemento modulador de la estructura probatoria en los casos donde se alegue violación de derechos constitucionales. Y es, en esta medida,

103 Cfr. VALDES DAL-RE, Fernando. «La Ley de Bases de Procedimiento laboral (Aspectos más sobresalientes de una Reforma Procesal Anunciada)». En: VALDES DAL-RE y CRUZ VILLALON. *Lecturas sobre la Reforma del proceso laboral*. Madrid. Ministerio de Justicia. 1991. p. 147.

104 Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis. «La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales...» Op. cit. p. 42.

que tal problemática cuestiona criterios que pretenden exigirle al actor la prueba tanto de la existencia de los hechos impositivos o extintivos como de los constitutivos. Pues, estos criterios, como ha puesto de relieve la doctrina procesalista, aparte de contrariar principios de la lógica, de la justicia distributiva y de igualdad de las partes ante la ley y el proceso, implicarían «exigirle demasiado al demandante y podría equivaler, a menudo, a negarle sin motivo alguno la protección jurídica»¹⁰⁵.

Por el contrario, la admisión de una noción moderna de carga de la prueba entiende que su atribución a una de las partes no significa que ella sea en exclusiva quien ofrezca la prueba o aporte los argumentos; de hecho a ella le interesará hacerlo más que la otra a efectos de evitar el fallo desfavorable, pero dado el principio de comunidad de la prueba, por el cual se comprende que la prueba pertenece al proceso y no a las partes, es posible que sea la otra parte o aun el juez quienes cumplan tal tarea¹⁰⁶. Es decir, según esta noción, la carga de la prueba se construye sobre la base de dos aspectos fundamentales. De un lado, funciona como **regla de juicio para el juez** facultándolo a fallar en contra de la parte gravada con la prueba, cuando después de valorar ésta no consiga obtener convicción de la ocurrencia de los hechos alegados¹⁰⁷. Mientras, de otro lado,

105 Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. «Teoría General de la prueba judicial». Buenos Aires. Editorial FIDENTER. Tomo I. Quinta edición. 1981. p. 451.

106 Vid., en nuestro medio, un concepto moderno de carga de la prueba, en PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y Presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. pp. 186- 188.

107 «Si no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del

aunque íntimamente relacionado al aspecto anterior, actúa como **regla de conducta para las partes**, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones. Pues, desde la perspectiva de este segundo aspecto, toda vez que la carga de la prueba solamente señala a quien interesa la demostración de ese hecho en el proceso o, acaso, a quien corresponde evitar que falte la prueba sobre cierto hecho, se sigue que, atendiendo al principio de igualdad de las partes procesales, es necesario, como lógico, distribuir la carga entre ambas y no imponerla a una de ellas en su totalidad¹⁰⁸. En conclusión, tanto el demandante como el demandado tienen la necesidad y la responsabilidad de aportar elementos al esclarecimiento probatorio del proceso, aunque, desde un inicio, el legislador procesal distribuye los «pesos probatorios» con magnitudes distintas.

proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultaría entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez». (Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. «Teoría General de la prueba judicial...» Op. cit. p. 450.).

108 «ROSENBERG analiza con mayor extensión este tema. Observa que muchos autores hablan, con razón, de las exigencias de la conveniencia y de la justicia conmutativa, y que si se exigiera al demandante toda la prueba, se dejaría de antemano a la demanda sin probabilidades de buen éxito, y se entregaría el derecho de aquél a la buena voluntad del demandado, quien podría burlarlo mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias, lo cual significaría 'un estado de inseguridad jurídica que

Entendamos, por ello que aun cuando el demandado normalmente no tenga interés en el proceso, éste no puede desarrollar posturas obstructivas del esclarecimiento del mismo, como son las omisiones o la simple negación de la demanda en todos sus extremos, por cuanto el juez, iniciado el procedimiento, debe exigir a ambas partes un despliegue satisfactorio en su actuación probatoria, pues aquellas «tienen la necesidad -así se los ha impuesto el legislador- de triunfar en el proceso; triunfo que sólo se obtiene siendo actores y no espectadores»¹⁰⁹.

En este sentido, a modo de resumen, resulta pertinente citar la opinión del procesalista colombiano DEVIS ECHANDIA¹¹⁰ en cuanto señala que «no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, asuma el riesgo de que falte», ya que, como se ha venido diciendo, la prueba incumbe a cualquier sujeto procesal, sea cual sea su posición jurídica, aunque, queda claro, en magnitudes o pesos distintos. Ahora bien, las tesis de distribución de la actividad probatoria de las partes han sido diversas. Algunos criterios se han basado en

equivaldría a la falta de toda protección'. Cita y comparte esta frase de WACH: 'La distribución adecuada y prudente de la carga de la prueba es una de las instituciones más necesarias, o, por lo menos, más deseables'...». (Cfr. *Ibidem* p. 452.).

109 Cfr. PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y presunciones en el proceso laboral...» *Op. cit.* p. 253.

110 Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. «Teoría General de la Prueba Judicial...» *Op. cit.* p. 484.; asimismo, comparten esta noción otros autores como ROSENBERG, PEYRANO, MICHELI, etc.

la regla de que «incumbe la prueba a quien afirma, no a quien niega» o, más modernamente se ha dicho, que incumbe al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandante de los hechos impeditivos o extintivos¹¹¹. Sin embargo, el criterio de mayor aceptación doctrinal y que de algún modo rige en la mayoría de ordenamientos procesales, es el que toma en cuenta el dato a probar en relación al efecto jurídico favorable perseguido por la parte que en consecuencia queda así gravada. En otras palabras, si para que la norma jurídica se aplique al caso es necesario que se compruebe en el juicio la ocurrencia de su supuesto de hecho, entonces es evidente que quien pretende la incidencia del mandato, debe suministrar los medios o argumentos suficientes para convencer al órgano judicial, sin lo cual, corre el riesgo de perder el proceso. Así, de este criterio, ha de desprenderse el enunciado de la moderna regla de distribución de la actividad probatoria: corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal¹¹². Todo ello, reténgase, sin perjuicio de la

111 Este criterio, que se funda en la consideración aislada de los sujetos procesales, ha sido objeto de censura debido a la exageración con que se ha interpretado: que al demandante le incumbe probar absolutamente todos los hechos involucrados en el proceso o que solamente incumbe la prueba a quien afirma. (Vid. una crítica más rigurosa en PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y Presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. pp. 189 y ss.).

112 Esta concepción moderna de distribución de la prueba en el proceso, puede encontrarse en la opinión de distintos procesalistas. Por ejemplo,

opción que el legislador procesal tome, respecto a quien asume el riesgo de la falta de pruebas.

De este modo, en un proceso donde se pretende aplicar la norma que declara sin efectos jurídicos el despido producido con violación de derechos constitucionales, corresponderá al trabajador demandante probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión o como presupuesto de la aplicación de la norma que invoca (prueba de la lesión del derecho subjetivo); mientras, también es cierto, que incumbe al empleador demandado probar los hechos que alega como fundamento de su excepción, sólo en cuanto se trata de los que sirven de presupuesto a la norma cuya aplicación lo favorece (prueba del carácter justificado del acto extintivo). En efecto, corresponde la carga a quien tiene interés en deducir del hecho los efectos jurídicos que contempla la norma de la cual es presupuesto para su aplicación. Pero, aun cuando todo lo anterior sea verdad, cabe que el legislador procesal, tal como ya lo anunciamos al empezar este punto, decida atribuir el riesgo de la insuficiencia probatoria sólo al actor. Y, en este contexto, de no existir pruebas que generen convicción en el juez sobre la ocurrencia de los hechos alegados, aquél deberá fallar en contra de la parte gravada con la carga probatoria (en aplicación de la regla de juicio que ella representa), esto es, en perjuicio del trabajador. Razón por la cual, el trabajador necesita, aun cuando no sea una obligación, aportar medios de prueba que sustenten sus alegaciones, a efectos de evitar una resolución desfavorable. En suma, para que el juez no utilice la regla de juicio, deducida del hecho de soportar el *onus*

la comparten, entre otros autores, ROSENBERG, MICHELI, GUASP y DEVIS ECHANDIA. (Vid. *Ibidem* pp. 190- 191.).

probandi, «no basta alegar los hechos, pues es necesario probarlos»¹¹³.

Por su parte, la actuación probatoria del empleador siempre habrá de mantenerse activa, sólo que en algunas circunstancias su despliegue insuficiente podría generarle perjuicios. Obviamente, en el caso que el demandante no logre generar convicción, respecto a los hechos que sustentan la pretensión, en el órgano judicial, la insuficiencia probatoria del demandado no tiene mayor relevancia (la regla de juicio recae sobre el actor), salvo que el juez de oficio aporte «material probatorio»¹¹⁴. Sin embargo, si con los medios de prueba aportados por el trabajador demandante, el juez obtiene la certeza necesaria sobre la ocurrencia de los hechos alegados, entonces la regla de juicio de la carga probatoria opera ahora en contra del empleador. En este segundo caso, el empleador asume

113 Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. «Teoría General de la prueba judicial...» Op. cit. p. 489.

114 No obstante, ello puede ocurrir con mayor frecuencia en sistemas procesales de naturaleza inquisitiva, donde se le otorgan al juez facultades especiales para la aportación de material probatorio al proceso. Pues, por el contrario, en sistemas de naturaleza dispositiva, son únicamente las partes quienes tienen la posibilidad de proponer medios probatorios y, por ende, los temas a debatir en el juicio.

Pero, junto a esta dicotomía sistemática, hay que recalcar que la tendencia procesal moderna apunta a estructurar procesos mixtos. Se ha dicho, que los procesos totalmente dispositivos ya no existen, pues aquéllos se «atenúan» con ciertos rasgos tipificantes del principio inquisitivo. Poco a poco, la introducción de «diligencias para mejor proveer» han logrado progresivamente acercar al juez a la verdad material, aunque desde una perspectiva bastante restringida por no exceder el marco fáctico propuesto por las partes.

el *onus probandi*, es decir, soporta el eventual riesgo de su insuficiencia probatoria¹¹⁵.

Se hace necesario, por tanto, que quien alega la lesión de un derecho constitucional introduzca los medios de prueba necesarios para generar certeza en el juzgador de la ilicitud y anticonstitucionalidad de la actuación empresarial, puesto que, de no hacerlo, podría recibir un pronunciamiento desfavorable. La medida de prueba en tanto parámetro que autoriza tomar como cierto un hecho, nótese, no es ni puede ser la real ocurrencia o la verdad material del hecho alegado, sino es la certeza o convicción que se procura el juez tras la valoración de las pruebas¹¹⁶. Es cierto, que aquella certeza puede obtenerse en intensidad variable, dependiendo, sobre todo, de las exigencias del ordenamiento y de la particularidad del conflicto. Pero, también es verdad que, la exigencia de certeza no puede convertirse en un instrumento atentatorio de la tutela judicial efectiva al impedir el funcionamiento normal del sistema jurisdiccional. En definitiva, los grados de certeza se

115 Por eso, PAREDES PALACIOS (Vid. «Prueba y presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. p. 191.) ha calificado la posición de «actor» en el proceso moderno como «dinámica y cambiante», y, precisamente, en sustento de esta afirmación cita de forma literal a TAMANTINI, cuando señala que «si bien la demanda y su contestación constituyen el principal factor para la determinación del *onus probandi*, en el proceso ocurre un verdadero diálogo probatorio, de manera tal que como resultado de las pruebas que se van reuniendo, las partes modifican su situación procesal y el riesgo de la ausencia de la prueba va pasando alternativamente de una a la otra. Esto revela el carácter dinámico de la noción».

116 Sobre la certeza como medida de prueba, Vid. PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. pp. 293 y ss.

sujetan a un análisis combinado de ambos elementos para cada caso concreto, debiendo ser, lógicamente, más intensos cuando la dinámica probatoria no revista mucha dificultad y más blandos cuando aquella sea compleja hasta poner, incluso, en entredicho la propia tutela jurisdiccional.

En esta medida, atendiendo conjuntamente a la dificultad probatoria que acusan las conductas lesivas de derechos subjetivos del trabajador, a la trascendencia de los mismos y al riesgo que sea vulnerada la tutela judicial efectiva, la doctrina, en tiempos recientes, ha elaborado el concepto del llamado «principio de facilitación probatoria». El cual, no es otra cosa que un principio inspirador de diversos mecanismos probatorios destinados a solucionar o aminorar el problema de la necesidad de impartir justicia, más aún cuando se constata la dificultad de probanza en que se encuentra virtualmente el trabajador¹¹⁷. De ahí que,

117 «Hablamos nosotros del principio de facilitación probatoria porque reconocemos en él un conjunto de conceptos, criterios, ideas fundamentales o líneas directrices que informan a las normas de prueba, en particular, y al instituto de prueba, en general, al interior de los procesos sociales (aquéllos en los que se presenta con marcada intensidad cierta protección a la parte débil de la relación procesal), participando además en la interpretación de aquéllas y configurando la posición axiomática del juzgador.

Este principio, compensador de las dificultades probatorias que afronta la parte débil, dibuja un mecanismo que no se contenta con acoger por favor o gracia la pretensión deducida por la parte que protege. Si se protege a la parte débil (compensando su insuficiencia) no es por congraciarse con ella, sino, porque no sería posible, de otro modo, impartir justicia. De ahí que el contenido de este principio sea, en alguna de sus modalidades o expresiones, flexible. No olvidemos que la justicia es del caso concreto y no del caso en abstracto.». (Cfr. *Ibidem* p. 329.).

en algunos ordenamientos jurídicos ya se hable de una suerte de «atenuación» o «reducción» de las cargas probatorias de las partes intervinientes en los procesos donde se alega la lesión de derechos constitucionales. En efecto, en sistemas procesales contruidos sobre la base de mecanismos facilitadores de la actividad probatoria de las partes, no se exige al trabajador demandante probar íntegramente la lesión alegada, pues bien puede bastar con acreditar la existencia de indicios de los que se deduzca suficientemente que efectivamente se puede haber producido una violación de derechos fundamentales, y a partir de los cuales se pueda presumir que el hecho imputado ha ocurrido, salvo que el empresario desvirtúe tal presunción mediante la acreditación, no ya de la certeza de los hechos alegados en la carta de despido, sino de que la decisión extintiva por él adoptada tiene una justificación objetiva y razonable, ajena a todo propósito discriminatorio o atentador a un derecho fundamental¹¹⁸. Así, sobre todo en procesos de cuño dispositivo, el trabajador debe realizar, por tanto, una actividad probatoria, aunque no plena y absoluta del carácter lesivo del despido, que busque por lo menos acreditar la existencia de un clima, panorama o unos indicios suficientemente fuertes como para deducir o, mejor dicho, presumir, la posi-

118 Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. p. 212.; asimismo, MONEREO PEREZ haciendo un comentario sobre la estructura probatoria española en esta materia ha señalado que «...lo que consagra en los artículos 96 y 179 LPL es un mecanismo flexible de facilitación de la carga de la prueba. estos preceptos determinan que el trabajador debe acreditar indicios que permitan establecer una presunción que deberá ser destruida por el empleador demostrando que el despido obedeció a un motivo serio y razonable ajeno a toda intención discriminatoria...». (Cfr. «La Carga de la prueba en los despidos lesivos...» Op. cit. p. 54.).

bilidad de que la actuación del empresario sea inconstitucional. En consecuencia, tal como lo afirma GORELLI¹¹⁹, «si no se consigue introducir y probar estos indicios no surgirá la presunción, ni se producirá la traslación de la carga de la prueba», es decir, el demandado no soportará el riesgo de la insuficiencia probatoria.

Con todo, parece oportuno insistir que no se trata de una inversión de la carga de la prueba¹²⁰, sino de una corrección o, si se quiere, de una modulación, de la regla general de distribución de la misma en el proceso moderno. No es suficiente la mera alegación del hecho violatorio de derechos constitucionales, es además necesario que el trabajador afectado despliegue una actividad probatoria, por

119 Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los supuestos de readmisión en el despido...» Op. cit. p. 102.

120 Conviene aclarar, en este punto, que la técnica de inversión del onus probandi, en cuanto mecanismo de facilitación de la defensa del derecho cuando a ello se oponen dificultades, ha sido un tema bastante controvertido. De un lado, un sector doctrinal no deja de apuntar que una serie de consideraciones de buena fe y equidad procesal, determinan en no pocas ocasiones que la carga de la prueba no se distribuya conforme a las reglas admitidas, sino que se imponga a la parte que conforme a éstas no le incumbiría (Vid. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «Despidos discriminatorios y libertad sindical». Madrid. Cuadernos Civitas, 1983. p. 79.). Mientras, por el contrario, otro sector doctrinario ha atribuido a esta regla de inversión consecuencias prácticas negativas, en la medida que la adopción de aquella en procesos donde se impugne el despido, abriría el camino para que todo trabajador despedido, fuese por la causa que fuese, alegase la violación del derecho fundamental con lo que obligatoriamente caería sobre el demandado la carga probatoria. Por eso, se añade, es tan irrazonable «sobrecargar» toda la prueba en cabeza al empleador, como hacerlo con el trabajador (Vid., sobre esta postura, GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los Supuestos de readmisión...» Op. cit. p. 100.).

mínima que sea, tendiente a procurar en el juez certeza de que el comportamiento extintivo del empresario fue contrario a los derechos constitucionales. No existe en este caso una verdadera exención de prueba, sino una mera «facilitación» o «aligeramiento» de la misma ante una situación comprometida que podría conducir fácilmente a una denegación de justicia. Pero, además, no puede confundirse la naturaleza de la presunción que surge del aporte de indicios, puesto que la certeza judicial respecto de la ocurrencia de la conducta lesiva al derecho fundamental no proviene de una prescripción legal, sino de la apreciación razonada que de los medios probatorios haga el juez según las reglas de experiencia libremente elegidas por él. El juez para trasladar el riesgo de la insuficiencia probatoria, basa su convicción respecto a la ocurrencia de un determinado hecho en el razonamiento, esto es, en la mecánica propia de la prueba de presunciones hominis¹²¹, y no en cualquier disposición normativa dispensadora de la actividad de probanza (presunción legal). En suma: en estos casos no se produce, en términos estrictos, una real inversión de la carga de la prueba.

Resulta así que aunque la alegación del atentado a los

121 La presunción hominis, judicial o también llamada «presunción simple» es «...el resultado, la consecuencia o conclusión a que llega el juez para afirmar la existencia, ocurrencia o verdad del hecho a probar no representado directamente por los medios probatorios, producto de la inferencia indiciaria (traducida en una simple deducción) que conecta una regla de experiencia, puesta por el juez libremente, con el indicio (hecho indicador o hecho conocido).» (Cfr. PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. p. 236.); Vid., además, MONEREO PEREZ, José Luis. «La carga de la prueba en los despidos lesivos...» Op. cit. pp. 48 y 49 y toda la bibliografía allí utilizada.

derechos constitucionales convierte al trabajador en el sujeto sobre el cual recae el *onus probandi* o carga de la prueba de dicho hecho, la inserción de la constitucionalidad en el debate procesal, a menudo caracterizado por su particular dificultad probatoria, modula el instituto de la prueba en dos sentidos: uno estático y otro dinámico. El estático, partiendo de la noción moderna de carga de la prueba, niega que el trabajador demandante, aun cuando asuma dicha carga, sea el único encargado de aportar los medios probatorios ya que ello no exime al empleador de hacerlo. Por contra, el carácter distributivo de la carga probatoria grava con la exigencia de prueba a todos los sujetos procesales, sólo que ante la insuficiencia de aquélla para generar convicción en el juez sobre el hecho denunciado opera la regla de juicio en contra del trabajador que debió probar y no lo hizo. Asimismo, como se dijo, la presencia de los derechos fundamentales matizan la actividad probatoria desde un punto de vista dinámico, en tanto se exige al juez un comportamiento flexible a la hora de procurarse la certeza a través de los medios de prueba aportados al proceso, que, a su vez, involucre la recurrencia a mecanismos de facilitación probatoria o de prueba indirecta por resultar virtualmente imposible hacerlo desde una perspectiva directa. Sin embargo, conviene tener presente la profunda interrelación entre ambos elementos, puesto que la falta de uno de ellos bien puede no sólo acarrear un lógico desequilibrio de fuerzas entre las partes procesales o cuestionar la imperatividad de la tutela judicial efectiva, sino, incluso, podría convertir en inservible e inútil el esquema de protección laboral de los derechos constitucionales frente al despido que ahora estudiamos.

CAPITULO III

Aspectos Sustantivos del Despido Nulo en el Perú

De cuanto acaba de exponerse queda confirmada, en definitiva, la configuración compleja de todo sistema de protección laboral para la tutela de los derechos constitucionales frente al acto de despido. La configuración jurídica del llamado despido nulo, como se le ha denominado en nuestro país aludiendo a sus efectos, se construye en el sistema jurídico-positivo alrededor de normas sustantivas y procesales, cuya interacción incide en los supuestos motivadores del despido, en su eficacia reparadora y en la dinámica misma de los procesos de impugnación.

Por ello, atendiendo al grado de intensidad de la interdependencia existente entre las dimensiones sustantivas y procesales del despido nulo, cosa poco aparente en otras figuras, se centra preferentemente la atención de éste y el siguiente capítulo en el análisis de las mismas desde la óptica de la normativa nacional.

Sección Primera

Los Motivos prohibidos

Como se ha manifestado¹, la legislación peruana con la finalidad de garantizar la vigencia de ciertos derechos constitucionales, construyó la figura del despido nulo sobre el substrato base de privar de todo efecto jurídico al acto extintivo empresarial basado en motivos antisindicales, discriminatorios o que traducen la represalia patronal como consecuencia del ejercicio legítimo del trabajador de su derecho de tutela judicial efectiva (artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral –LPCL–²). Existe, entonces, una voluntad del legislador de establecer en el ámbito procesal laboral una solución que dé respuesta, al menos en el sistema de impugnación del despido, a la previsión contemplada, con carácter genérico, en el artículo 23 de la Constitución, cuya literalidad proscribía la existencia de relaciones laborales que limiten el ejercicio de los derechos constitucionales, o que pretendan desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

1 Vid. supra. Capítulo I.

2 Dado que la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 855, dispone la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos, esto es, en la Ley de Formación y Promoción Laboral (LFPL) y en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), y en la medida que tal reordenamiento ha sido ejecutado vía los Decretos Supremos 002–97–TR y 003–97–TR, estimamos apropiado, en adelante, sustituir nominalmente la llamada «Ley de Fomento del Empleo» por las mencionadas denominaciones que en la actualidad asume. Lo cual, como es obvio, no implica modificación alguna en el contenido de la LFE, salvo en lo referido a la numeración de su articulado. Así, el artículo 29 LPCL mantiene el mismo texto del artículo 62 de la LFE mencionado en el primer capítulo

Desde esta perspectiva, la implementación de la figura del despido nulo, resulta no ser más que la apertura de un cauce procesal específico para la tutela de determinados derechos contenidos en el texto constitucional. En realidad, como se ha venido advirtiendo, no estamos frente a un tipo específico de despido en cuanto a su realización fáctica, sino en cuanto a su resultado lesivo. Pues, lo que caracteriza, en definitiva, la noción jurídica del despido nulo peruano no es la decisión extintiva unilateral del empleador sin más, sino, por el contrario, el efecto o resultado lesivo que ella provoca. Por ello, cuando el despido se ha producido con violación de un derecho fundamental, será la eliminación de este resultado —y no el medio obtenido para alcanzarlo— lo que constituye el objeto del proceso de su impugnación³.

En consecuencia, si la nulidad de la extinción es la única respuesta posible ante la violación de un derecho fundamental, el despido nulo ha de convertirse en un efecto directamente deducible de la Constitución, por lo que se entenderá desligado de toda voluntad o discrecionalidad del legislador ordinario⁴. Así, la definición que el artículo 29 de la LPCL efectúa sobre el despido nulo, constituye una deci-

3 Cfr. cita de FERNANDEZ LOPEZ en MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 317.

4 En esta línea, recalcando el fundamento constitucional, como la dimensión publicista, del despido nulo español, GORELLI HERNANDEZ (Vid. «Los Supuestos de Readmisión en el despido». Madrid, Editorial TECNOS S.A., 1996. p. 82.) afirma que «...la nulidad por discriminación o por violación de un derecho fundamental no es una opción para el legislador, sino que es un efecto directamente deducible de la Constitución...».

sión legislativa obligada por el texto constitucional, cuya materialización, a nuestro juicio, debe respetar, de un lado, el contenido de los derechos a proteger, así como, de otro, debe impedir cualquier supuesto que genere indefensión de los mismos.

Precisamente, a efectos de clarificar la primera cuestión, referida al contenido, o al sentido, de los derechos constitucionales a que hace mención el artículo 29 de la LPCL, hemos de hacerlo desde el análisis directo del articulado constitucional pertinente e, incluso, desde la normativa internacional, toda vez que «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CP)⁵.

Sin embargo, como es obvio, la imperatividad de la constitucionalidad no se agota en el sólo respeto de los derechos reconocidos por la literalidad del artículo 29 de la LPCL, más aun cuando su carácter de «lista cerrada», puede suponer la eventual desprotección procesal de los restantes derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En efecto, la norma reglamentaria al requerir

5 Al respecto, la doctrina nacional ha entendido que «...para establecer el sentido de un precepto constitucional que reconoce un derecho también regulado por un tratado, es indispensable acudir a éste. Surge así una vinculación intensa entre la Constitución y el Tratado, que forma un bloque entre ellos para fines hermenéuticos. Esta situación equivale desde nuestro punto de vista a una constitucionalización de dichos tratados...». (Cfr. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo...* Op. cit. p. 71.).

que cuando menos uno de los motivos prohibidos de despido a que se refiere la Ley, sea expresamente invocado y acreditado por el perjudicado como razón del mismo (artículo 52 del D.S. 001-96-TR, reglamento de la ahora LPCL), ha venido a confirmar que la enumeración de dichos motivos es taxativa, por lo que se traduce en un listado *numerus clausus*. Ahora bien, esta opción legislativa que, en principio, reduce el ámbito de tutela sustantiva del despido nulo a unos cuantos derechos, no debe interpretarse en el sentido de negar al trabajador la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional aunque el atentado se produzca respecto de otros derechos constitucionales. No hacerlo, implicaría desconocer la prescripción contenida en el artículo 23 de la CP, y, concurrentemente, el riesgo de vulnerar al trabajador su derecho a la tutela judicial efectiva (inciso 3 del artículo 138 de la CP).

1. Los Motivos Prohibidos en la Legislación Peruana

1.1 La Discriminación

1.1.1 Concepto

Como es sabido, la Constitución peruana en su artículo 2 inciso 2, que sigue aquí en parte la tradición tanto española como italiana, consagra, no sólo en un mismo inciso, sino en un mismo párrafo, en primer lugar, el derecho de toda persona a la «igualdad ante la ley», así como, en segundo lugar, la «prohibición de discriminación» por motivos específicos, cuya presencia resulta particularmente negativa para la vida social. En este sentido, dado que la redacción del inciso d) del artículo 29 de la LPCL se refiere tan sólo a la discriminación en tanto motivo prohibido de despi-

do, se hace necesario, por ahora, delimitar el cauce del mandato contenido en la norma constitucional.

Era de suponer, que la integración en un sólo inciso de ambos principios, el de igualdad ante la ley y el de no discriminación, trajera consigo el riesgo de una lectura unitaria en la cual cabía delimitar el juego del principio de igualdad a las causales específicas o, por el contrario, aquellas perdían toda relevancia al admitir el carácter irrestricto del principio general. Así, desde esta postura, el principio de no discriminación pasa a configurarse, en el ámbito de la garantía constitucional de la igualdad, sólo como el perfil negativo de la misma⁶. Razón por la cual, cualquier atentado perpetrado al principio de igualdad, cuya propia esencia rechaza toda desigualdad introducida entre sujetos iguales y carente de una justificación objetiva y razonable⁷, será considerado discriminatorio. En otras palabras, en tal esquema, el listado de las causales específicas de no discriminación bien podría asumir un papel ejemplificativo de los atentados a la igualdad o, quien sabe,

6 Cfr. SAEZ LARA, Carmen. «Mujeres y mercado de trabajo». Madrid, Consejo Económico y Social, 1994. p. 34.

7 «El principio de igualdad supone que ante situaciones iguales existe la prohibición de diferenciar, siempre y cuando la distinción de trato obedezca a motivos sin justificación objetiva, permitiéndose el trato diferenciado cuando éste se base en causas razonables. Podemos afirmar, por tanto, que el principio de igualdad 'no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto'; la alusión a la razonabilidad de los factores de diferenciación aleja a la igualdad del simple igualitarismo desconocedor de todo elemento distintivo». (Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los Supuestos de readmisión en el despido...» Op. cit. p. 88.); además, sobre el particular, Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Igualdad y discriminación». Madrid. Tecnos, 1986. pp. 51 y ss.

de acuerdo al sentido interpretativo del ordenamiento, podría convertirse en una especie de mecanismo dirigido a facilitar o, incluso, a derogar la tarea de valoración de la razonabilidad de diferenciaciones, cuando aquéllas se basan en ciertos motivos⁸.

Sin embargo, una lectura unitaria del precepto citado, aparte de generar en la noción de discriminación por razones específicas una pérdida de todo su contenido autónomo, tras ser absorbida y confundida con el principio de igualdad, implica aceptar que el carácter público de la «igualdad ante la ley», y, por ende, del mandato constitucional de no discriminación, vincula sólo al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales, sean éstas legislativas, administrativas o judiciales⁹. Obstaculizándose, por lo demás, el proceso de horizontalización de los derechos constitucionales, en cuanto se imposibilita la actuación inter privados de la prohibición específica de discrimina-

8 Obsérvese que, parafraseando a RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, en ambos planteamientos la discriminación que veda el artículo constitucional no constituye algo distinto de la igualdad (general), sino que es un supuesto (o conjunto de supuestos) de vulneración pura y simple del principio de igualdad, aunque, en el segundo caso, facilitado porque el constituyente pone seriamente en duda la razonabilidad del criterio diferenciador. (Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. «Igualdad y discriminación». Madrid. TECNOS, 1986. p. 66.).

9 Según el carácter público o privado del sujeto obligado a no procurar esa disparidad en el trato, se distingue la igualdad ante la ley y la igualdad de trato, respectivamente. La primera, está recogida por nuestra Constitución en el artículo 2.2.; mientras, la segunda, ya no tiene mención por su nombre en la Constitución actual, como la tenía en la anterior. (Vid. NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al derecho del trabajo...» Op. cit. pp. 114 y 115.).

ción¹⁰. Ahora bien, concurrentemente a esta problemática, la presencia de una interpretación unitaria del artículo 2.2. de la CP, revela, a juicio de destacada doctrina, importantes inconvenientes, entre los cuales podemos encontrar los siguientes:

- Presupone un concepto de discriminación por razones específicas vacío de contenido autónomo, que no ha contemplado los aspectos prenormativos y sociales de las conductas discriminatorias, pues la razón de ser de las circunstancias mencionadas son los fenómenos históricos de segregación y marginación de ciertos grupos o colectivos¹¹.
- Promueve un concepto de igualdad que, aunque vincula sólo a los poderes públicos, se detiene en la proscripción de actos generadores de desigualdades arbitrarias o irrazonables, sin avanzar a la tutela de la igualdad de oportunidades; lo cual supone que, en opinión de RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, «no se ha captado el sentido emancipatorio y, por ello, crítico y corrector que tiene la tutela antidiscriminatoria»¹².
- Cada una de las causas prohibidas de discriminación carece del alcance tendencialmente igualatorio, que debiera conectarse con la extirpación y con la eliminación de sus consecuencias sobre un determinado colectivo de sujetos. «Más bien aparece con un carácter bilateral,

10 Al respecto, Vid. supra, capítulo II, sección primera, punto 1.2.

11 Vid. SAEZ LARA, Carmen. «Mujeres y mercado de trabajo...» Op. cit. p. 37.

12 Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Igualdad y Discriminación...» Op. cit. p. 70.

neutral, que priva de justificación a las diferencias de tratamiento por estas causas, sea cual sea el sujeto que experimente las consecuencias de la diferenciación, o las razones de la misma»¹³.

Por consiguiente, a partir de la constatación de las deficiencias de esta pretendida interpretación unitaria, se ha venido a construir, en fechas más recientes, un concepto moderno de discriminación, tributario sobre todo de los instrumentos normativos provenientes del Derecho Internacional. Así, siguiendo esta pauta se ha dicho con extraordinaria lucidez que la utilización del término discriminación, término de corta data en el Derecho Constitucional, «permite reconocer que este 'añadido' no es una simple especificación del principio, sino un mandato especial que, aun cuando derivado del principio de igualdad, va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley»¹⁴. Pues, precisamente, su distinción se adhiere a la disparidad funcional de sus objetivos, mientras en el caso del principio genérico de igualdad apunta a una concepción formalista de la misma, en el caso del mandato

13 Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, María. «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional». En: *Autoridad y Democracia en la empresa*. AA.VV. (coordinada por Joaquín Aparicio y Antonio Baylos). Madrid. Ed. TROTTA, 1992, p. 112.

14 En este punto, consideramos perfectamente aplicable la opinión de los profesores españoles RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ (Cfr. «Igualdad y Discriminación...» Op. cit. pp. 65 y 66) a la norma peruana, en virtud de la innegable semejanza que ella muestra respecto del artículo 14 de la Constitución española, el mismo que reseña «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

de no discriminación la igualdad sustantiva o real constituye un elemento inserto en su propia noción. Es decir, en la actualidad, el término discriminación, siguiendo de cerca la evolución del mismo en el Derecho Internacional, posee un significado peyorativo o negativo, cuyo punto de inflexión se identifica con toda práctica o tratamiento en relación con una persona por razón de su pertenencia a un grupo y no sobre la base de su aptitud o capacidad individual¹⁵.

De ahí que, a efectos de clarificar la mencionada concepción autónoma de la prohibición específica de discriminar, se haya de recurrir forzosamente a los Pactos Internacionales reivindicativos de tal contenido. En este sentido, la definición más importante de ámbito universal, por referirse de modo especializado al tema del trabajo, viene dada por el artículo 1.1 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominado «convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)». Para dicho Convenio, el término discriminación se define como: «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de

15 Vid. SAEZ LARA, Carmen. *«Mujeres y mercado de trabajo...»* Op. cit. p. 38.; además, se ha puesto de manifiesto, que la «...positivización de la prohibición de discriminación parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados, ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese al formal reconocimiento de su condición de `iguales` a éstos». (Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «La Igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional». En: AA.VV. *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981- 1991*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1992. p. 171.).

oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación». Como es evidente, esta definición permite identificar cuando menos tres elementos esenciales en el contenido de la discriminación: (a) el tratarse de una desigualdad de tratamiento, consistente en una distinción, exclusión o preferencia¹⁶; (b) el que esa desigualdad se base precisamente en una de las causas que menciona; (c) el que tenga por efecto, no por intención, anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Incluso, en esta línea, el mismo Convenio al admitir supuestos de «legislación protectora», recalca el carácter «unilateral» de la discriminación. Pues, en su artículo 5 establece que las medidas especiales de protección y asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones de la OIT, entendiéndose por aquéllas las destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que por razones como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconoce la necesidad de protección o asistencia especial, no se consideran discriminatorias. Es decir, la prohibición de discriminar trata de favorecer a posibles y probables víctimas que, por pertenecer a un colectivo segregado, se ven a menudo impedidas de ejercer libremente sus derechos. Se bus-

16 Consideramos que este conjunto de conceptos tiene un carácter confirmatorio o repetitivo, en cuanto a las conductas que se intentan prohibir. Así, por ejemplo, BALTA VARILLAS señala «...que esta yuxtaposición de conceptos refleja más una clara intención de proscribir un único tipo de conducta —impedir que se adopten decisiones vinculadas al empleo basadas en ciertos motivos— que una selección minuciosa y técnica de las palabras para referirse a situaciones distintas». (Cfr. BALTA VARILLAS, José. «Qué es la discriminación en el empleo». En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima, año XLV, N° 1, p. 92.).

ca, en definitiva, que el mandato de no discriminación «no sea norma «neutra» o «bilateral», pese al carácter formalmente neutro del mandato de parificación. Su interpretación y aplicación no puede olvidar esa función unilateral de tutela»¹⁷.

Función unilateral que, aparte de fundarse en una noción crítica, y prejurídica, a esta situación social de injusticia, hunde sus raíces en la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya prevalencia, redundantemente, requiere que se erradiquen manifestaciones de menosprecio hacia ciertos grupos, y se subsanen los efectos por ellas provocados¹⁸. En consecuencia, la discriminación es contraria a la dignidad del hombre, más aun niega al individuo su condición de persona humana¹⁹. Como ha dicho SAEZ LARA, «su dimensión real es la de la protección de la libertad de los individuos pertenecientes a los grupos sociales menos poderosos»²⁰.

17 Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Igualdad y discriminación...» p. 154.

18 Por ello, la doctrina moderna afirma que «...la existencia de una situación de discriminación en una determinada sociedad supone algo más que una mera diferencia de trato; es un verdadero atentado a la dignidad humana, a las más elementales situaciones de respeto al ser humano...». (Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional...» Op. cit. p. 96.).

19 Por si fuera poco, cualquier conducta segregatoria pone en entredicho el primer considerando del Preámbulo de la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», el cual en su texto dispone «que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana».

20 Cfr. SAEZ LARA, Carmen. «Mujeres y mercado de trabajo...» Op. cit. pp. 39 y 40.

De hecho, al reivindicar el carácter autónomo de la prohibición específica de discriminar, acudiendo para ello a una noción sustancial de la igualdad, como una perspectiva crítica y correctora de ciertos fenómenos sociales «anómalos», queda claro que la tutela antidiscriminatoria no puede reducirse al mero elemento de la ineficacia de distinciones no razonables, sino que debe, en cabeza del legislador, establecer acciones afirmativas para eliminar la discriminación²¹. Sin embargo, no se agotan aquí las consecuencias trascendentales que conlleva la construcción de un concepto autónomo de la prohibición, pues, además, el principio de no discriminación, respecto de los sujetos activos transgresores de la misma, no tiene como destinatarios únicamente a los poderes públicos. La frase de «nadie debe ser discriminado» parece aludir a un esquema de protección mucho más rígido, no limitado al campo de lo público, sino incluyendo así mismo el campo de las relaciones privadas²², donde, incluso, como ya se ha establecido, suelen existir fenómenos discriminatorios de alto grado lesivo.

21 No nos detendremos en el análisis de las llamadas políticas sociales de «acción afirmativa» por escapar al interés de la presente investigación. Sin embargo, baste saber que aquéllas suponen un trato desigual, a costa de asegurar el objetivo final de todo Estado Social de Derecho: la igualdad sustancial. Asimismo, debe subrayarse que, siguiendo a RODRIGUEZ-PIÑERO, «...en la definición de discriminación en el convenio 111 de la OIT, se pone el acento en el resultado o efecto y, además, se menciona expresamente junto a la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades. Es decir, el Convenio 111 no se limita a asegurar la desaparición de actos, medidas o tratamientos discriminatorios, sino que obliga a los Estados a tratar de remediar las situaciones discriminatorias objetivas, materiales o de hecho». (Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. «Igualdad y no discriminación...» Op. cit. pp. 99 y 100).

22 Por ello, se dice que «...[la] serie de supuestos de discriminación representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas di-

Otra consecuencia de la distinción teórica entre igualdad genérica y prohibición de discriminaciones concretas afectaría automáticamente el juicio de razonabilidad del factor diferencial específico. Al existir, por mandato constitucional, una interdicción de introducir como factores diferenciales ciertos supuestos que el artículo 2.2 de la CP menciona (por ejemplo, origen, raza, sexo, religión, etc.), es obvio, que dicha diferenciación genere una «sospecha» de inconstitucionalidad, por lo que habrá de examinarse con mayor rigor su razonabilidad²³. Más aun, la connotación negativa o peyorativa basada en el carácter «odioso», e «inaceptable», del criterio de diferenciación elegido, que reviste una naturaleza especial al sustentarse en características personales o circunstancias sociales del sujeto discriminado al margen de su voluntad personal, debe conducir a un «alivio» o «aligeramiento» de la carga probatoria²⁴ del recurrente en su pretensión de demostrar la relevancia constitucional de la desigualdad. Pues, como ha sentenciado la doctrina²⁵, «todo análisis de estas diferenciaciones debe partir del deseo constitucional de su eliminación».

ferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad...». (Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. «El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español». En: *Derechos Humanos de las Mujeres*. Lima. Movimiento Manuela Ramos. 1996. p. 158.).

- 23 En este sentido, Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Igualdad y discriminación...» Op. cit. pp. 70 y ss.
- 24 Sobre este tema, en particular, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior.
- 25 Cfr. Ibidem. p. 73.; Vid., además, GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los supuestos de readmisión en el despido...» Op. cit. pp. 88– 89.

Por último, tras dejar planteada esta interpretación que dota de valor autónomo a la prohibición de discriminación, resulta imprescindible examinar el concepto que, sobre la misma, se enuncia en el artículo 48 del Reglamento de la LPCL. Para efectos de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 29 de la Ley, dice la norma reglamentaria, se reputa discriminatoria «una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores». En principio, aunque el alcance del precepto desembarace al mandato de no discriminación de una concepción exclusivamente de orden público, reconociendo su actuación en las relaciones privadas laborales, lo consideramos insuficiente e ineficaz en su tarea correctora de las anomalías sociales, así como en su rol promotor de la igualdad sustancial de los seres humanos. A nuestro juicio, las principales deficiencias de este precepto pueden ser esquematizadas en el orden siguiente:

- Presupone un concepto de discriminación, que pretende atribuir a las prohibiciones específicas un sentido sustancialmente «bilateral», cuya consecuencia lógica implica entender que las circunstancias eliminadas como factores legítimos de diferenciación son «armas neutras», susceptibles de ser usadas para amparar tanto a los sujetos marginados como a los que no lo son. Ello, evidentemente, provoca un vaciamiento del concepto de discriminación.
- La recurrencia a frases tan ambiguas como amplias, cuya redacción parece condenar sólo las diferenciaciones especialmente intensas o notorias, puede llevar, incluso, a circunstancias en que desconocida la dignidad de una persona, no cabe restablecerla en razón de que no se tra-

de la tutela antidiscriminatoria negativa, cuya pretensión es, como ya hemos dicho, revertir la manifiesta posición social de desventaja de un grupo o de un individuo por su pertenencia a aquél. Por eso, afirma FERNANDEZ LOPEZ, «es posible detectarla [refiriéndose a la discriminación] en cualquiera de sus manifestaciones: aquéllas en las que el resultado prohibido de diferenciación fundada en motivos inadmisibles se produce de forma directa –ya sea voluntaria o no, abierta u oculta–, tanto como en aquéllas, [denominadas indirectas], en las que el resultado se produce por la proyección de medidas de apariencia y significado neutrales, por alejados externamente de los criterios prohibidos, con efecto irrazonablemente perjudicial sobre los sujetos marginados»²⁷.

Desde este punto de vista, la distinción entre uno y otro tipo de discriminación viene dada por el momento de la realización del trato desfavorable. Mientras en el primer caso, de las discriminaciones directas, aquél ocurre cuando el agente lesivo toma en cuenta un factor diferencial prohibido para hacer la diferenciación; en el segundo caso, de las discriminaciones indirectas²⁸, aquél se manifiesta recién

27 Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional...» Op. cit. p. 172.; también SAEZ LARA, aunque haciendo referencia a un factor diferencial específico, ha constatado que «hoy las discriminaciones prohibidas por las modernas leyes antidiscriminatorias en el trabajo son tanto las discriminaciones directas, o diferencias de trato por razón de sexo, como las discriminaciones indirectas, o prácticas o medidas formalmente neutras que desfavorecen a un mayor número de personas de un sexo, y no están justificadas». (Cfr. SAEZ LARA, Carmen. «Mujeres y mercado de trabajo...» Op. cit. p. 47.).

28 Uno de los ejemplos más mencionados en doctrina, es el del empleador

ta de una «notoria desigualdad» o de un «trato marcadamente diferenciado». En este sentido, sostenemos la inconstitucionalidad de la norma en cuanto evade la rotundidad del mandato constitucional²⁶, traducido en el «Nadie debe ser discriminado» en razón de cualidades inmutables (sexo, raza, origen, etc.) y variables (religión, opinión, idioma, condición económica, etc.), por haber sido éstas históricamente causa de diferenciaciones.

- El sustento de la desigualdad fundada en alguna de los factores diferenciales mencionados en el artículo 2.2 de la CP, está sujeta a un juicio de razonabilidad más riguroso que el que se predica para cualquier quiebre del principio genérico de igualdad. En muchos casos, ni siquiera las «razones objetivas» podrán ser suficientes a efectos de admitir la derogación del principio de no discriminación. Toda vez que, lo que la tutela antidiscriminatoria pretende es evitar y erradicar los fenómenos sociales de segregación.

1.1.2 Clases de discriminación

Hoy en día, siguiendo una concepción autónoma de la prohibición de discriminación, se habla de una noción dual

26 Manifestando una opinión contraria, FERRO DELGADO señala que «Inversamente a lo acontecido en los otros casos de nulidad de despido ya analizados, el reglamento del TUO del Decreto Legislativo 728 esta vez sí contiene una declaración comprehensiva que resulta más próxima a la amplitud del precepto constitucional cuando establece que existe discriminación en los casos en que medie «una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores»...». (Cfr. FERRO DELGADO, Victor. «El despido arbitrario y el despido nulo». En: *THEMIS* revista de derecho. Lima. Segunda Epoca. Nº 34, 1996. p. 54.).

en el resultado, en el punto de llegada, es decir, pese a no adoptarse formalmente como criterio de diferenciación una de las causales vedadas, se genera una situación discriminatoria objetiva que desfavorece y perjudica a ciertos grupos históricamente marginados (sea por razón de sexo, raza, origen, etc.). Así, la discriminación indirecta se impregna de un elemento colectivo, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, religión, etc., sino que en su aplicación ese criterio incida perjudicialmente en los individuos de esas características, y, por ello, afecte adversamente al grupo protegido al que pertenezca ese individuo²⁹.

Cuando nuestra Constitución señala que «Nadie puede ser discriminado», se está refiriendo a toda forma de discriminación, sean éstas de naturaleza directa o indirecta³⁰.

que convoca abiertamente a un concurso para ocupar un puesto de operario de limpieza, con el requisito de tener una estatura mínima de 1.70 metros. La exigencia, aplicable en teoría a cualquier postulante, en los hechos genera mayores probabilidades de cumplimiento en los aspirantes varones que en las mujeres. Y, además, no pareciendo ser indispensable para la empresa que los operarios de limpieza cuenten con esa estatura. Estamos, por tanto, ante una discriminación directa. (Vid. NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al Derecho del Trabajo...» Op. cit. p. 120.).

29 Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Igualdad y discriminación...» Op. cit. pp. 162- 165.

30 Esta ha sido la conclusión a la que ha llegado, entre nosotros, NEVES MUJICA cuando refiriéndose a ambos tipos de discriminación ha dicho que «...se encuentran prohibidas por nuestra Constitución, en sus artículos 2.2 y 26.1, y por los instrumentos internacionales de derechos humanos que mencionamos antes...». (Vid. NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al derecho del trabajo...» Op. cit. p. 120.).

Más aun, en el ámbito del Derecho Internacional, el Convenio 111 de la OIT y la Convención de la ONU para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, construyen el moderno concepto de discriminación sobre la base de la proscripción de medidas «que por su efecto menoscaban la igualdad de trato o de oportunidades». Esto es, se pone énfasis en el resultado lesivo de la medida, más que en la configuración discriminatoria de la misma. Lo cual implica admitir que el mandato de no discriminación, se extiende a todo acto o conducta que pretenda evadir su rotundidad.

Con todo, puede deducirse de lo que hasta aquí se ha dicho, que al contemplarse también el resultado, y no sólo el momento de la realización de una diferenciación de trato basada en una causal vedada, lo que verdaderamente importa, a efectos de analizar una discriminación indirecta, son los efectos y las consecuencias del criterio de selección y no la intención que tuvo el empleador al utilizarlo³¹. Por tanto, en definitiva, a diferencia de la discriminación directa, donde la prueba de una intención discriminatoria por parte del empleador puede ser fundamental, en las indirectas ella es prescindible. Sin embargo, esta concepción, tributaria de un concepto autónomo de discriminación, lejos de ser promovida como mecanismo erradicador de marginaciones sistemáticas de ciertos sectores de la sociedad, es obstaculizada por el artículo 29 de la LPCL cuando exige la presencia de una «motivación discriminadora» para declarar nulo el despido. En consecuencia, si se demanda

31 Vid. BALTA VARILLAS, José. «El Impacto Adverso». En: *THEMIS*, revista de derecho. Lima. Segunda Epoca. N° 34, 1996. p. 119 y ss.

una motivación o intención lesiva tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas, es obvio que se está desnaturalizando, negando la tarea equiparadora de estas últimas. No digamos que aquéllas no puedan encontrar en un origen remoto una intencionalidad, pero usualmente la prueba de ésta, por esconderse tras ropajes de neutralidad, puede convertirse en imposible.

Respecto a ello, no obstante, siguiendo a NEVES³², consideramos que «el acto que constituye una discriminación indirecta debe invalidarse por el organismo jurisdiccional encargado de conocer sobre él». El juez, sea laboral o constitucional, atendiendo a los elementos configuradores de cada forma discriminatoria, deberá hacer prevalecer el mandato constitucional de «Nadie debe ser discriminado». Aunque para ello, y para corregir los desequilibrios que se producen en la vida socio-económica, tenga que, en no pocas oportunidades, prescindir del elemento intencional o de una voluntad lesiva del agente³³.

1.1.3 Las causales vedadas en el ordenamiento nacional

El artículo 2.2 de la CP señala que «Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, reli-

32 Cfr. NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al Derecho del Trabajo...» Op. cit. p. 120.

33 Bastará, a estos efectos, su aparición como hecho objetivo, no siendo necesaria «una voluntad deliberadamente torticera que busque la discriminación». El despido, pues, debe ser absolutamente extraño al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador (STC español 135/ 1990, de 19 de julio). (Vid. APARICIO TOVAR, Joaquín. «El despido de los representantes de los trabajadores y del afiliado al sindicato». En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo la conducción de

gión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole». Contiene en su construcción, pues, un listado de características inmanentes del ser humano o condiciones socio-económicas de aquél, que no pueden ser tomadas en cuenta para introducir diferenciaciones, bajo la lógica de erradicar cualquier conducta, o hecho, tendiente a crear o mantener las disparidades sociales existentes. De ahí que, su contenido no sea cerrado e invariable, sino, por el contrario, su carácter de «lista enunciativa» revela la intención del constituyente de no dejar fuera ninguna discriminación, sea ésta presente o futura³⁴. Lo cual, como es obvio, no implica incluir irrestrictamente cualquier desigualdad, puesto que sólo se extiende el veto a las circunstancias o condiciones que revistan un carácter intolerable, repugnante y odioso para la sociedad. Lo contrario supondría «poco menos que asimilar la discriminación al concepto de igualdad»³⁵.

Sin embargo, la redacción del inciso d) del artículo 29 de la LPCL, haciendo caso omiso a la naturaleza enunciativa del mandato constitucional, restringe su literalidad a un «listado taxativo», el cual reconoce únicamente como razo-

Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995. p. 208.).

34 Por este motivo, no le falta razón a GORELLI HERNANDEZ cuando anota que «La pretensión del legislador constitucional es clara: reconocer que la noción de discriminación es fundamentalmente evolutiva. Si los casos de discriminación son desigualdades especialmente rechazadas por la sociedad, es evidente que al evolucionar ésta puede demandar la protección antidiscriminatoria frente a nuevas situaciones...». (Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los supuestos de readmisión en el despido...» Op. cit. p. 90.).

35 Cfr. Ibidem. p. 91.

nes de discriminación al sexo, raza, religión, opinión e idioma, dejando de lado al origen, a la condición económica y a la cláusula genérica que le permite una aplicación expansiva. Esta situación, que en apariencia podría tener poca relevancia, conlleva el riesgo de albergar interpretaciones judiciales restrictivas que, fundadas en la norma de desarrollo constitucional, se traduzcan en la no procedencia de demandas por discriminación basadas en un factor diferencial ajeno a ella³⁶.

Sobre esta situación, no obstante, baste recordar lo dicho líneas arriba respecto del margen de discrecionalidad del legislador ordinario en su tarea de desarrollo de la constitucionalidad. Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, toda vez que la recepción jurídico-procesal de la figura del despido nulo no pasa de tener un mero valor aclaratorio y garantista de la Constitución, la norma laboral no puede introducir limitaciones a los trabajadores respecto de las garantías que son comunes a todas las personas³⁷. Además, asumiendo la autonomía del mandato de no discriminación con relación al principio de igualdad, es evidente que su contenido vincula tanto al legislador como al juez, en su condición de miembros del poder público. En

36 Esta opinión es compartida, igualmente, por Italo Morttola quien alerta que «Este hecho, unido a la tendencia restrictiva en la interpretación de las normas por parte de los jueces, nos puede llevar a un fallo judicial que declare infundada una demanda por discriminación basada en un factor no contemplado en la norma citada». (Vid. MORTTOLA FLORES, Italo. «El derecho a no ser discriminado: comentarios a la Ley 26772 y el proyecto de reglamento». En: *Asesoría Laboral*. Lima. Octubre de 1997. p. 15.).

37 Cfr. FERRO DELGADO, Victor. «El despido arbitrario y el despido nulo...» Op. cit. p. 54.

este sentido, no cabe interpretar que la rotundidad del mandato constitucional sea predicable exclusivamente al legislador, pues el juez, atendiendo la carga evolutiva de esta prohibición específica, bien puede incorporar nuevos factores diferenciales vedados, con el objeto de contribuir al logro de una igualdad sustantiva o real³⁸.

En consecuencia, la infracción constitucional por parte del legislador en cuanto restringe la literalidad del artículo 2.2 de la Constitución, no vincula directamente al juez laboral encargado de declarar la nulidad de todo despido discriminatorio. Por el contrario, como «figura emblemática» de la tutela antidiscriminatoria, aquél debe disponer de todas las «armas» adecuadas para desterrar, del ámbito del despido, los tratamientos sistemáticamente peyorativos, respecto de ciertos sectores de la sociedad, cuya exteriorización atenta, por lo demás, a la dignidad del ser humano.

Por último, cabe agregar que, a las causales vedadas, mencionadas en la prohibición constitucional de discriminar, ha de adicionarse, en tanto factor prohibido de diferenciación, al VIH/SIDA. El artículo 6 de la Ley 26626 señala que ser portador del VIH o padecer de SIDA no puede ser motivo de despido. Sin embargo, creemos que esta regla debe ser matizada en supuestos donde la enfermedad provoque en el trabajador «seropositivo» un cuadro de in-

38 No se entienda por ello, que la actividad judicial no se encuentra sujeta a la legalidad. Decirlo implicaría desnaturalizar la propia función judicial, cuya labor se determina, precisamente, a la aplicación de la misma. Sin embargo, como refiere nuestra Constitución, en su artículo 138, «de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera».

capacidad profesional que impida el cumplimiento normal de sus labores habituales o en casos de centros de trabajo de «contagio riesgoso», más aun cuando no exista otro puesto para trasladar al enfermo³⁹.

1.1.4 Protección de la mujer embarazada y la discriminación por razón de sexo

Según el inciso e) del artículo 29 de la LPCL, corresponde también al ámbito de protección de la figura del despido nulo, aquella extinción empresarial del vínculo laboral que se motive en el embarazo de una trabajadora, dentro de los 90 (noventa) días anteriores o posteriores al parto. Evidentemente, la finalidad de esta garantía es impedir que se ejerza algún tipo de discriminación contra las mujeres durante el embarazo, prohibiendo el trato desfavorable de aquéllas, y evitando que sufran las consecuencias de carácter material o moral que la pérdida de su empleo podría suponer, tanto para ellas mismas como para sus hijos⁴⁰.

En efecto, esta protección, por la vía del despido nulo, ha de constituir uno de los elementos esenciales de la protección contra la terminación basada en el sexo, puesto que

39 Vid., sobre este tema, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «El Sida, el derecho a la intimidad y el principio de No discriminación en el Derecho del Trabajo». En: *Revista jurídica del Perú*. Editorial Normas Legales. Nº 2. Año XLV. pp. 117- 125.; además, Vid. ERMIDA URIARTE, Oscar. «Sida y Derecho Laboral». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima. Octubre de 1993. pp. 14- 17.

40 Cfr. ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección contra el Despido Injustificado (Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones)*. Ginebra. 1995. p. 60.

este factor diferencial prohibido, involucra, también, las causas que se derivan directamente del sexo de una persona⁴¹. Siendo, en consecuencia, la maternidad una situación propia y exclusiva de la mujer, en razón de su peculiar estructura biológica, no pueden admitirse diferencias de trato desfavorables, como puede ocurrir a través del despido, fundadas en esta situación. Esto, obviamente, nos conduce a reconocer que, siguiendo la tendencia legislativa y jurisprudencial contemporánea, las diferencias de trato por razón de embarazo están protegidas por la prohibición de discriminación por sexo⁴². Prohibición que habrá de entenderse, como ya se ha dicho, desde una noción autónoma, cuyo concepto unilateral se inserte en la tutela antidiscriminatoria, con el objeto de asegurar la igualdad real entre ambos sexos y corregir los fenómenos sociales anómalos que perjudican históricamente a la mujer.

En este sentido, las normas protectoras específicas que se ocupan de la discriminación por razón de embarazo, no constituyen una simple derogación del principio de igualdad ante la ley por basarse en una causa objetiva y razonable de distinción, sino, por el contrario, pretenden convertirse en piedra angular sobre la cual se construya el concepto de igualdad de oportunidades en materia sexual.

41 Así, SAEZ LARA incluye dentro del concepto de discriminación directa «...la diferencia de trato por causa del sexo; pero también, la diferencia de trato por una causa que es una consecuencia directa de una persona. Esta importante afirmación la realizó el TJ en la sentencia del citado Asunto Dekker para sustentar que la diferencia de trato por razón de embarazo es una discriminación directa». (Vid. SAEZ LARA, Carmen. «Mujeres y mercado de Trabajo...» Op. cit. pp. 69 y 70.).

42 Vid. Loc. cit.

Esta tutela, en otras palabras, no supone un quiebre del principio de igualdad sin más, puesto que lo que persigue es erradicar, calificando negativamente, las conductas que, fundadas en la maternidad, conllevan un trato perjudicial para las mujeres. De esta forma, como apunta la doctrina⁴³, «al constituir la situación de embarazo una de las pocas diferencias sexuales inmutables, es preciso acomodar tales diferencias en orden a neutralizarlas como barreras u obstáculos a la igualdad de oportunidades en el trabajo para ambos sexos».

Ahora bien, a nuestro juicio, la protección del artículo 29 contra la terminación de la relación de trabajo por razón de embarazo o ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad, constituye una suerte de «reflejo» de la que depara nuestra Constitución, en su artículo 23, a la madre trabajadora⁴⁴, y, en general, el ordenamiento internacional, sobre todo, en la normativa OIT. Así, inspirado en la Declaración de Filadelfia, en cuyo texto figura la protección de la infancia y la maternidad como fines y objetivos de la OIT, el artículo 6 del Convenio relativo a la protección de la maternidad (número 103) declara que cuando una mujer se ausente de su trabajo en razón del descanso por maternidad, «será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia». En consecuencia, bajo la normativa internacional, interesada en erradicar cualquier trato desfa-

43 Vid. *Ibidem*. p. 62.

44 En el mismo sentido, Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo». En: *Revista DERECHO-PUC*, N^o 49, diciembre de 1995, p. 201.

vorable hacia la mujer fundado en la situación de maternidad y tendiente a preservar su dignidad, apunta a declarar, automáticamente, la ilegitimidad de toda extinción unilateral del empleador materializada durante el período de ausencia derivado de la licencia por embarazo. No hace falta, en otras palabras, probar la motivación discriminatoria, puesto que basta la ocurrencia del despido dentro del período de ausencia, para que este se declare un acto «ilegal».

No obstante, a pesar de la aparente complementariedad de esta prescripción internacional con la normativa nacional, cabe indicar que la regulación existente en el texto del inciso e) del artículo 29 de la LPCL dista mucho de tener un simple valor aclaratorio o garantista de las normas de mayor rango jerárquico. Es más, incluso, aquél bien puede llegar a desnaturalizar el artículo 6 del Convenio 103 de la OIT, diluyendo su eficacia protectora. Pues, en primer lugar, alejado de una noción de tutela antidiscriminatoria correctora de los fenómenos sociales anómalos o de segregación, se exige, aparte de la ocurrencia fáctica de la terminación del contrato de trabajo durante el período de suspensión imperfecta del mismo en razón de la licencia por maternidad, una motivación lesiva del despido fundada en el embarazo. Por consiguiente, para declarar nulo un despido no basta el perjuicio material y moral de la trabajadora cesada en el lapso de su inactividad, motivada por su embarazo, sino, además, habrá de probar que, como en cualquier caso de nulidad, la razón de la terminación se debió a la situación de embarazo o al goce de la licencia por esta situación⁴⁵.

45 Vid., sobre prueba del motivo alegado, el capítulo IV.

Por lo demás, esta modalidad de prueba, caracterizada por su elevada dosis de complejidad, nos conduce directamente a la siguiente crítica, cual es, la peligrosa restricción del plazo en el que juega la protección de la figura del despido nulo. No entendemos, por qué el legislador concede un plazo tan estrecho de protección, como son 90 días anteriores o posteriores al parto, cuando la motivación ilegítima del empleador puede emerger, como ocurre en la mayoría de los casos, desde mucho antes⁴⁶. Consideramos, en consecuencia, que si el objeto de la norma es proteger a la mujer trabajadora embarazada, no puede cuadrarse la tutela a un plazo determinado, sin correr el riesgo que la misma quede simplemente enervada. Por ello, el juez, desprovisto de todo análisis temporal, deberá apreciar la motivación viciada del empleador, atendiendo a las circunstancias en que ocurrió el despido. Aunque, como es lógico, las circunstancias más expresivas de una motivación ilegítima, se derivan de la terminación ocurrida durante la suspensión del contrato de trabajo, pues, en ese momento, se cuestiona la permanencia de la trabajadora ausente en la empresa, aun cuando esta ausencia se encuentre plenamente justificada en razones de índole biológica⁴⁷.

46 «El despido podría producirse tan pronto como el principal toma conocimiento de este hecho, es decir, en los primeros meses del embarazo, con lo que la pretendida protección quedaría simplemente enervada...». (Cfr. FERRO DELGADO, Victor. «El despido arbitrario y el despido nulo...» Op. cit. p. 54.).

47 Así, la sentencia de la Corte Superior de Piura, de 23 de Agosto de 1996, respecto de la eficacia extintiva de una carta de despido cursada a una trabajadora gestante durante su descanso pre-natal que le concedía la ley, y tras considerar «que el trabajo es un derecho como lo precisa el artículo 22 de la Constitución Política vigente, que la misma Carta Magna enuncia que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio

1.2 La Libertad Sindical

1.2.1 La libertad sindical como motivo prohibido de despido

Hoy en día, se afirma sin lugar a dudas, al menos en el plano teórico, que la libertad sindical, concebida como derecho fundamental, constituye un requisito indispensable para que el individuo pueda aspirar a vivir conforme a su condición humana⁴⁸. En este sentido, el interés primordial de todo trabajador, organizado o no, es asegurar un nivel de vida digno en condiciones de trabajo decorosas. De ahí que, el profesor DE LA CUEVA haya elevado al sindicalismo a la categoría de valor supremo de la vida social, reconociendo su esencia en la «conciencia de la unidad de la clase trabajadora y en su decisión de luchar por la realidad de la justicia social en el trabajo»⁴⁹.

de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, que el artículo 26 de la Constitución taxativamente puntualiza que en la relación laboral se respetan los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación», entiende que: «...dicha trabajadora debería estar consignada en el anexo dos de los trabajadores que les cursarían la carta recién a su incorporación, es decir, a partir del veintitrés de marzo, dicha inobservancia constituye una violación al principio constitucional contenido en el artículo 26 (...); por estas consideraciones, habiéndose recortado a la trabajadora su derecho, el despido deviene en nulo...».

48 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA (Vid. «La libertad sindical». Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1980, p. 8.), explicando este fenómeno, ha señalado que «bajo las actuales condiciones, vigentes los actuales sistemas de organización social y económica, resulta indispensable el reconocimiento y la adecuada protección del derecho a la libertad sindical para que el individuo pueda aspirar a vivir conforme a su condición humana».

49 Vid. DE LA CUEVA, Mario. «El nuevo derecho mexicano del trabajo». México D.F., Editorial PORRUA, primera edición, tomo II. 1979, p. 252.

Es más, como prueba de la creciente importancia social de la libertad sindical, casi la totalidad de Constituciones Latinoamericanas⁵⁰, incluida la peruana, y no pocos Tratados y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos⁵¹, la mencionan y la reconocen expresamente en sus textos como garantía emancipatoria de la clase trabajadora⁵².

Pues bien, pretendiendo dotar de protección efectiva a esta profusa consagración normativa de la libertad sindical,

-
- 50 En principio, señala CARRILLO CALLE que «todas la constituciones hispanoamericanas –con la excepción de la de Cuba que no regula la materia– reconocen a los trabajadores (...) el derecho de constituir organizaciones representativas de sus intereses». (Vid. CARRILLO CALLE, Martín. «Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales». En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio comparado en veinte constituciones hispanoamericanas*. AA.VV. ADEC-ATC, Lima, 1993, p. 77.).
- 51 Ver la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23º, 4); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8º, 1, a), b) y c)); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ((art. 22º, 1); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 16º); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXII) y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8º, 1, a)).
- 52 Esto, particularmente, ha llevado a algunos autores a detectar en la organización sindical un papel democratizador de la sociedad. Por ejemplo, ERMIDA URIARTE (Vid. ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLA-VICENCIO, Alfredo. «Sindicatos en Libertad Sindical». Lima. ADEC-ATC. tercera edición, 1991. p. 29.) ha destacado una triple función democratizadora del sindicato, en cuanto el mismo es: a) un elemento perfeccionador de la democracia formal al hacerla más pluralista, b) el factor constitutivo de la democracia material, y c) un instrumento democratizador de algunos institutos del propio derecho laboral.

sin la cual su libre ejercicio no estaría garantizado⁵³, el artículo 29 de la LPCL en su inciso primero sanciona como nulo el despido que tenga por motivo, de un lado, «la afiliación a un sindicato», y del otro, «la participación en actividades sindicales». Dichos motivos, con modificaciones poco sustanciales, son los mismos que existen en el inciso a) del artículo 5º del Convenio 158 de la OIT (cabe mencionar, que aquél instrumento normativo no ha sido ratificado por el Perú) y que encuentran su origen más remoto en la disposición segunda del artículo 1 del Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva (Convenio 98), cuando menciona que «...dicha protección (refiriéndose a la tutela frente a actos discriminatorios) deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (...) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales...».

De este modo, el legislador ordinario laboral, atendiendo a la naturaleza compleja del concepto, opta por delimitar el contenido jurídico tutelado de la libertad sindical sobre la base de dos elementos: el primero, de carácter estático, referido a la afiliación sindical, mientras, el segundo, de orden dinámico, compuesto por toda acción que tenga la fun-

53 Así, se ha dicho con mucha razón que «...de nada serviría reconocer el derecho a constituir sindicatos o afiliarse a ellos si no se pudiera llevar a cabo actividad sindical alguna debido a la inexistencia de la protección necesaria para ejercer dicha actividad y si, por el contrario, el empleador, el estado u otro sindicato tuvieran la libertad de tomar represalias por tal motivo». (Vid. LOVATON PALACIOS, David. «La protección de la libertad sindical en el Perú». Lima. Instituto de Defensa Legal. 1991. pp. 33 y 34.).

ción de defender los intereses de la clase trabajadora. Sin embargo, aunque el despido no condicione, ni tenga porque hacerlo, el contenido del derecho, el mismo, a juicio del legislador, reduce el marco de enfoque a una dimensión meramente individual, en cuanto afecta al trabajador singularmente. Es decir, como es lógico, la naturaleza particular del despido niega toda relevancia al ámbito de titularidad colectiva de la libertad sindical, que alude, fundamentalmente, a los derechos sindicales propios de la organización representativa⁵⁴.

En efecto, tras hacer estas precisiones, es evidente que la LPCL está muy cerca, en su faceta protectora, de lo que la doctrina ha venido llamando «contenido esencial de la

54 En realidad, aunque estemos de acuerdo con esta afirmación, cabe cuestionarla desde la óptica de los despidos realizados contra representantes sindicales. Puesto que, en estos casos, no puede aceptarse que el perjuicio abarque exclusivamente una dimensión individual, sino, por el contrario, al ser la representación de los intereses de los trabajadores una figura de fundamento colectivo, la terminación puede, incluso, poner en riesgo la propia existencia de la organización sindical. En esta línea, como ha puesto de manifiesto la doctrina, «el respeto a esos valores colectivos [intereses colectivos] que afectan al conjunto de los trabajadores es lo que da sentido a la imposición de particulares formas y algún otro tipo de garantías para despedir a determinados trabajadores, cuales son los representantes de los trabajadores y los afiliados a algún sindicato (...). Son mecanismos que, protegiendo inmediatamente a singulares trabajadores caracterizados por la posición que ocupan en relación a los intereses colectivos, van dirigidos a preservar dichos intereses elevados a la categoría de valores constitucionales, como lo es la libertad sindical...». (Cfr. APARICIO TOVAR, Joaquín. «El despido de los representantes de los trabajadores y del afiliado al sindicato». En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo la conducción de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995. pp. 178- 179.).

Libertad Sindical»⁵⁵. Pues, para ella, el contenido indispensable del derecho se configura, desde su vertiente individual, por «unos derechos sindicales tradicionales, de tipo asociativo, como el derecho a afiliarse o el derecho de constituir, con otros, una nueva organización, y unos derechos al ejercicio de la actividad sindical, derechos de actividad, tales como el de negociación colectiva, huelga, uso de carteleros y, en general, militancia y proselitismo»⁵⁶. Precisamente, el carácter dual de su contenido, obedece a la evolución histórica del concepto de libertad sindical. Aunque, el primer elemento constitutivo, de naturaleza asociativa, está muy ligado al origen del derecho de sindicación, no puede negarse su traslado «hacia una realidad actual mucho más compleja, recogida en las normas internacionales del trabajo y en la doctrina moderna»⁵⁷.

Lo cierto es que, pese al derecho de todo trabajador «de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola con-

55 CORTES CARCELEN, Juan Carlos. «La Libertad Sindical en la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo». En: AA.VV. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. ADEC-ATC Y DESCO. Lima, primera edición. 1992. pp. 108-111; Vid., también, LOVATON PALACIOS, David. «La protección de la Libertad Sindical en el Perú...» Op. cit. pp. 25-30.

56 Así, define ERMIDA URIARTE, en términos generales, el contenido de la Libertad Sindical. (Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar. «Libertad sindical y derecho de asociación». En: AA.VV. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. ADEC-ATC Y DESCO. Lima, primera edición. 1992. pp. 68 y 69.).

57 ERMIDA URIARTE, Oscar. «Libertad Sindical y derecho de asociación». En: AA.VV. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. ADEC-ATC y DESCO. Lima, primera edición. 1992. p. 68.

dición de observar los estatutos de las mismas» (artículo 2 del Convenio 87 de la OIT), el factor organizacional no es suficiente para definir el contenido de la libertad sindical, la cual reclama, otro elemento, mas bien de naturaleza dinámica, llamado «actividad sindical»⁵⁸. Incluso, este último elemento, lejos de atribuirse una importancia netamente constitutiva, comprende una trascendencia funcional, pues, como admite ERMIDA URIARTE, «la actividad sindical opera como premisa o presupuesto y como resultado o concreción del ejercicio de la libertad sindical, en cuanto constituye el principal bien jurídico o interés tutelado»⁵⁹. Tanto así, que incluso puede existir actividad sindical sin necesidad de existir organización, como ocurre en el caso de quienes pretenden formar un sindicato. Por cuanto, ello nos lleva a compartir la conclusión de LOVATON⁶⁰, cuando dice que «...el objeto central del concepto de libertad sindical no es ni el individuo ni la organización sindical, sino la actividad sindical, la acción gremial y colectiva, exista o no organización sindical estructurada; de esta manera, la libertad sindical y el elemento organizativo o estático existen para el desarrollo libre y eficaz de una determinada actividad». Con todo, queda claro, que lejos de restar importancia al elemento organizativo, destacamos su interacción con la ac-

58 «Si no fuera así, y se limitara a la libertad constitutiva, no habría razón de ser de realizar una separación entre derecho de sindicación y libertad de asociación, en cuanto su contenido sería el mismo». (Cfr. CORTES CARCELEN, Juan Carlos. «La Libertad Sindical en la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo...» Op. cit. p. 110.)

59 Citado por LOVATON PALACIOS, David. «La protección de la libertad sindical...» Op. cit. p. 27.

60 Cfr. LOVATON PALACIOS, David. «La protección de la libertad sindical...» Op. cit. p. 27.

tividad sindical, de modo que, los trabajadores «actúan» para «organizarse» aunque sea mínimamente, y se «organizan» para «actuar» en defensa de sus intereses⁶¹.

Este planteamiento resulta igualmente válido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución, el cual, reconoce y garantiza el libre ejercicio de la Libertad Sindical. De esta manera, la garantía normativa, brindada por el Estado, de los instrumentos de autotutela (huelga), autorregulación (negociación colectiva) y autorganización (libertad sindical), confiere a los trabajadores, a modo de piezas maestras, una plataforma garantizadora sobre la que se hará descansar la acción política y sindical⁶². Entendemos, por ello, que este precepto constitucional, no apunta a otro lado que a garantizar los intereses de la clase trabajadora. Intereses que, ciertamente, no podrán ser tutelados desde un enfoque sesgado a la dimensión organizativa de la libertad sindical, sino, por el contrario, el mismo, para ser efectivo, habrá de extenderse al plano dinámico de aquella, esto es, a la actividad sindical, cuya definición im-

61 En este sentido, SANGUINETTI RAYMOND (Cfr. «Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales». Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1993. p. 118) ha señalado, refiriéndose a los trabajadores, que «...sin su actuación y la presencia de una organización creada por ellos, por elemental que sea, no será posible hablar de una manifestación de índole sindical. Esto no supone, obviamente, que sólo pueda considerarse sindical la actividad desarrollada colectivamente por el grupo. También es sindical la actividad desplegada incluso por un sólo trabajador, siempre que se halle funcionalmente ligada a una organización, ya sea actual o potencial (en formación)».

62 Vid. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «La función histórica del Derecho del Trabajo». En: AA.VV. *Trabajo y Constitución*. Lima. Cultural Cuzco. 1989. p. 19.

plica el goce de todo medio o instrumento de acción en procura de la «autotutela de intereses del trabajo»^{63 64}.

En consecuencia, aun cuando no hayamos agotado el tema de la libertad sindical en toda su complejidad, lo tratado, sobre el contenido de la misma, evidencia que nuestra legislación, en el procedimiento de despido nulo, protege gran parte de lo que hemos llamado el contenido o núcleo esencial del derecho de sindicación. Sin embargo, con todo, creemos que existen algunos elementos que quedan fuera de toda tutela procesal, como es el caso de la libertad sindical negativa, o del derecho de no afiliación o desafiliación de un sindicato, a que se refiere el artículo 3 del Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Traba-

63 Vid. RODRIGUEZ-PINERO, Miguel. «El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales». En: AA.VV. *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. 1978. p. 47.

64 Concurrentemente, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (Vid. OIT. «La Libertad Sindical». Recopilación de decisiones y principios... Op. cit.), a través de sus pronunciamientos emitidos en las quejas que les someten, ha señalado que la libertad sindical comprende:

- La Negociación Colectiva, cuando afirma que «el derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical». (párrafo 782).
- La Huelga, en tanto dice que «el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales». (párrafo 475).
- «Otras actividades que no sólo estén referidas a la constitución de la organización sindical, sino toda acción que tenga la función de defender sus intereses». (Cfr. CORTES CARCELEN, Juan Carlos. «La libertad sindical en la sentencia de la Bolsa de Trabajo...» Op. cit. p. 109.).

jo (LRCT). Pues, supongamos que un trabajador hace uso del derecho de no afiliación a la organización sindical de su empresa y por este motivo es incluido, con la complicidad de los representantes sindicales, en la nómina de un cese colectivo⁶⁵; la posibilidad que este acto abiertamente discriminatorio sea declarado nulo, será bastante mínima, puesto que la primera parte del inciso a) del artículo 29, parece amparar únicamente al trabajador que por querer afiliarse a un sindicato ha sido objeto de represalias antisindicales como el despido.

Finalmente, no obstante todo lo dicho, cabe indicar que los derechos sindicales no se instituyen como un bloque normativo de ejercicio autónomo, sino por el contrario, aquéllos requieren de una relación interdependiente con los demás derechos humanos. En otras palabras, siguiendo el planteamiento de la tesis de la interdependencia de los derechos fundamentales, señala ERMIDA URIARTE que «está universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la preexistencia efectiva de los demás derechos humanos y que tampoco es posible el

65 Esta situación, aunque no sea reiterada ni normal, puede ocurrir bajo el amparo del artículo 48 de la LPCL. Según esta norma, la empresa, a efectos de realizar un cese colectivo, está obligada a proporcionar al sindicato la información pertinente de los motivos en los que se funda la medida y la nómina de los trabajadores afectados. Obviamente, esta obligación de hacer de la empresa, tiene por objeto negociar con los representantes «las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal» (inciso b del artículo mencionado). Incluso, el mismo inciso legítima a ambas partes para adoptar «cualquier tipo de medidas que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa».

completo ejercicio de éstos, sin la vigencia de aquella»⁶⁶. Por cuanto, en tutela de la actividad sindical, habrá que entender también protegidos otros derechos como puede ser el derecho a la vida, a la seguridad de la persona y a la integridad física o moral de la persona, la libertad de movimiento, el derecho de reunión, la libertad de opinión y de expresión⁶⁷, etc.

1.2.2 Los sujetos amparados por ostentar la calidad de representantes de los trabajadores

De lo expuesto en el punto anterior, podemos concluir, sin duda alguna, que la protección otorgada por el despido nulo, se extiende a todo trabajador, sea o no dirigente o militante sindical. De esta manera, la protección alcanza a todo individuo objeto de despido, ya sea por su decisión de integrar o formar un sindicato o por su participación en ac-

66 (Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO, Alfredo. «Sindicatos en Libertad Sindical». Montevideo. Ed. Fondo de cultura universitaria, 1985, p. 24.); además, en el mismo sentido, Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, 1996. párrafos 32 a 44.; Vid., también, LOVATON PALACIOS, David. «La protección de la libertad sindical en el Perú». Lima, Instituto de Defensa Legal. 1991. pp. 35 y ss.

67 Al respecto, la sentencia de la Corte Superior de Lima de 09 de enero de 1996 (Exp. 5627-94-R), tras evaluar «que los hechos imputados al actor como causa de su despido están relacionados directamente con el cargo que desempeñaba de Secretario de Organización del Sindicato Unico de Trabajadores de la demandada, al considerar faltamiento de palabra las frases contenidas en las comunicaciones cursadas por la organización sindical», declaró fundada la demanda de nulidad de despido y ordenó la reposición del demandante.

tividades sindicales. Digamos, que desde este punto de vista, el ámbito subjetivo de protección dependerá del contenido o del concepto de «actividades sindicales». Sobre el particular, se han expresado diversas posiciones, aunque gran parte de la doctrina acepta que la actividad sindical, objeto de protección, bien puede ser practicada por un sindicato, por un conjunto inorgánico de trabajadores o por un sólo trabajador e incluso puede existir en ausencia de organización sindical alguna. En este sentido, como ya se ha dicho, debemos concluir que lo «sindical» de la «acción» no debe circunscribirse a la existencia formal de un sindicato, por el contrario, corresponde interpretarlo en el sentido más amplio de la expresión, considerando que la actividad sindical protegida no es solamente la desarrollada por una organización sindical, sino, también, la desplegada desde cualquier otra modalidad organizativa que asegure un mínimo de disciplina interna del grupo⁶⁸. Sin embargo, reiteramos, ello no anula la posibilidad de sumar a la conducta de un trabajador individual el adjetivo de «sindical», siempre que aquella se halle funcionalmente ligada a una organización, ya sea actual o potencial (en formación).

Por lo tanto, si aceptamos la conclusión del párrafo precedente como válida, la disposición contenida en el inciso b) del artículo 29 de la LPCL, igualmente tributaria del artículo 5º del Convenio 158 de la O.I.T., devendría en obvia y redundante. Pues, se entiende, que tanto los candidatos, como los representantes o ex-representantes de los trabaja-

68 Vid. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. «Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales...» Op. cit. pp. 118 y 119.

dores, desempeñan una actividad sindical, por lo que merecen el amparo del derecho frente a un despido discriminatorio en virtud del inciso a) del mencionado artículo 29. Sin embargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T.⁶⁹, resalta que la mención expresa de los representantes de los trabajadores «es para asegurarles una protección análoga a la de las personas que actúan en calidad de representantes de los trabajadores fuera del entorno sindical». Ejemplo de ello, constituyen, en nuestra legislación, las juntas directivas de las «Comunidades Laborales», regidas por el Decreto Legislativo 677, que mantienen funciones específicas e independientes con respecto a las atribuciones conferidas a las organizaciones sindicales⁷⁰.

No obstante ello, nuestro ordenamiento laboral ha negado toda clase de interpretación extensiva del término⁷¹, y por el contrario ha optado por restringir el concepto de «re-

69 ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Protección contra el Despido Injustificado (Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones). Ginebra. 1995. p. 48 y ss.

70 Al respecto, el Convenio 135 ubica entre la categoría de «representantes de los trabajadores», a los representantes sindicales y a los representantes electos, calificando a estos últimos como «representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, (...), y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos».

71 «La interpretación extensiva siempre extiende derechos a sujetos aparentemente no comprendidos en la norma extendida, es decir, opera con normas que otorgan beneficios...». HERRERA VASQUEZ, Ricardo. «El Principio «In Dubio Pro Operario» en los Anteproyectos de la Ley General del Trabajo». En: *Asesoría Laboral*, N^o 42, 1994, pp. 8- 10.

presentantes de los trabajadores» sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan del fuero sindical (último párrafo del artículo 46 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo). Es decir, en virtud de esta disposición reglamentaria, el artículo 29 b) de la LPCL, constituiría la vía procesal, a falta de una específica⁷², de los dirigentes amparados por el fuero sindical, para impugnar despidos discriminatorios antisindicales. Sin embargo, como se precisa en el artículo 31 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la figura del fuero sindical defiende sólo a determinados dirigentes; por lo que en virtud de esta institución, varios dirigentes y la totalidad de militantes sindicados quedarían en el desamparo legal frente a despidos motivados en la actividad sindical del trabajador.

En cuanto a la extensión temporal de la protección, la disposición reglamentaria la limita a períodos bastante exigüos. En primer lugar, tratándose de candidatos, debidamente inscritos, a cargos representativos que gozan del fuero sindical, dice la norma, la protección abarca «desde los treinta días anteriores a la realización del proceso electoral hasta treinta días después de concluido éste». Mientras, en segundo lugar, sólo cabe invocar la nulidad del despido de representantes de los trabajadores, cuyos cargos gocen del fuero sindical, si la terminación se produce «hasta noventa días después de haber cesado en el cargo». Por cuanto, consideramos que el representante

72 Pues, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (artículos 30° y 31°) únicamente reconoce y regula la figura del «Fuero Sindical» en sus aspectos sustantivos, sin prever un mecanismo procesal específico que asegure una «protección eficaz».

ostenta la garantía del despido nulo hasta los tres meses posteriores a la expiración de su mandato, aun cuando éste se produzca por revocación o dimisión. Esta opción legislativa, entendemos, al no distinguir las formas de cesación en el cargo sindical, rechaza la interpretación penalizadora de una decisión que o bien corresponde al propio trabajador (dimisión), o tiene que ver con las siempre complejas relaciones entre representante y representado (revocación).

Por último, al margen de toda crítica a la estrechez de los plazos en los que juega la figura del despido nulo⁷³, resulta claro que, tal como sucede en el caso del despido motivado en el embarazo de la trabajadora gestante, la introducción de un plazo determinado en la protección genera demasiadas confusiones. En efecto, no entendemos por qué el legislador vuelve a estructurar la tutela sobre la base de parámetros temporales, más aun si la motivación ilegítima puede materializarse luego de los tres meses de cumplido el mandato o, incluso, antes de los treinta días previos al proceso electoral. Por ello, si lo que se busca, con este inciso, es proscribir que la motivación empresarial extintiva se funde en la calidad de representante del trabajador afectado, no debe delimitarse el amparo a plazos arbitrarios, salvo que, en estos casos, se persiga reforzar la intensidad protectora de la figura. Lo cual implica, a nuestro juicio, el «endurecimiento» del análisis judicial, en

73 Vid. FERRO DELGADO, Victor. «El despido arbitrario y el despido nulo...» Op. cit. pp. 52- 53. que haciendo un breve análisis de la legislación española, argentina y brasileña, cuyas protecciones a las funciones representativas no son inferiores a un año, concluye que «la protección en el derecho comparado tiende a ser significativamente más amplia».

cuanto a la valoración de las causas esgrimidas por el empleador a efectos de justificar su acto extintivo⁷⁴.

1.3 La Tutela Jurisdiccional

Asimismo, el artículo 29 de la LPCL en su inciso c) contempla que es nulo el despido de un trabajador cuando éste se encuentre motivado en la presentación de una queja, o en su participación en un proceso, contra el empleador ante las autoridades competentes. Aunque, a esta regla, de conformidad con la reforma instituida a partir de la Ley 26513, se excluye el supuesto en que dicha reclamación o queja configure la falta grave tipificada en el inciso f) del artículo 25 LPCL. Es decir, toda vez que el proceso iniciado por un trabajador aun no despedido, se construya sobre la base de actos violentos, injuriosos o que traduzcan faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, éste no podrá alegarse como motivo prohibido de despido⁷⁵.

74 En este sentido, parecen pronunciarse las Salas Laborales de la Corte Superior de Lima. Así, la sentencia de 27 de Junio de 1997 (Exp. 2615-97-ND), luego de comprobar que la accionante ostentaba la condición de afiliada activa de la organización sindical, con participación justificada en el pliego de reclamos, ha declarado nula la medida de despido «por cuanto no se ha probado la comisión de la falta imputada». Asimismo, la sentencia de fecha 08 de Julio de 1997 (Exp. 2183-97-ND), considera que una vez «probado que el actor ha tenido el cargo de representante de los trabajadores docentes», y puesto que «la emplazada no ha observado el trámite señalado por la ley para cesar al accionante en su puesto de trabajo y brindarle la oportunidad para ejercer su derecho a la defensa», la medida de despido resulta nula.

75 En realidad, la remisión directa al inciso f) del artículo 25 de la LPCL la consideramos innecesaria, por cuanto la comisión de cualquier falta

Este motivo, precisamente, constituye un aspecto importante de la seguridad de empleo en tanto tiende a proteger al trabajador contra las medidas de represalia patronal. En cualquier ámbito jurídico, la garantía de indemnidad de la persona, se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio de su derecho de acción en tutela de sus derechos⁷⁶. Así, aunque se protege, en principio, el goce efectivo de la normativa laboral en general⁷⁷, cabe resaltar que la medida de protección analizada, apunta, fundamentalmente, a garantizar a todo trabajador, que tenga un derecho en disputa, el acceso a los Organos Judiciales para que su controversia sea dirimida con certeza, esto es, haciendo efectivo el derecho material del caso concreto y haciendo realidad la justicia inherente a ese derecho aplicable al caso. Por consiguiente, cuando a un trabajador se le niega el acceso a un proceso, cuando se le confiere el mismo de manera errada o cuando se le castiga a causa del ejercicio legítimo del derecho de acción, se está violentando, o se amenaza violentar, a su vez, toda posibilidad de su acceso al ideal humano de justicia, cuya noción

grave conduce siempre a la justificación del acto extintivo empresarial, aun cuando exista de por medio una motivación lesiva. Como ya se ha resaltado, pese a la supuesta presencia de una motivación ilícita, el despido será legítimo toda vez que en cualquier caso la conducta del trabajador hubiera dado lugar al mismo.

76 Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los supuestos de readmisión en el despido...» Op. cit. p. 95.

77 Por ejemplo, la OIT en sus Estudios Generales sobre la igualdad de remuneración y sobre la igualdad en el empleo y la ocupación, tuvo la oportunidad de destacar la importancia de esta cuestión con relación al respeto de los derechos en materia de igualdad de remuneración e igualdad de oportunidades y de trato. (Vid. ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. «Protección contra el despido injustificado...» Op. cit. p. 53.).

se encuentra inserta entre las principales finalidades de la tutela jurisdiccional⁷⁸.

En tal sentido, dado que la recepción normativa de la tutela jurisdiccional resulta imprescindible para una adecuada vigencia de otros derechos del trabajador, sean éstos fundamentales o de rango inferior⁷⁹, es evidente que aquella se convierte en un derecho consustancial a la

78 La Tutela Judicial, entendida comúnmente como «la satisfacción efectiva de los fines del derecho», a juicio de QUIROGA LEON (Vid. «Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la administración de justicia». En: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. AA.VV. dirigidos por Francisco Eguiguren P. Lima. Cultural Cuzco, 1987. pp. 105- 110.), se alcanza a partir del cumplimiento de sus principales finalidades, las cuales son, entre otras, «...el acceso al ideal humano de justicia, el otorgamiento de la necesaria paz social para el gobierno de los hombres en un Estado Democrático de Derecho y la solución concreta de las controversias intersubjetivas de los particulares dándose a cada uno lo que en derecho se merece».

79 Hay que aclarar, que si bien las finalidades de la Tutela Jurisdiccional se traducen en el cumplimiento pleno y efectivo de la justicia, en tanto función adjudicada a la ciencia del derecho, también es cierto que su actuación no puede agotarse en el acceso a un proceso judicial sin más. Por el contrario, ella exigirá que el proceso judicial debe estar revestido de un mínimo de principios y presupuestos procesales que efectivamente lo garanticen, que lo hagan práctico, que lo revistan de la necesaria aura del debido proceso y que lo lleven así al otorgamiento cierto de la tutela judicial efectiva (Vid., sobre el tema, QUIROGA LEON, Aníbal. «Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales en la Administración de Justicia...» Op. cit. 112 y ss.).

Sin embargo, para efectos del presente trabajo interesa abordar la Tutela Jurisdiccional desde su contenido referido al derecho de todo justiciable de requerir la puesta en movimiento de la maquinaria jurisdiccional.

personalidad del ciudadano-trabajador, cuyo ejercicio legítimo no puede acarrear consecuencias perjudiciales para el sujeto que lo protagoniza. En otras palabras, la tutela jurisdiccional, más allá de ser un simple principio inspirador de la función judicial, se convierte en un derecho fundamental de garantía, esto es, en un derecho humano de importante reconocimiento. En esta línea, se enmarca el artículo 139 inciso 3) de nuestra Constitución e, incluso, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando manda que «en el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso». Además, esta noción que reclama a los principios procesales como derechos y garantías de la persona humana, se ha visto reflejada, con pocas excepciones, en un gran número de Constituciones y en diversos Pactos y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos. Veamos, pues, que así lo hacen, entre otros, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8, titulado «garantías judiciales», y en su artículo 25; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 8; el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas en su artículo 6, etc.

Ahora bien, tras resaltar la naturaleza de derecho fundamental atribuible a la Tutela Jurisdiccional, desde un plano nacional e internacional, se hace mucho más sencillo comprender el por qué de la sanción de nulidad al despido que traduce un atentado a la misma. Sin embargo, el artículo 47 del Reglamento de la LFE, aunque extiende, con mucho criterio, el derecho de Tutela Jurisdiccional al ámbi-

to administrativo⁸⁰, obliga al trabajador despedido «por represalia», a acreditar que el mismo «está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores». En otras palabras, no basta que se haya presentado formalmente el reclamo ante la autoridad competente sino que adicionalmente debe acreditarse la actitud reiterada y maliciosa del empleador de neutralizar los reclamos de su personal. Lo cual, en definitiva, equivale a admitir la probable convalidación de despidos que aun cuando atentan contra el derecho de acción, y por ende, contra la tutela jurisdiccional, no revistan aparentemente un carácter malicioso o no sean consecuencia de conductas represivas reiteradas⁸¹.

Obviamente, parece claro que, lo que el reglamento ha buscado evitar es la obtención de la protección del despido

80 La Sentencia de 10 de Junio de 1997 (Exp. 2168-97-ND), de la Corte Superior de Lima, en un caso de nulidad de despido consideró que el motivo de la empresa para despedir al actor fue por haberse «...solicitado a la Autoridad Administrativa de Trabajo una visita inspectiva de carácter especial a efecto de que se le inscriba en el libro de planillas (Decreto Supremo 015-72-TR) por no figurar en los de la empresa, hechos motivados que se encuentran previstos en los incisos a) y c) del artículo 62 de Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, concordante con el artículo 47 del Decreto Supremo 01-96-TR...».

81 A su vez, si con esta situación, como ha precisado FERRO DELGADO (Cfr. «El despido arbitrario y el despido nulo...» Op. cit. p. 53.), «se ha limitado seriamente la posibilidad de invocar validamente la nulidad del despido por esta causal», es obvio que, también, en este punto, se configura un atentado a la tutela judicial efectiva por parte del legislador. A nuestro juicio, al complejizar el acceso del trabajador perjudicado a la administración de justicia, el legislador reglamentario inobserva el artículo 139.3 de la CP y el artículo 7 de la LOPJ.

nulo mediante la interposición de reclamos maliciosos o infundados. Pero si bien esta interpretación reglamentaria restrictiva del derecho de tutela judicial ha tenido eco en algunos pronunciamientos de las Salas Laborales⁸², en determinados casos aquéllas han entrado a analizar el quiebre de la buena fe procesal desde la perspectiva del trabajador. Pues, sin detenerse en la evaluación de actitudes o conductas del empleador que, con anterioridad a la terminación, evidencien el propósito de impedir arbitrariamente los reclamos de sus trabajadores, se establece que la queja o el proceso debe iniciarse «en defensa de sus derechos reconocidos por la ley y no con un ánimo de perjudicar a su empleador o de tener un medio de prueba para defenderse frente a un posible despido por causa justa»⁸³. Por cuanto, bastaría a un trabajador acreditar que el despido estuvo basado en la queja o el reclamo planteado, para que corresponda a la apreciación judicial determinar si aquélla o aquél han sido promovidos maliciosamente con la sola intención de obtener la tutela del despido nulo. En suma, si ambas posturas, tanto la reglamentaria como la jurisprudencial, pretenden restringir la utilización de la figura del despido nulo con fines abusivos, consideramos preferible encargar al órgano judicial la dirimencia de tal cuestión, a incluir requisitos excesivos que resulten atentatorios de derechos fundamentales del trabajador⁸⁴.

82 Vid. Sentencia de la Tercera Sala Laboral Transitoria de Lima, de 14 de Febrero de 1997 (Exp. 5670-96-R).

83 Vid., por ejemplo, las Sentencias de las Salas Laborales de la Corte Superior de Lima, de 23 de Junio de 1997 (Exp. 2434- 97-ND) y de 30 de Junio de 1997 (Exp. 2851-97-ND).

84 En el mismo sentido, Vid. FERRO DELGADO, Victor. «El despido arbitrario y el despido nulo...» Op. cit. pp. 53- 54.

De otro lado, siguiendo una tendencia restrictiva de la protección contemplada en el inciso c) del artículo 29 de la LPCL, la misma disposición reglamentaria, en su segundo párrafo, extiende el ámbito temporal de la tutela⁸⁵ a un período no mayor de tres meses contados a partir de la expedición de la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento⁸⁶. Ahora bien, ante la inexistencia de un plazo expreso para el caso de quejas, cuyos efectos habrán de agotarse, usualmente, en un sólo acto, entendemos que debe aplicarse análogamente el período de tres meses. En conclusión, la protección total del despido nulo en estos supuestos ha de abarcar hasta tres meses después de formulada la queja o de culminado el procedimiento judicial o administrativo, salvo que las resoluciones emanadas de estos últimos se impugnen, ante los órganos judiciales correspondientes, mediante la acción

85 En relación a nuestra crítica respecto de los ámbitos temporales de protección en ciertos supuestos de despido nulo, nos remitimos a los comentarios expuestos a propósito de las causales b) y e) del artículo 29 de la LPCL.

86 Equivocadamente, ciertos pronunciamientos judiciales han venido a computar el período de protección desde la presentación de las demandas. Así, por ejemplo, la sentencia de 30 de Junio de 1997 (Exp. 2851-97-ND), de la Sala Laboral de Lima, no apreció la existencia de una reacción inmediata del empleador contra la trabajadora demandante que pueda crear la convicción que el despido obedeció a un acto de represalia por haber formulado una reclamación laboral, en tanto que «el despido de la trabajadora se efectuó a partir del día 21 de Octubre de 1996, es decir cuando habían transcurrido 03 meses y 16 días de la presentación de la acción de amparo ante el Décimo Segundo Juzgado Civil de Lima y 03 años, 04 meses y 09 días desde que se expidiera la Resolución Sub-Directoral 006-93-DN del 20 de mayo de 1993 que puso fin al reclamo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo...».

contencioso—administrativa (artículo 148 de la CP), en cuyo caso, creemos, se mantendrá vigente la protección.

Un último aspecto debe destacarse. Aunque de la interpretación jurisprudencial se deduce la necesaria naturaleza laboral que ha de tener toda queja o procedimiento judicial o administrativo, a efectos de ser alegado como motivo prohibido de despido, aun no queda claro si el contenido de aquella alude a la vía procesal laboral específica o, por el contrario, hace referencia a la materia laboral en sentido amplio. Desde la primera noción, de cuño restrictivo, el contenido de la «naturaleza laboral» del proceso, excluiría todo reclamo tramitado en vía procesal distinta a la laboral, llámese penal, civil, mercantil, etc.. Mientras, de otro lado, el contenido de la segunda noción nos conduce a reconocer cualquier reclamo que, aun cuando se tramite en vía procesal distinta a la laboral, se derive directamente de la relación de trabajo, como ocurre en el caso de los procesos penales iniciados contra el empleador por delitos contra la libertad individual del trabajo o, incluso, en el caso de acciones de amparo que reclaman la restitución de los derechos constitucionales de los trabajadores. Sin embargo, pese al carácter voluble de nuestra doctrina jurisprudencial en este aspecto, consideramos que la balanza debe inclinarse en favor de una protección amplia al derecho de tutela jurisdiccional del trabajador, cuya manifestación extienda la tutela del despido nulo a todo proceso que tenga conexión con la materia laboral⁸⁷.

87 Confirmando esta interpretación protectora, la sentencia de 23 de Junio de 1997 (Exp. 2304-97-ND), de la Sala Laboral de Lima, considera «...que el despido del accionante tiene por objeto sancionarlo por haber denunciado penalmente al representante legal de la de-

2. Los Efectos de un Modelo de Protección Enumerativo Taxativo en el Ordenamiento Peruano

Luego de analizar cada uno de los motivos prohibidos de despido, cuya eventual presencia puede, según la normativa legal peruana, acarrear la nulidad del mismo, es importante remarcar que dicha lógica de protección específica, para el ámbito laboral, afinca sus raíces en la literalidad del artículo 5 del Convenio 158 de la OIT (hasta la fecha no ratificado por el Perú)⁸⁸. Como se sabe, dicho texto, en salvaguarda de ciertos derechos proclamados en el ámbito internacional, ha considerado que «Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional

mandada, configurándose la causal de nulidad del despido contemplada en el inciso c) del artículo 62 del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo 728...».

88 Se ha señalado, en alusión a los motivos prohibidos, que «el TUO LFE únicamente considera como tales los que enumera, como ya se dijo, el artículo 5 del Convenio OIT...». Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo...» Op. cit. p. 201.

o el origen social; e) la ausencia de trabajo durante la licencia de maternidad».

Ahora bien, respecto de este listado, cuya naturaleza no tiene carácter exhaustivo, como lo da a entender la expresión «entre los motivos (...) figuran los siguientes», no cabe duda que el hilo conductor de todos estos supuestos parece ser, verdaderamente, la intención garantizadora de la protección que deparan otros instrumentos de la OIT⁸⁹. En efecto, como prueba de esta afirmación, basta citar, entre otros, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); el Convenio (núm. 111) y la Recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; el Convenio sobre los representantes de los trabajadores (núm. 135) y la Recomendación (núm. 143), 1971; el Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3), su posterior revisión en 1952 (núm. 103) y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95)⁹⁰. Todo lo cual, pone de relieve que el artículo 5 del Convenio 158 se conecta funcionalmente con el bloque

89 Así lo ha puesto de manifiesto, la propia OIT (Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. «Protección contra el despido injustificado...» Op. cit. p. 47.) cuando señala que «la protección contra ciertos motivos que no constituyen causa justificada de terminación de la relación de trabajo según está prevista en el artículo 5 del Convenio es un reflejo de la que deparan otros instrumentos de la OIT...».

90 Conviene aclarar, en este punto, que el Perú es, actualmente, signatario de la mayoría de estos convenios. A saber, entre los no ratificados destacan el 3, el 103 y el 135. (Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. «Lista de ratificaciones de convenios». Ginebra. primera edición. 1990, 210 pp.).

normativo internacional de la OIT, sobre todo en los casos donde determinados derechos presentan cierta relevancia al momento del despido.

Sin embargo, la incorporación *mutatis mutandis* de los motivos prohibidos de despido a los ordenamientos nacionales, no deja de ser compleja, en tanto, usualmente, la legalidad habrá de garantizar, junto a las prescripciones internacionales obligatorias, la imperatividad normativa dogmática de las Constituciones Políticas. Pues, como se ha venido afirmando, los derechos fundamentales se derivan de fuentes normativas diversas. Más aun, de admitirse que el sistema enumerativo de protección OIT excluye otros derechos propios del trabajador, debido a que éstos no figuran en la nómina de sus Convenios, su recepción en el ordenamiento jurídico nacional puede resultar, poco más que insuficiente a efectos de configurar una noción unívoca del despido nulo. Precisamente, a la experiencia peruana en este proceso complejo de incorporación del artículo 5 del Convenio 158, por vía legal laboral, dedicamos lo que resta de esta sección.

2.1 La Indefensión de algunos Derechos Constitucionales en Vía Laboral

Como lo adelantáramos en el primer capítulo del presente trabajo, la introducción de la figura del despido nulo al sistema jurídico-positivo nacional, entrañó un giro radical en el modelo laboral de protección frente al despido, que lejos de mantener las garantías del derecho de estabilidad laboral como mecanismos de protección indirecta de otros derechos constitucionales instituyó una vía procesal específica para la tutela de estos últimos. Pero, al tiempo que se estatuyó esta vía, se promueve desde ella un meca-

nismo reparador restitutorio, acorde con los efectos de toda nulidad, cuya eficacia exige la reposición del trabajador en su empleo, sin que quepa al juez, y menos a las partes, la facultad de sustituir esta medida a cambio de una compensación dineraria.

Desde un inicio, esto es, desde la entrada en vigencia de la Ley de Fomento del Empleo, la doctrina nacional entendió que, a tenor de la literalidad del artículo 5 del Convenio 158 de la OIT, la facultad del trabajador de demandar la nulidad del acto extintivo empresarial debía restringirse a los casos que aquél tenga por motivo la lesión de bienes constitucionales superiores, tales como, la libertad sindical, la igualdad y la no discriminación, la tutela judicial efectiva o el embarazo⁹¹. No cabía, según esta interpretación, alegar la nulidad de un despido cuando la lesión afectaba un derecho constitucional del trabajador no tipificado en la lista de motivos prohibidos, pues ello implicaría atribuirle a la misma un carácter ejemplificativo que no tenía. Sin embargo, esta lectura restrictiva de signo doctrinal, recién encontrará un respaldo normativo en el artículo 52 del Decreto Supremo 001-96-TR, reglamento de la LFE, en cuyo texto se exige a la acción de nulidad del despido que por lo menos uno de los motivos prohibidos en la ley, sea expresamente invocado y acreditado como razón del mismo. En fin, esta norma, que viene a confirmar el carácter enumerativo taxativo de la mencionada lista, deja

91 Vid., en este sentido, PASCO COSMOPOLIS, Mario. «La Estabilidad Laboral en la Ley de Fomento al Empleo». En: *Análisis Laboral*. Lima. Junio 1992., p. 34.; además, HERRERA VASQUEZ, Ricardo. «La estabilidad laboral de salidad en las modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo». En: *Revista Ius et Veritas*. Lima. año VI. N° 11, pp. 139-141.

fuera del ámbito de protección del despido nulo un vasto margen de la constitucionalidad, referido no sólo a la temática de la eventual violación de derechos fundamentales desde la motivación del despido, sino, también, desde su realización.

Con todo, más allá de este proceso de reducción del espacio en el que juega la tutela del despido nulo, el panorama de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales en vía laboral, se complica frente a la ausencia de mecanismos procesales alternativos que los garanticen. No existen en el sistema legal laboral peruano, aparte del despido nulo, vías procesales idóneas que aseguren la *restitutio in natura* cuando un acto empresarial, cualquiera que fuere, alcanza relevancia constitucional⁹². De manera que, esta opción político-organizativa del ordenamiento procesal la-

92 Incluso, consideramos rechazable cualquier postura que pretenda reconducir procesalmente por la vía del «Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza» (artículo 4. 2. c. de la LPT), la vulneración de un derecho constitucional a través de un despido. Pues, antes de convertir a esta vía en un virtual «cajón de sastre», hemos de aclarar su contenido recurriendo a una interpretación sistemática por comparación con el inciso 2 del artículo 27 de la LPT que enumera las fuentes normativas generadoras de la obligación probatoria en el empleador. Por ello, en la medida que en el artículo 4.2.c de la LPT no se dice nada acerca de cuáles son las disposiciones y normas laborales pasibles de ser incumplidas y que en cierto sentido cada una de ellas debe conllevar una determinada carga probatoria (de lo contrario, la prueba del incumplimiento empresarial correspondería al trabajador demandante), entonces se asume que la vía procesal mencionada está referida únicamente al incumplimiento de obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo. Se excluye, en consecuencia, el incumplimiento de normas constitucionales de operatividad en el ámbito laboral.

boral, parece situarse en la lógica disfuncional de admitir despidos vulneradores del ejercicio lícito de derechos constitucionalmente consagrados, siempre que aquéllos no se tipifiquen como sancionables con la nulidad. Admisión que derivaría en la convalidación de los efectos extintivos de un despido inconstitucional, a cambio de una indemnización de carácter económico (en caso se reconduzca por la vía del despido arbitrario –artículo 34 de la LPCL–).

Cuanto antecede, finalmente, no puede sino llevarnos a la constatación que no todo despido transgresor de un derecho fundamental ha de estar enlazado directamente con la figura del despido nulo. Pues, en efecto, la acción de nulidad del despido no tutela la constitucionalidad en su conjunto, sino, más bien, restringe aquélla sólo a algunos derechos de ella. Ahora bien, la tendencia delimitadora del ámbito de protección de esta figura, puede ser sistematizada, a nuestro juicio, desde dos niveles. El primer nivel de exclusión, de *actuación horizontal*, está conformado por todos los derechos constitucionales del trabajador, sean los nacidos de la relación contractual laboral o, aun cuando no lo sean, los que adquieren esta dimensión por ser propios de la condición de persona del trabajador⁹³, no señalados como motivos prohibidos en el artículo 29 de la LPCL e, incluso, los que, no siendo pasibles de lesión por esta vía, lo son a través de la realización del despido. Asimismo, identificamos un segundo nivel de exclusión, por el contrario de *acción vertical*, que se inserta en la protección defectuosa de los derechos constitucionales reconocidos en el artículo

93 Sobre la actuación de los derechos constitucionales del trabajador en la relación laboral, nos remitimos a lo tratado en la Sección Primera del Capítulo II.

29; de ahí que, la desprotección de algunos aspectos del contenido de estos derechos deje abierta la duda acerca de si corresponde declarar la nulidad de un despido lesivo de estos aspectos «no protegidos».

Por tanto, a modo de ejemplo, queda fuera del ámbito material del despido nulo, la trabajadora que, tras revelar a medios de opinión pública la convivencia extramatrimonial con su pareja, ve terminado su contrato de trabajo, aun cuando es evidente la transgresión de su intimidad y su libertad de expresión; el perjudicado de un despido producido con daño a la libertad de información, en tanto se le sancionó por conocer y transmitir una información intrascendente, a efectos de generar consecuencias nocivas a la empresa, por cuanto el incumplimiento del deber de secreto era irrelevante; o el despedido injustificadamente a través de una «carta de despido» lesiva de su dignidad, con frases injuriosas o insultantes. Además de estos casos, siguiendo el nivel de exclusión vertical, pueden quedar en similar situación otros supuestos, tales como, un despido discriminatorio basado en un factor diferencial prohibido en la Constitución, pero no en la ley, o, tal vez, un despido discriminatorio en su resultado, pero no en su motivación (léase discriminación indirecta).

Queda claro, en definitiva, que el sistema jurídico-positivo laboral al restringir la protección del despido nulo a los motivos enumerados taxativamente en el artículo 29, delimita su extensión y, lo que es peor, acarrea la indefensión de gran parte del bloque de la constitucionalidad laboral. Opinamos por ello, que el legislador procesal laboral, construye la sistemática del modelo de protección frente al despido, sobre la base de una lógica riesgosa

que bien puede poner en entredicho el derecho de tutela jurisdiccional, el mandato de no limitación de los derechos constitucionales en toda relación laboral (artículo 23 de la CP) e, incluso, la imperatividad misma del texto constitucional. Y donde, además, la intensidad de este riesgo será inversamente proporcional a la existencia de vías procesales que, siendo alternativas o complementarias, tiendan a garantizar la reparación efectiva de los derechos fundamentales violados por un despido, aun cuando para accionarlas sea preciso el abandono del ordenamiento jurídico laboral.

2.2 La Acción de Amparo como Mecanismo Judicial de Defensa frente al Despido

De cuanto se ha dicho, conviene recordar que en los casos de despidos lesivos de derechos constitucionales, la importancia del vehículo instrumental utilizado (el despido) no puede ocultar la extraordinaria relevancia constitucional del resultado ilícito perseguido a través de él (la violación del derecho fundamental). El despido, en esta noción, no es más que el mero poder jurídico conferido al empresario, por intermedio del cual se contravienen derechos fundamentales del trabajador. En suma, digamos que, parafraseando a TOYAMA MIYAGUSUKU, «más que un despido, entonces, existe una vulneración de un derecho fundamental»⁹⁴.

Como se sabe, nuestra Constitución en su artículo 200 enumera un conjunto de recursos o procedimientos de na-

94 Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «La Estabilidad Laboral y la Acción de Amparo: Un estudio preliminar». En: *Asesoría Laboral*. Lima. N° 69. Setiembre de 1996. p. 19.

turalidad excepcional⁹⁵, respecto de otras vías ordinarias, destinados a la tutela de los derechos constitucionales de toda persona contra las agresiones, o posibles agresiones, de particulares o de autoridades estatales. Por cuanto, el objeto de aquéllas reside en «reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional» (artículo 1 de la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo). Sin embargo, pese a la operatividad de todas las garantías constitucionales, prototípicamente la que cuenta con mayor incidencia en el marco de la protección frente al despido es la Acción de Amparo. Pues, su ámbito de tutela se extiende a los derechos «reconocidos por la Constitución», con excepción de la libertad individual, el derecho de información ante entidades públicas y la intimidad personal frente a la utilización arbitraria de los bancos de datos y registros computarizados, a cuya protección se consagran las acciones de Habeas Corpus y Habeas Data (artículo 200 de la CP).

Ahora bien, ocurre que a pesar de su pretensión proscripтора de actos atentatorios a la constitucionalidad dogmática, la interrelación de la acción de amparo respecto de la figura del despido nulo en tanto vía ordinaria laboral, ha sido poco más que compleja y hasta cuestionable. El problema, debe aclararse, se origina en las diversas posturas interpretativas que se han deducido del inciso 3 del artículo 6 de la Ley 23506, cuyo texto declara improcedente

95 Los rasgos característicos de las acciones de garantía que derivan de dicho carácter excepcional son la sumariedad, la ejecutoriedad, la preferencia en su tramitación, la celeridad procesal, el escaso formalismo, entre otros.

toda acción de garantía «cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria». Desde una de ellas, siguiendo la doctrina argentina de las vías paralelas⁹⁶, se ha pretendido excluir la procedencia de la acción de amparo, toda vez que coexistan procedimientos judiciales ordinarios que permitan la protección eficaz y oportuna del derecho afectado; mientras, desde la otra, basada en una interpretación literal del precepto inserto en la ley peruana, se entiende que estamos ante vías optativas, cuya existencia permite al afectado optar entre ambas, sea la judicial ordinaria o el amparo, y sólo en el caso que previamente haya optado por la primera, quedará privado del derecho de recurrir a la segunda, esto es, al amparo⁹⁷. De cualquier modo, cada una de ellas, admitirá respuestas distintas a la problemática planteada. Conforme al esquema de las vías paralelas, los derechos constitucionales enumerados taxativamente en el artículo 29 de la LPCL, no pueden ser tutelados por el amparo, puesto que aquéllos cuentan con la protección específica del despido nulo.

Consecuentemente, en esta misma interpretación, no ocurre lo mismo con los derechos excluidos de aquella lista que por estar desamparados en la vía laboral reclaman le-

96 «Conforme al esquema de la Ley 16986, la acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instrumento excepcional, residual y heroico, como lo llama la doctrina; reservado (dice la Corte Suprema en su actual composición) 'para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales'. (Cfr. SAGUES, Nestor. «Derecho Procesal Constitucional». *Acción de Amparo*. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1988. p. 166.).

97 Por todos, Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El derecho de Estabilidad en el Trabajo...» Op. cit. pp. 200-203.

gítimamente el amparo de la acción de garantía. Por contra, según la interpretación de las vías optativas, todos los derechos constitucionales laborales afectados, estén tutelados o no por la figura del despido nulo, debieran integrar el objeto material de protección de la acción de amparo, con la salvedad que no se opte previamente por la vía judicial ordinaria.

A nuestro entender, aun cuando «el sistema argentino resulte más coherente y conforme a la naturaleza propia del Amparo, como garantía constitucional»⁹⁸, la actual redacción del inciso citado no impide la procedencia de esta acción en virtud de la existencia de una vía judicial paralela, sino concede al agraviado el ejercicio de un derecho optativo entre una u otra vía⁹⁹. Evidentemente, ello implica la ruptura de la pretendida noción unívoca del despido nulo, por cuanto lo que persigue el quejoso con la acción de amparo no es otra cosa que la declaración de nulidad del acto inconstitucional, cuya ejecución, de ser estimada la demanda, se materializará en la reposición del trabajador despedido.

98 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El derecho de Estabilidad en el Trabajo...» Op. cit. p. 200.

99 A esta misma conclusión, parece llegar ABAD YUPANQUI cuando, comparando el sistema argentino con el peruano, señala que «Nuestro país, en cambio, no ha seguido un principio similar, pues la jurisprudencia ha entendido que el art. 6 inc. 3 de la Ley 23506 reconoce al quejoso un derecho de opción para acudir o bien a la vía paralela o bien al remedio constitucional del amparo». (Cfr. ABAD YUPANQUI, Samuel. «Acción de Amparo y Vías paralelas». En: *Revista Temas de derechos constitucionales*. Comisión Andina de Juristas. N° 4. p. 150.).

No obstante la coherencia de esta interpretación, como ha puesto de relieve la doctrina¹⁰⁰, la configuración legal del carácter optativo de la acción de amparo, junto a su utilización excesiva y desordenada por la judicatura nacional, ha generado la desnaturalización de su propia esencia, convirtiéndola más que en una «vía excepcional», en una vía ordinaria más. Y, precisamente, por esta razón, a falta de una reforma política organizativa procesal, los intentos por revertir esta situación han partido de una tendencia jurisprudencial que, cada vez con más fuerza, busca excluir la procedencia del amparo cuando coexista un procedimiento judicial ordinario. En otras palabras, contra la literalidad del texto expreso de la Ley 23506, se pretende, por conducto jurisprudencial¹⁰¹, incorporar en nuestro

100 Al respecto, TOYAMA MIYAGUSUKU (Cfr. «Estabilidad laboral y la acción de amparo...» Op. cit. p. 18.) ha señalado que «...admitir el carácter optativo de la acción generaría una «amparización» y ello desnaturalizaría la propia esencia de la acción de amparo, entendida como vía excepcional». Asimismo, tras constatar el abuso en la utilización de esta garantía constitucional para defender cualquier derecho y en cualquier situación, MONROY habla validamente de una «amparización de la actividad judicial» o, en otras palabras, de la «ordinarización del amparo» (Vid. LOVATON PALACIOS, David. «Protección de la Libertad Sindical en el Perú...» Op. cit. pp. 181 y ss.).

101 Este es el sentido que la Sala Especializada de Derecho Público, ha atribuido a la acción de amparo. Así, por ejemplo, esta Sala en su Sentencia de 27 de Enero de 1997 (Exp. 1045-96), ha considerado «...que, los artículos glosados [artículos 01 y 02 de la Ley 23506], y que constituyen el marco inicial respecto a la legislación constitucional, tienen como objeto precisar el ámbito de utilización de acciones de esta naturaleza, limitándolas a aquellas acciones u omisiones constitucionales que no pueden ser materia de análisis mediante otro tipo de procesos...». Vid., en el mismo sentido, la Sentencia de la misma Sala de 28 de Abril de 1997 (Exp. 1212-96).

ordenamiento la doctrina argentina de las vías paralelas, transformando al Amparo de una vía opcional, en una vía «excepcional», «residual» o «heroica». Lo cual supone, entonces, que la admisibilidad de la acción de amparo depende, únicamente, de la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema planteado, pues, como ha señalado SAGUES¹⁰², «el amparo, presupone el desamparo».

Lógicamente, esta construcción jurisprudencial demanda del juzgador una dosis mucho más intensa de participación. Más aun, si es él quien tiene que detectar las deficiencias procesales que configuran el desamparo de un derecho fundamental, ya ocurra éste cuando no exista vía judicial ordinaria o cuando, aun existiendo aquella, el trámite ordinario no es operativo para enfrentar el acto lesivo. De ahí que, el empleo de esta especialísima acción requiera de una madurez particular en jueces y letrados, ya que se desnaturaliza tanto al amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales alternativas para el caso litigioso¹⁰³. En conse-

Asimismo, se debe destacar que la corriente jurisprudencial impuesta por el Tribunal Constitucional en sus fallos, sobre todo en fecha bastante reciente, ha considerado que el proceso de Amparo no puede entenderse en modo alguno como un proceso subsidiario, «...sino como se desprende del inciso 3) del artículo 6 de la Ley 23506, como un proceso al que en forma alternativa pueda acudir quien considere que sus derechos constitucionales se encuentren amenazados de violarse o se hayan violado, por acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona» (Vid. Sentencia del TC de 10 de Diciembre de 1997, Exp. 394- 97-AA/TC).

102 Cfr. SAGUES, Nestor. «Derecho Procesal Constitucional. La Acción de Amparo...» Op. cit. p. 166.

103 Loc. cit.

cuencia, como no puede ser de otra manera, la aceptación de la doctrina de las vías paralelas, instituye al magistrado interviniente la obligación de realizar un cuidadoso análisis «caso por caso» que, a efectos de admitir la acción de amparo, examine si no existen procedimientos regulares o, de haberlos, si resultan idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender al problema planteado.

Por desgracia, ninguna de estas garantías que aparecen como lógicas desde una concepción tuitiva de la acción de amparo, se ha manifestado como correlato de esta nueva tendencia jurisprudencial. La magistratura, lejos de realizar un análisis riguroso, minucioso y detenido de los procedimientos ordinarios de impugnación del despido, ha considerado viable la declaración de improcedencia de la acción de amparo toda vez que existan vías judiciales que contemplan el problema litigioso. Así, en un caso donde se alegó la violación de derechos constitucionales, la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, en la sentencia de 27 de Enero de 1997 (Exp. 1045-96), tras afirmar que la adecuada protección frente al despido arbitrario, que encarga la Constitución a la ley, se traduce en la protección dispensada a través de la acción de despido arbitrario como la de despido nulo, concluye «que, por lo tanto, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos procesales para hacer valer el derecho que se alega, la presente acción [de amparo] no es la vía idónea para resolver la controversia». Nótese, por lo demás, que aparte de la terrible confusión en cuanto al fundamento constitucional del despido nulo, se desdeña el análisis del ámbito de protección de cada una de estas acciones de impugnación del despido. Pudiéndose ocultar con ello, las deficiencias que en cuanto a su protección puede generar, sobre todo, la acción de despido nulo.

Adicionalmente, aunque de los pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como última instancia de fallo en materia de acciones de garantía, no se desprende un criterio tan definitivo, creemos que la tendencia evolutiva de su jurisprudencia, o acaso involutiva desde la perspectiva de la protección, apunta, también, a una noción restrictiva en la procedencia de la acción de amparo. Resulta ejemplificativa de esta incipiente tendencia, la sentencia que falla declarando INFUNDADA una demanda, en la que se solicita la reparación del derecho al trabajo, al debido proceso, a la libertad sindical y a la negociación colectiva, aduciendo que «si bien los derechos de los trabajadores son reconocidos por la Constitución Política del Estado, sin embargo, su regulación y desarrollo se encuentra normado en leyes laborales»¹⁰⁴.

Del análisis de este criterio jurisprudencial, la conclusión emerge por sí sola: ni los derechos constitucionales excluidos en virtud del carácter cerrado del artículo 29 de la LPCL, ni los aspectos desprotegidos de los derechos contemplados en la lista, se encuentran incardinados en el objeto de protección del amparo. No obstante, remitiéndonos a lo ya estudiado, cabe cuestionar esta conclusión, sobre la base de que una lectura razonable, desde la propia doctrina de las vías paralelas, implicaría necesariamente la posibilidad de recurrir al amparo cuando un derecho constitucional violado no ha sido protegido por la lista enumerativa taxativa¹⁰⁵. Incluso, este cuestionamiento resulta pre-

104 Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 23 de Setiembre de 1997 (Exp. N° 319- 97- AA/TC).

105 Asimismo, la doctrina nacional ha considerado «...procedente la interposición de una acción de amparo contra violaciones a derechos o princi-

dicable, también, para las llamadas exclusiones de acción vertical, esto es, para ciertos aspectos de los derechos contemplados en la lista, que acusan desprotección por parte de la figura del despido nulo. En definitiva, queda claro, que de cerrarse las puertas del amparo a la protección de derechos constitucionales violados por un despido, sin otra razón que la aplicación errada de la doctrina de las vías paralelas, la situación de indefensión provisional del trabajador en la vía laboral devendría en definitiva, afectándose explícitamente con ello, como ya lo adelantáramos, el derecho de tutela jurisdiccional, el mandato de no limitación de los derechos constitucionales en toda relación laboral (artículo 23 de la CP) e, incluso, la imperatividad misma del texto constitucional.

En este marco legal laboral en el que la impugnación del acto extintivo empresarial en virtud de su falta de causa o su falta de forma (esto último referido al despido individual), se reconduce por la vía de la acción de despido arbitrario, y donde la acción de nulidad del despido aparece como insuficiente para garantizar la vigencia efectiva del bloque de la constitucionalidad laboral, creemos que prácticas jurisprudenciales restrictivas en el ejercicio de la acción de amparo, más aun en contra de la propia legalidad, acrecientan el riesgo de materialización de voluntades lesivas inmunes a todo tipo de sanción. De lo que se trata, por tanto, sea desde la postura de las vías opcionales o sea desde las vías paralelas, es de cautelar la normativa constitu-

pios constitucionales que se producen con ocasión del despido». (Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «La Estabilidad Laboral y la Acción de Amparo... » Op. cit. p. 20.).

cional y no sancionar, meramente, el ejercicio disfuncional del poder jurídico extintivo que el empresario ostenta legítimamente. Hay que atender, en suma, a la lesión misma del derecho, al margen del ámbito material de relaciones jurídicas en que la misma se ha producido¹⁰⁶.

Segunda Sección

Ambito material de aplicación del despido nulo

Una vez visto cuál es el objeto de tutela del despido nulo y cómo queda inserta su lógica de protección en el ordenamiento jurídico nacional, vamos a ver ahora si el ámbito de operatividad de esta figura alcanza sólo al despido, o si, por el contrario, éste cabe ser extendido a otros supuestos extintivos a través de los cuales el empleador puede, también, encausar una voluntad ilícita basada en los motivos prohibidos especificados en el artículo 29 LPCL.

1. Problemática

Como se sabe, la vigente LPCL en su artículo 16 ha venido a diferenciar el despido de otras causas de extinción de la relación de trabajo. Enmarcado dentro de una concepción genérica extintiva, el despido, en los casos y forma permitidos por la Ley, se distingue de otros supuestos específicos de terminación como el fallecimiento o desaparición de una de las partes, la renuncia o retiro voluntario del trabajador, el vencimiento del plazo pactado en el contrato, la invalidez absoluta permanente del trabajador, la jubila-

106 Vid. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel. «Los derechos laborales en la Constitución Española». Madrid. Centros de Estudios Constitucionales. 1991. pp. 89-90.

ción y la terminación de la relación laboral por causas objetivas. De este modo, cuando el artículo 29 reputa nulo el despido basado en motivos prohibidos, parece evidente que apunta a reservar la declaración de nulidad sólo a las lesiones de bienes constitucionales producidas desde esta forma extintiva. Así pues, atendiendo a estas reglas de ordenación normativa, se puede concluir, primigeniamente, que la acción de nulidad del despido es oponible sólo frente a actos extintivos en los que el empleador alegue una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador.

Efectivamente, la radicalidad de tal opción legislativa conduce a concebir el despido como el único instrumento canalizador de una motivación ilícita empresarial. Lo cual no deja de ser en parte cierto, pues, siendo la motivación del acto extintivo un «resorte psicológico»¹⁰⁷ del mismo, aquélla, para adquirir relevancia, debe emerger necesariamente en contextos de amplia discrecionalidad o de exclusiva iniciativa del agente agresor, como ocurre paradigmáticamente en el despido. Más aun, resulta evidente que sólo en los casos donde la decisión empresarial extintiva goza de plena autonomía, sin más revisión que la propia voluntad del empresario, puede sustituirse, a menudo sin responsabilidad alguna, una motivación legítima por una ilícita. Sin embargo, a pesar que en el despido se subordina la decisión de disolver el vínculo contractual de forma casi exclusiva a la voluntad unilateral del empleador, dejándose al trabajador la potestad impugnativa *ex-post*, y, por consiguiente, aunque el margen de riesgo de producir motivacio-

107 Cfr. PASCO COSMOPOLIS, Mario. «La Estabilidad Laboral en la Ley de Fomento al empleo...» Op. cit. p. 34.

nes ilícitas, sean éstas explícitas o encubiertas, es bastante alto, no nos parece suficiente para negar la posibilidad que otros actos extintivos se transformen en instrumentos lesivos de la constitucionalidad.

Por el contrario, de lo anterior resalta que el marco de referencia en el que actúa la motivación prohibida es la voluntad unilateral del empleador, al margen de la naturaleza jurídica de la forma extintiva¹⁰⁸.

Es decir, la actuación de las motivaciones ilícitas atentatorias de derechos tutelados en el artículo 29 de la LPCL, no se delimita necesaria y exclusivamente al despido, puesto que aquélla se inserta en las terminaciones fundadas en la voluntad unilateral del empleador¹⁰⁹, donde se reconoce a aquél un amplio margen de discrecionalidad.

108 Por lo demás, cabe anotar que esta consideración, lejos de resultar anojadiza, encuentra paradójicamente sustento normativo en el Convenio OIT número 158, puesto que el mismo dispone como ámbito de aplicación de sus normas, incluidas las referidas a los motivos prohibidos que no constituirán causa justa de resolución del vínculo laboral, cualquier «terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador». Por cuanto, desde la lógica de este instrumento normativo internacional, tampoco interesa la forma extintiva, que queda cubierta tras la abstracción del vocablo «terminación», puesto que el énfasis viene a ponerse sobre el juego de la voluntad unilateral del empleador al momento de disolver el vínculo laboral.

109 Esta afirmación, obviamente, implica negar la naturaleza de «instrumento canalizador» de la motivación empresarial, a las terminaciones producidas por la voluntad unilateral del trabajador, por la voluntad concurrente de ambas partes o, en su defecto, derivadas de la desaparición o incapacidad de las partes. Vid., sobre el particular, la tipología que ensaya ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE. «Derecho del Trabajo». Madrid. Universidad Complutense. decimocuarta edición. 1995. p. 385.

Por ello, queda claro, que aunque el despido revele un alto riesgo de lesividad, puede no ser el único instrumento de lesión. Situación que, por lo demás, de ser cierta, implicaría un nuevo recorte al modelo de protección específica prescrito por el despido nulo.

Ahora bien, hay que reconocer que el análisis doctrinario sobre la injerencia exclusiva y excluyente de la voluntad empresarial en supuestos extintivos, distintos al despido, aparte de resultar complejo, ha incidido puntualmente en el antiguo «cese colectivo», al que en fechas más recientes la Ley llama «terminación de la relación laboral por causa objetiva» (inciso h) del artículo 16 LPCL). Opiniones a favor y opiniones en contra acerca del reconocimiento de la iniciativa del empleador como elemento promotor de esta causa de extinción, han hecho de este tema uno de los más controvertidos del derecho laboral peruano. No obstante ello, sin pretensiones de rigurosidad, entremos a precisar algunos conceptos, así como a agregar algunos elementos de juicio que, desde nuestro punto de vista, resultan trascendentales para este debate.

2. La Gravitación de la Voluntad Unilateral del Empleador en la Terminación de la Relación Laboral por Causa Objetiva

Hasta ahora, al referirnos al despido como supuesto específico de extinción, hemos predicado, sin matiz alguno, que la actuación de la voluntad unilateral del empleador se basa en la plena autonomía y en el amplio margen de discrecionalidad para atribuir a la decisión extintiva efectos inmediatos *ex jure*. Semejante consideración, sin embargo, pese a no ser del todo falsa, puede haber confundido la determinación del rasgo tipificante que denota la presencia

de la iniciativa empresarial como sustento del acto de terminación contractual. Efectivamente, esta consideración al enfocar el juego de la voluntad patronal desde los efectos resolutorios del despido, ha ignorado el estudio del rol de aquélla en el momento de la imputación de la causa justificada. Pues, no es lo mismo que el empleador decida alegar una falta grave, a que decida resolver el contrato, aun cuando nuestro sistema de «despido directo» admita la manifestación concurrente de ambos, al atribuir al hecho de imputación de la causa efectos extintivos inmediatos. Así, pese a la aparente confundibilidad de estas decisiones, hemos de reconocer en ellas el ejercicio de una misma voluntad pero en momentos diferenciados.

Por lo demás, aquél distingo queda más claro en sistemas de «despido propuesta», donde es indispensable que un tercero convalide la decisión del empleador de resolver el contrato de trabajo, y no basta su sola voluntad para generar tal efecto jurídico¹¹⁰. Es decir, en estos sistemas, se hace sólo más evidente la manifestación dual de la voluntad unilateral del empleador. Sin embargo, al margen de esta constatación, lo dicho hasta aquí, devela una conclusión adicional, cual es, el eventual decrecimiento del grado de autonomía empresarial en el momento de la materialización del acto extintivo. Obsérvese, en consecuencia, que mientras la alegación de una causa de despido se instituye siempre (léase, en cualquier sistema, sea despido directo o despido propuesta) como objeto canalizador de una iniciativa empresarial legítima de extinción; la atribución de un

110. Vid. HERRERA VASQUEZ, Ricardo. «La Estabilidad laboral de Salida en las modificaciones a la Ley de Fomento del empleo...» Op. cit. p. 142

efecto extintivo a dicho acto no siempre dependerá exclusivamente de tal iniciativa, por cuanto puede condicionarse, según la opción político-organizativa de cada Derecho nacional, a una posterior autorización o resolución de entidades administrativas o judiciales. De tal modo, que aunque el despido basado en la incapacidad o conducta del trabajador, se sujete a un procedimiento de control *ex ante*, y aunque aquel procedimiento rebaje los márgenes de autonomía en la ejecución del mismo o, acaso, prescinda de ella, nadie podrá negar que el mencionado acto de extinción contractual fue decidido por el empresario, en virtud que fue aquél quien decidió, y no el tercero, imputar la causa justificada.

De esto se desprende, en definitiva, que la actuación de la voluntad unilateral del empleador no se encuentra exclusiva y necesariamente inserta en el momento de la ejecución del despido, sino, además, ella gravita desde un momento anterior, esto es, desde la decisión de incursar la conducta o la situación del trabajador en una causa que justifique la terminación.

Este complejo panorama que se acaba de describir, tiene, a nuestro juicio, mucho que ver con la problemática que nos incumbe en este punto. Como se sabe, la LPCL en el capítulo VII de su Título Primero ha venido a estatuir para el caso de la terminación de los contratos de trabajo por caso fortuito, fuerza mayor y por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos¹¹¹, un régimen de «con-

111 No mencionamos los supuestos de disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra, ni tampoco, la reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo 845, puesto que la naturaleza de estas «causas obje-

trol previo» que encarga a la Autoridad Administrativa de Trabajo la comprobación de la existencia de estas causas objetivas invocadas por el empleador¹¹². Es más, realizada esta comprobación, la Ley obliga a la Autoridad de Trabajo a emitir resolución, en doble instancia, autorizando o denegando la petición del empleador (incisos e) y f) del artículo 48). Ahora bien, de ser autorizativa dicha resolución final, el empleador, sólo en los supuestos del inciso b) del artículo 46 de la LPCL, tiene que ratificar su voluntad extintiva, mediante la notificación de la medida a los trabajadores afectados, poniendo a disposición de ellos los beneficios sociales que por ley puedan corresponderles (artículo 50 LPCL). En consecuencia, la resolución que autorice una terminación colectiva conectada a motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, no tiene ni puede tener efectos extintivos por sí misma, ya que su ejecución depende íntegramente de la decisión extintiva confirmatoria del empleador. Por contra, aunque la LPCL guarda silencio respecto de los efectos extintivos de la resolución adminis-

tivas» conlleva la terminación del contrato de trabajo sin necesidad de procedimiento previo. En estos casos, «...no existe ninguna autorización previa de la autoridad competente sino que el empleador procederá al despido de los trabajadores si se cumple la causal señalada». (Cfr. CORTES CARCELEN, Juan Carlos. «¿El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado como despido?...» Op. cit. p. 87.).

112 Esta medida que propugna la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dice BLANCAS BUSTAMANTE, «...es frecuente en otras legislaciones y se sustenta en las consecuencias no sólo individuales y familiares, sino también sociales que provoca el despido colectivo, lo que justifica la intervención previa de la autoridad estatal a efectos de comprobar la existencia de causas invocadas por el empleador y, en tal caso, facultarlo para el despido». (Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El derecho de estabilidad en el trabajo...» Op. cit. p. 336.).

trativa para los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, al parecer con ella automáticamente se «extinguiría la relación laboral»¹¹³.

Por cuanto, desde nuestro punto de vista, no falta razón al sector doctrinal que, atendiendo al marco legal regulador del rol resolutorio de la voluntad unilateral del empleador en las terminaciones colectivas por causa objetiva, ha afirmado, entiéndase para los casos donde la resolución administrativa es autorizativa, que «la voluntad del empresario, lejos de ser irrelevante, interviene y es determinante para producir el resultado final: la extinción del contrato de trabajo»¹¹⁴. En este sistema, queda claro, que aunque la autorización de la autoridad competente sólo verifique la causal, es el empleador quien decide en última instancia la extinción de la relación de trabajo¹¹⁵. Es más, esta situa-

113 En este sentido, Vid. la opinión de CORTES CARCELEN («¿El cese colectivo por causas objetivas...» Op. cit. p. 86) cuando señala que «si bien no existe claridad en la norma, al parecer con la resolución final de la Autoridad de Trabajo se extinguiría la relación laboral».

114 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El derecho de Estabilidad en el Trabajo...» Op. cit. p. 329; además, en el mismo sentido, Vid. CORTES CARCELEN, Juan Carlos. «¿El cese colectivo por causas objetivas...» Op. cit. pp. 81- 80. Para una opinión contraria, Vid. PASCO COSMOPOLIS, Mario («Extinción de la relación laboral en el Perú». En: *La extinción de la relación laboral*, Varios Autores, Lima, AELE, pp. 245 y ss.) que señala que en los casos de «extinción de la relación por causas objetivas», la iniciativa del empleador no basta para lograr un efecto resolutorio, más aún cuando ésta debe ser complementada con el acuerdo del trabajador o del conjunto de trabajadores en vía colectiva o autorizada previamente por una autoridad judicial o administrativa.

115 Se ha dicho acertadamente que «La autorización administrativa no extingue los contratos de trabajo, sino que autoriza al empleador a proceder al despido de los trabajadores afectados. El uso de esa autorización,

ción que deja en manos de este último la decisión de materializar el cese, genera en el empresario la eventual facultad de no ejercitar el acuerdo alcanzado¹¹⁶ o, simplemente, de no ejecutar la autorización administrativa obtenida. Incluso, en esta línea, debido al alto grado de discrecionalidad que goza el empleador, se pueden configurar casos en los cuales más que una renuncia a la potestad extintiva, ocurre una limitación cuantitativa al cese del personal. Limitación cuantitativa que, por lo demás, bien podría tener como criterio de selección, motivaciones ilícitas de relevancia constitucional.

No obstante, la fuerza de esta argumentación, que nos revela la presencia de la voluntad unilateral empresarial al momento de la ejecución del cese, la consideramos insuficiente por cuanto el análisis de la gravitación de ésta no puede restringirse a su efecto meramente resolutorio. Pues, como ocurría en el despido, la terminación de la relación laboral por causa objetiva, al margen de cualquier distingo terminológico, atribuye a la iniciativa del empleador no sólo una tarea ejecutiva del acto extintivo, sino también un

no la autorización en sí misma, es el acto que conduce a la extinción de los contratos de trabajo». (Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. «Derecho del Trabajo». Madrid. Ed. TECNOS, 1991, pág 557.).

- 116 El procedimiento de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, a que se refiere el artículo 48 de la LPCL, legitima al empleador para que, en forma simultánea o anterior al inicio del trámite ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, adopte acuerdos extintivos, de naturaleza vinculante, con el sindicato o, a falta de éste, con los representantes de los trabajadores. En otras palabras, siempre que exista una causa objetiva de terminación, los sujetos laborales pueden, de común acuerdo, negociar la resolución de los contratos de trabajo.

rol definitivo en la alegación de la causa objetiva como elemento canalizador de la decisión unilateral de poner fin a los contratos de trabajo. Así, por ejemplo, en primer lugar, la legislación deja al empleador la facultad amplia de determinar la configuración de las causas objetivas, no sólo porque el llamado a señalar el tiempo en que ocurre es el empresario, sino, sobre todo, porque esa normatividad no proporciona referentes ante los cuales operen dichas causas objetivas. En cuanto a esta última cuestión, no se definen los límites materiales de lo que habrá de entenderse por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogos. En este contexto, el empresario que dirige una organización empresarial, bien puede alegar la presencia de «motivos económicos», tanto en circunstancias de crisis, como en supuestos donde, pese a no existir aquella, los índices de competitividad son bajos¹¹⁷.

En segundo lugar, junto a esta situación que permite la

117 En mi opinión, las terminaciones de los contratos de trabajo por causa económica, no están pensadas para proteger el «lucro empresarial», sino que tienden a tutelar, de modo excepcional, la eficiencia y la competitividad de la empresa. Es más, las circunstancias deben revelar al decir de GOERLICH PESET (Vid. «Los Despidos Colectivos». En: *La reforma del estatuto de los trabajadores, tomo II, El Despido*. AA. VV. dirigidos por Borrajo Dacruz. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas. 1994. pp. 95-96), una «situación económica negativa» que ha de interpretarse de forma estricta, es decir, asimilándola a la existencia de pérdidas y no simplemente a la existencia de resultados negativos en relación con los beneficios anteriores. Asimismo, por poner otro ejemplo, no se dice nada respecto de la configuración de los «motivos tecnológicos», aunque, sin duda, atendiendo a la tutela de intereses sociales, debe entenderse restringido a la idea de sustitución del aparataje técnico dada la obsolescencia de los medios de producción.

actuación intensa de la voluntad unilateral del empleador, tenemos que aquél se reserva para sí el derecho de cuantificar unilateralmente los perjuicios. En la medida que la Ley permite al empleador adjuntar a su solicitud de cese una «pericia de parte» que acredite su procedencia (inciso c) del artículo 48), deja, virtualmente, en manos de éste la decisión de determinar el número de trabajadores que afectará la medida. E incluso, en tercer lugar, aunque muy vinculada a la anterior, existe otra circunstancia, cual es, que la LPCL obliga a la empresa a presentar la nómina de los trabajadores a cesar (inciso a) del artículo 48). En consecuencia, el sistema regulador de la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas, aparte de atribuir a la voluntad unilateral del empleador la posibilidad de determinar cuántos trabajadores han de encontrarse incursos en una medida colectiva de reducción de personal, permite a éste designar quienes serán aquéllos.

Ahora bien, en la medida que el empleador es el único sujeto que, tras la ocurrencia de la causa objetiva, decide sobre la conveniencia o inconveniencia de una medida de reducción de personal, que se reserva el derecho de cuantificar unilateralmente el perjuicio y, más aun, que mantiene una discrecionalidad absoluta a la hora de proceder a la selección de trabajadores afectados, no puede negarse que la voluntad unilateral del mismo incide de manera evidente en la etiología del acto extintivo por causa objetiva. Por tanto, concluimos que, al margen del rol de la iniciativa empresarial en la etapa de ejecución del acto extintivo, toda terminación fundada en causa objetiva ha de reconocerse decidida por el empresario, pues, como ya se ha puesto de manifiesto, fue aquél quien decidió, y no el tercero, incursar las circunstancias dentro de los alcances de la

causa justa. Queda claro, en definitiva, que aun cuando la naturaleza de la resolución del ente revisor de la causa objetiva sea constitutiva y no autorizativa, el acto extintivo seguirá manteniendo un carácter voluntario por fundarse en la iniciativa del empleador¹¹⁸.

Por último, atendiendo a las razones que se acaba de exponer, parece asimismo claro que desde la ocurrencia de la causa objetiva hasta la materialización de la medida de

118 Creemos que esta postura se ha visto reforzada cuando el Convenio OIT número 158, denominado «Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador», ha mencionado, concretamente, entre las circunstancias únicas en que el empresario puede sustentar de modo legítimo su decisión de poner término a la relación de trabajo de un trabajador, las relacionadas con su capacidad, con su conducta o las basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (artículo 4), entendiéndose por estas últimas las referidas a «motivos económicos o técnicos, o los casos de fuerza mayor o caso fortuito» (Vid. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. «Protección contra el despido injustificado (Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones)». Ginebra. 1995. pp. 45-46). De ahí que, según el precepto internacional, sólo la disolución del vínculo laboral basada en cualquiera de las tres hipótesis mencionadas, sin importar su forma, entrañaría la presencia cualificada de la voluntad unilateral del empleador, en la medida que se encarga a ella un rol decisivo en la configuración del acto resolutorio.

A semejante conclusión arribó, desde hace algún tiempo, la doctrina española, pues ella ha clasificado dentro de los actos extintivos decididos por la voluntad unilateral del empresario, aquellos fundados en la conducta del trabajador, en su aptitud y capacidad para desempeñar su labor, en las circunstancias de crisis o de recambio tecnológico y en los basados en fenómenos de fuerza mayor que imposibiliten definitivamente la prestación del servicio. Vid. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. «Derecho del Trabajo...» Op. cit. p. 385; además, Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo. «Derecho del Trabajo». Madrid. Ed. TECNOS S.A.. 1990. pp. 446 y ss.

reducción de personal en tanto remedio, la gravitación de la voluntad unilateral del empleador, aunque con ropajes distintos según el momento en que se ejerza, va a ser indiscutible. Lo cual, tras generar un amplio margen de discrecionalidad en quien asume el poder de dirección empresarial, o deja de convertir a esta figura extintiva en un instrumento de alto riesgo lesivo. Digamos, a modo de conclusión final, simplemente, que la terminación de la relación laboral por causa objetiva, tal como ocurre con el despido, puede convertirse en canal idóneo a efectos de encausar una voluntad ilícita empresarial basada en los motivos prohibidos especificados en el artículo 29 de la LPCL.

3. La Pretendida Declaración de Nulidad sólo para los Supuestos de Despido Individual. Criterio Jurisprudencial.

A la hora de delimitar el ámbito de operatividad de la acción de nulidad del despido, existe una postura jurisprudencial predominante que rechaza la utilización de esta figura en supuestos extintivos distintos al despido considerando que la terminación de la relación laboral por causa objetiva no constituye un acto basado en la decisión unilateral del empleador. Por lo que, con virtual respaldo en la literalidad del artículo 16 de la LPCL, no configura un despido, el cese de un trabajador por causas objetivas de cualquier orden¹¹⁹. Más todavía, según este criterio, que

119 Paradigmáticamente, en la resolución de la Primera Sala Laboral de Lima de 27 de Agosto de 1996, se ha señalado «...si el trabajador es cesado por causas objetivas de orden económico estructural, no existe despido...». (Vid. Manual de Jurisprudencia Laboral. p. 5.).

deduce de su construcción la imposibilidad de recurrir a vías procesales impugnativas del despido, por tratarse de una resolución administrativa, cualquier cuestionamiento debe hacerse valer exclusivamente por la vía contencioso-administrativa¹²⁰. En esta dirección, la Sala Mixta Descentralizada de Chimbote de 08 de Mayo de 1995, ha estimado «...que el hecho que propone la demanda no se trata de un despido por decisión unilateral (...) sino un cese colectivo conforme a ley especial (...) la citada Resolución Administrativa que incluyó al actor, sólo podía ser impugnada mediante acción contencioso-administrativa (...) en el proceso no se puede declarar la invalidez o ineficacia de la Resolución Administrativa...».

A pesar de esta consolidada postura jurisprudencial, hemos de manifestarnos en desacuerdo. La terminación de la relación laboral por causa objetiva no tiene que considerarse ajena a todo riesgo de lesión de la constitucionalidad. Más aun cuando, como se ha venido diciendo, su naturaleza extintiva basada en la voluntad unilateral del empleador, la convierte en un instrumento apto para canalizar motivaciones ilícitas. En este sentido, sabiendo que el marco de referencia en el que actúa una motivación ilícita es la voluntad unilateral empresarial, sin importar la naturaleza jurídica de la forma extintiva, resulta evidente que

120 Vid., en términos semejantes, la resolución de la Primera Sala Laboral de Lima de 27 de Agosto de 1996 (Exp. 1561- 96- R); además, la misma Sala, en su resolución de 16 de Agosto de 1996 (Exp. 1375- 96- R) rechaza la procedencia de las vías procesales de impugnación del despido, en tanto que «...no procede la demanda por despido intempestivo porque la vía procesal correspondiente es la acción contencioso-administrativa». (Revisar ambas sentencias en el Manual de Jurisprudencia Laboral. p. 5.).

no cabe construir distinciones respecto de la lesión de ciertos bienes constitucionales, según el medio extintivo que las produce. De esta forma, más allá de la nomenclatura del «despido nulo», la extensión protectora de esta figura debió extenderse a la declaración de nulidad de todo acto de terminación atentatorio de derechos fundamentales. Calificación ésta que, por lo demás, ha de venir impuesta por la propia Constitución, pues es la única respuesta ante la violación de cualquier derecho incurso en su texto.

Sin embargo, el desconocimiento del fundamento constitucional del despido nulo, no es el único defecto de esta construcción jurisprudencial. Junto a ella, emerge la cuestión de qué sucede cuando no existe resolución administrativa, dado que en estos casos devendría en improcedente la acción impugnatoria del contencioso-administrativo (artículo 80 LPT). Así, por ejemplo, un trabajador al que se le notifica, mediante carta, la terminación de su contrato de trabajo debido a la concurrencia de causas objetivas, pero sin que el empleador haya cumplido con obtener la resolución autorizativa para ello, se encontraría en una situación generadora de indefensión, en tanto que, tras descontar la vía contencioso-administrativa, no existirían vías alternativas de impugnación.

Precisamente, no han faltado resoluciones judiciales que se hayan ocupado de esta problemática. La mayoría de ellas han admitido que cuando el empleador promueve la disolución pese al incumplimiento de las formalidades que la Ley señala para la terminación por causa objetiva lo que se produce no es otra cosa que un despido. Pues, aun cuando se alegue alguna de las causales a que se refiere el artículo 46 de la LPCL, en la eventualidad que esta decisión no se respalde en un acto administrativo, habrá que

reconducir la impugnación del acto extintivo a las vías procesales que corresponden al despido. En otras palabras, si aquél es ilegal, por no cumplir el procedimiento adecuado, deberá ser calificado como arbitrario, mientras que si aquél, aparte de esta ilegalidad, es inconstitucional, por contravenir ciertos derechos fundamentales del trabajador, deberá acarrear la calificación de nulo¹²¹.

Para concluir, agreguemos que a pesar de la coherencia interna de este razonamiento, la jurisprudencia en esta materia no ha alcanzado niveles de homogenización. Por el contrario, algunas resoluciones judiciales han pretendido negar al afectado la posibilidad de recurrir, en vía impugnativa, a la acción de nulidad del despido, aduciendo que se ha producido un despido arbitrario por no estar arreglado a ley¹²². Con lo cual, a efectos de convalidar motivaciones contrarias al artículo 29 de la LPCL tras el pago

121 Así, sentencia de la Primera Sala Laboral Transitoria de Lima de 17 de Junio de 1997 (Exp. 2200-97-ND): «...si bien es cierto que la demandada al despedir al demandante mediante la carta de fojas 4, invoca el Artículo 80 inciso a) y b) del Decreto Legislativo 855 [entiéndase incisos a) y b) del artículo 46 de la LPCL], no ha probado haber seguido antes el proceso de cese colectivo que la misma norma prevé (sic), y por el contrario del análisis de lo actuado y sobre todo de la carta remitida al Sindicato a fojas 2 y 3, se advierte que el verdadero motivo del despido fue la participación del demandante en la Asamblea General Extraordinaria de la organización sindical el 13 de Octubre de 1996, tres días antes que le remitieran la carta, donde 19 trabajadores votaron por la liquidación de la empresa, hechos que causan convicción en el juzgador en cuanto al despido, **configurándose causal de nulidad de despido...**».

122 Sentencia de la Segunda Sala Laboral Transitoria de Lima de 05 de Junio de 1997 (Exp. 2189-97-ND): «...por lo que al no haber cumplido con las formalidades que la Ley señala para el cese del actor se ha producido un despido arbitrario al no estar éste arreglado a ley; que, sin em-

de una indemnización, bastaría que el empleador ejecute su decisión de terminar el contrato de trabajo alegando alguna causa objetiva, sin necesidad de tramitar el procedimiento que la LPCL le impone en su artículo 48. En conclusión, de extenderse la admisión de esta postura, la jurisprudencia habrá abierto las puertas a un sistema de «compra» de despidos lesivos de derechos constitucionales.

4. Objeciones Jurídicas al Modelo Garantista Restrictivo. Los mecanismos deficientes de fiscalización de conductas lesivas de derechos constitucionales vía la terminación por causa objetiva.

A priori de esta tendencia jurisprudencial, que construye el ámbito de operatividad de la figura del despido nulo exclusivamente alrededor del despido individual, no se deduce, a nuestro juicio, el real motivo que conduce a la exclusión de la terminación de la relación laboral por causa objetiva. Bien puede entenderse que ello ocurre por la imposibilidad de este instrumento extintivo para canalizar

bargo, del tenor de la demanda resulta que el actor ha solicitado la nulidad de la medida del despido indicando que se encuentra incurso en lo dispuesto en el inciso a) del artículo 62 del Decreto Supremo 05-905-TR [léase artículo 29 de la LPCL], que si bien es cierto el actor ha participado en la Asamblea General de Trabajadores de fojas 08 a 11 donde se acordó la disolución y liquidación de la empresa, también es verdad que al actor no se le despidió por este hecho, sino que conforme a la instrumental de fojas 04 de autos el despido se produce como consecuencia de que la emplazada pretendió aplicar un programa de cese colectivo sin observar las formalidades que la ley señala, por lo que la nulidad de despido solicitada resulta improcedente al haberse producido un despido arbitrario y no un despido nulo como se afirma...».

una motivación ilegítima o, en su defecto, puede atribuirse a una opción político- organizativa del ordenamiento que, aun tras aceptar el carácter lesivo de aquél, considera suficientes los mecanismos proscriptores existentes. Por ello, toda vez que ya se ha rechazado la primera de estas suposiciones, veamos, en adelante, si los mecanismos procesales, tanto administrativos como judiciales, por los que discurre la tramitación y la impugnación de las terminaciones por causa objetiva, constituyen medios idóneos para la fiscalización de motivaciones ilícitas atentatorias de los bienes constitucionales protegidos en el artículo 29 LPCL.

4.1 Intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo y el Control Previo

La legislación nacional, lejos de convertir el procedimiento de terminación por causa objetiva previsto en el artículo 48 LPCL en un real filtro protector de la constitucionalidad en general, vino a convalidar y ahondar aun más la conocida ineficiencia, creando prescripciones poco claras, vagas o que, por último, eximen de intervención a la Autoridad Administrativa de Trabajo¹²³. Por ejemplo, aunque referida puntualmente al caso de la libertad sindical, la Ley 26513, que modificó el Decreto Legislativo 728, exigía la «justificación específica» cuando el trabajador a cesar era un dirigente protegido por el fuero sindical¹²⁴,

123 Esta actitud contraviene, por ejemplo, claramente decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., por cuanto ellos impiden a los gobiernos «...autorizar los actos de discriminación antisindical bajo pretexto de despido por razones económicas». (Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. «La Libertad Sindical...» Op. cit. párrafo 718.)

124 Hay que precisar, que esta disposición ha sido derogada por el Decreto Legislativo 855 de 04 de Octubre de 1996.

razón por la cual si no existe justificación o ésta resulta insuficiente la Autoridad no deberá aprobar el cese de los dirigentes sindicales. Sin embargo, el problema radica en delimitar la vaguedad del concepto «justificación específica», pues para algunos bastará con la demostración objetiva de que sus puestos son innecesarios o excedentes, mientras que para otros no bastará con aquéllo, sino que el empleador deberá demostrar la imposibilidad de la permanencia del trabajador—representante en la empresa, aunque le asignara otro puesto.

En este mismo sentido, otro tema que ha motivado el fracaso de aquel control previo en sede administrativa, fue el referido a la «aprobación ficta» de la solicitud de terminación por causa objetiva. Es decir, una vez vencidos los reducidos plazos para el pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, sin que ésta resuelva, la solicitud se entiende tácitamente aprobada (incisos e) y f) del artículo 48 LPCL). Esto, como ya se ha resaltado con anterioridad¹²⁵, configuraría una suerte de silencio administrativo positivo, que virtualmente puede implicar la no comprobación de la causa objetiva, así como la consecuente impunidad empresarial por los actos inconstitucionales perpetrados.

Por otro lado, junto a estas circunstancias, la LPCL ha venido a agravar la situación al desconocer el «control previo», esto es, la intervención de la Autoridad de Trabajo, en los procedimientos de terminación de la relación de trabajo por causa objetiva que comprendan a un número de traba-

125 Vid. Supra. punto 1.6 del Capítulo I.

jadores menor al diez (10) por ciento del total de la plantilla de la empresa (artículo 48 LPCL).

Para finalizar, en razón de estos motivos descritos, resulta evidente que los «programas de reducción de personal» se presentan como instrumentos idóneos, desde la perspectiva del agente lesivo, para canalizar motivaciones ilícitas sustentadas en el legítimo ejercicio de derechos constitucionales. Por ello, resulta indispensable fortalecer los mecanismos de protección a posteriori, a través de las distintas vías judiciales que promuevan la reparación del derecho agraviado, exigiendo, cuando sea necesario, la reposición del trabajador en su puesto de labores.

4.2 Idoneidad de la Acción Contencioso-Administrativa

Según se ha visto, dado que la postura jurisprudencial predominante impide al afectado cuestionar la terminación de su contrato de trabajo por causas objetivas por las vías procesales habilitadas para impugnar un despido, en tanto no lo es, la única vía procesal para impugnar aquel acto extintivo sería la acción contencioso-administrativa (artículo 148 de la Constitución), enmarcada en las disposiciones del Título III de la Sección Séptima de la LPT, que regulan de manera específica esta acción en materia laboral.

Esta nueva normativa, que ha venido a sustituir al D.S. 037- 90- TR, configura al contencioso como un proceso especial cuyo objeto es la declaración de nulidad del acto o resolución administrativa que se impugna (artículo 79 LPT). Pero, aclaremos, tras el cuestionamiento de las formas jurídicas mencionadas, lo que se pretende controlar es la actividad administrativa estatal, pues las primeras no

son más que la exteriorización de la segunda¹²⁶. En tal sentido, la revisión que el órgano judicial realice estará focalizada en la conducta de la administración, por ser éste su objeto, y no así en la actuación de la voluntad unilateral del empleador¹²⁷. Lo cual, representa un riesgo a la vigencia de la constitucionalidad, en la medida que, como ya hemos demostrado, la voluntad unilateral empresarial desborda los márgenes en los que la administración despliega su actividad. Obviamente, en este contexto, la vía contencioso-administrativa funciona como un recurso frente a acciones lesivas provenientes de la administración¹²⁸, cuyo engranaje margina las motivaciones ilícitas que el empleador pueda canalizar a través del juego de su voluntad. En consecuencia, el mencionado objeto del proceso contencioso, convierte a este último, en una figura cuya protección abarca sólo una parte del universo lesivo, contenido desde la ocurrencia de la causa objetiva hasta la materialización de la terminación.

Sin embargo, aun cuando es peligrosa la inexistencia de vías procesales impugnativas de la voluntad unilateral ilícita del empleador, resulta inconcebible la tendencia

126 Vid. DROMI, José Roberto. «Instituciones de Derecho Administrativo». Buenos Aires. Editorial ASTREA. segunda reimpresión. 1983. p. 463.

127 Tanto es así que, según la literalidad del artículo 82 de la LPT, la demanda se dirige contra la Autoridad que realizó el acto o dictó la resolución materia de impugnación, emplazando, si fuera el caso, al Procurador General de la República. Y sólo se cita al empleador en su condición de tercero legitimado.

128 En tal sentido, se ha señalado que «...la eficacia de la gestión administrativa, por meritoria que sea, no debe dejar de respetar los derechos y libertades de los particulares, que actúan como frenos, límites y controles de la actividad administrativa...». (Loc. cit.).

jurisprudencial que exige la mención expresa de los derechos constitucionales en la lista de requisitos legales del trámite consagrado en el artículo 48 LPCL, como presupuesto para su protección. Así, en un caso donde un representante de los trabajadores, amparado por el fuero sindical, alegó que, a través del trámite de terminación por causa objetiva, se había vulnerado su derecho a la libertad sindical, el órgano judicial correspondiente resolvió que la condición de dirigente sindical no es impedimento para dicho procedimiento¹²⁹. De forma tal que sólo los derechos fundamentales incluidos expresamente como impedimentos en el proceso administrativo de terminación por causa objetiva, pueden convertirse en materia impugnabile vía la acción contencioso-administrativa.

Ahora bien, esta tendencia, aparte de contradecir el principio de jerarquía normativa (artículo 51 Constitución), desconoce las facultades regladas¹³⁰, de origen indirecto, que predeterminan la actividad del órgano administrativo. Pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina, junto a la

129 La Segunda Sala Laboral de Lima, en su sentencia de 16 de Abril de 1997 (Exp. 65-96-R), se ha pronunciado de la siguiente manera: «Si el cese se produjo a consecuencia de un procedimiento de cese colectivo por causas objetivas, y se cumplió con todos los requisitos que la ley señala para dicho trámite, no procede la acción de nulidad de despido ya que la condición de dirigente sindical no es un impedimento para dicho procedimiento. **Si el afectado considera que no se cumplió con el respectivo trámite debió en todo caso impugnar la resolución administrativa en la vía judicial de lo contencioso administrativo.**» (Vid. Manual de Jurisprudencia Laboral. p. 5.).

130 De este modo califica José Roberto DROMI («Instituciones de Derecho Administrativo...» Op. cit. pp. 465 y ss.) a las facultades reguladas por una norma jurídica, la cual predetermina en forma concreta una conducta que el administrador debe seguir; en oposición a las denominadas

conducta dictada con antelación por la regla de derecho que se refiere directamente a la Administración Pública (por ejemplo, artículo 48 LPCL), existe otra que, aun sin referirse directamente a la Administración Pública, establece principios que la administración debe seguir y respetar, tal como ocurre en el caso de las garantías y derechos del individuo consagrados en la Constitución Nacional¹³¹.

Finalmente, de cuanto acaba de exponerse en este punto, resulta impostergable apuntar por lo menos dos conclusiones. La primera, en relación al control judicial de la actividad administrativa, sugiere extender, por vía jurisprudencial, el ámbito de protección de la acción contencioso-administrativa a todo tipo de normativa jurídica que, de forma previa, regule la conducta de la administración. Siempre que ostente un alcance mayor a las facultades regladas intervencionales directamente a la Administración Pública, esto es, que expanda su tutela a supuestos de facultades regladas indirectas, el proceso contencioso podrá fiscalizar los atentados a la constitucionalidad por parte de aquélla. Por otro lado, la segunda, reclama la actuación de la figura del despido nulo en los casos de terminaciones por causa objetiva donde a la actividad administrativa se suma el ejercicio unilateral por parte del empleador de su voluntad, puesto que es aquél el único mecanismo procesal idóneo para impugnar esta última. Adviértase, en definitiva,

«facultades discrecionales», cuyo fundamento se sustenta en la actividad decisoria que el órgano administrativo debe ejercer sobre determinadas circunstancias de hecho o sobre la conveniencia de tomar tal o cual medida.

131 Vid., sobre este tema, *Ibidem*, pp. 466 y 467.

que, desde esta perspectiva, la acción de nulidad de despido no constituye una vía adicional, y menos optativa, respecto del contencioso, sino, por tener un objeto distinto, se instituye en vía procesal complementaria de éste.

CAPITULO IV

Aspectos Procesales del Despido Nulo

Ahora bien, una vez ocurrido el despido en tanto hecho jurídico, éste ha de convertirse en presupuesto material para la iniciación del proceso de impugnación del despido. Producida la ejecución de la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, al margen de toda consideración de la forma o motivos justificadores, se configura el presupuesto sustantivo que habrá de legitimar el carácter revisor de la actuación judicial¹. No obstante ello, aclaremos, no cabe la revisión judicial del acto extintivo de oficio, puesto que el único llamado a ejercer el poder de impugnación judicial es el despedido.

En este sentido, el trabajador demandante puede pedir a través de la «acción indemnizatoria» que el despido sea

1 Téngase en cuenta que la LPT en su artículo 4.2.a confía a los juzgados de trabajo el conocimiento de las pretensiones que tengan por objeto reclamar contra el despido, es decir, faculta al juez especializado en lo laboral a realizar un control ex post de la decisión extintiva del empresario.

declarado arbitrario por no ampararse en causa legal o por carecer de forma, o, acaso, solicitar mediante la «acción de nulidad» que el acto de terminación se declare nulo toda vez que atente contra los derechos tutelados en el artículo 29 de la LPCL. Es decir, el recurrente desde el momento de la interposición de la demanda debe elegir entre ambas vías impugnativas de naturaleza autónoma, sin más referente que el contenido específico de su pretensión. Frente al ejercicio diferenciado de cada una de estas acciones, el juez, tras el correspondiente proceso, ha de emitir un pronunciamiento que se limita a consentir o denegar la pretensión específica, esto es, a declarar FUNDADA o INFUNDADA la demanda interpuesta. Más aun, el juez, inmerso en este sistema de reclamación dual, no tiene facultades calificadorias, no puede variar la pretensión, pues, como ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, «no puede ir más allá del petitorio ni fundar su petición en hechos diversos que han sido alegados por las partes»². En suma, queda claro que, teniendo en cuenta el petitorio, la tarea de control del órgano judicial competente

2 Vid. Sentencia de la Segunda Sala Laboral de Lima de 01 de Julio de 1996 (Exp. 3014- 95- BS). Precisamente, siendo el proceso laboral un «proceso dispositivo atenuado», por estructurarse sobre la base del principio dispositivo con notas relevantes del principio inquisitivo, en el que la determinación del objeto litigioso corresponde a las partes, sea en lo referido a las pretensiones y resistencias (*petitum*) o a los fundamentos fácticos de las mismas (*causa petendi*), ni el objeto ni los hechos que lo fundan pueden ser modificados por el juez. Por el contrario, el juez debe resolver según lo alegado y probado (*secundum allegata et probata, iudex iudicare debet*), lo cual grafica el «principio de congruencia». (Vid., sobre esta temática, la obra de PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral». Lima. ARA editores. 1997. pp. 96 y ss.).

reside en declarar nulo o arbitrario el despido, determinando, además, los efectos jurídicos derivados de una u otra declaración.

De este modo, de declararse **FUNDADA** la acción de nulidad, el trabajador despedido será repuesto en su empleo, mientras que de correr la misma suerte la acción indemnizatoria, el perjudicado tiene derecho a una compensación dineraria como única reparación del daño sufrido (artículo 34 de la LPCL). Así, ocurre que la sentencia que ponga fin a estos procesos de impugnación de despido ha de ser, al mismo tiempo, **declarativa y de condena**, ya que ambas pretensiones no buscan sólo una declaración o cambio de situación, sino que buscan el reconocimiento de un derecho para obtener del demandado el cumplimiento de una prestación, la que podría producirse de modo voluntario (cumpliendo lo ordenado) o forzadamente en caso de incumplimiento³. Por eso en el pronunciamiento revisorio, el juez declarará, en primer término, si el empresario ha cumplido suficientemente con los requisitos de causa y forma impuestos por la norma, o si su conducta ha discurrido por los cauces de corrección y de buena fe que son obligados y, en segundo lugar, en caso de no resultar afirmativas las cuestiones anteriores, ordenará el pago de la indemnización o la consiguiente reposición del demandante en su puesto de trabajo, según corresponda.

Sin embargo, aun cuando admitimos la trascendencia procesal de ambas acciones impugnativas respecto del acto de despido, abordar ahora la problemática de la acción

3 Cfr. PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral...» Op. cit. p. 104.

indemnizatoria implica una cierta disgresión sobre lo que constituye el «hilo conductor» de esta investigación que no es sino el análisis procesal del despido nulo, aunque muy concretamente referido a la naturaleza excluyente de la acción de nulidad, a las reglas que rigen la prueba del comportamiento lesivo alegado y a las consecuencias jurídicas anudadas a la declaración de nulidad. Pero aun hay más, pues tras definir los contornos de la materia abordable en lo sucesivo, resta aclarar que el enfoque de aquélla debe plantearse desde márgenes bastante *sui generis*, por cuanto su análisis involucra la presencia de derechos constitucionales. Hemos de ver, en consecuencia, en qué medida el papel modulador de los derechos fundamentales en el tratamiento adjetivo del despido nulo, contribuye a replantear el desequilibrio existente entre la posición jurídico-procesal de preeminencia que ostenta el empleador frente al trabajador, ya que de no hacerlo, bien puede engendrar, virtualmente, situaciones obstruccionistas del ejercicio efectivo de los mismos⁴.

4 Lógicamente, si la tendencia actual del derecho procesal laboral, a partir de la constatación de la múltiple desigualdad jurídica, económica y probatoria que separa a los contendientes en un litigio de trabajo y que hacen de uno —el empleador— la parte fuerte y del otro —el trabajador— la débil, se enmarca en la promoción de mecanismos de «corrección procesal» de esta situación (Vid. PASCO COSMOPOLIS, Mario. «El principio protector en el derecho procesal del trabajo». En: *Revista DERECHO*, Lima, Fondo Editorial de la PUC, N° 48, 1994, pp. 152 y 153.), entonces debemos entender que la urgencia de estas medidas en los procesos donde se alegue una presunta vulneración de derechos constitucionales se hace cada vez más evidente. Pues, lo contrario implicaría admitir que, tras el manifiesto desequilibrio procesal de las partes, puedan esconderse situaciones obstaculizadoras de la protección efectiva y real de un derecho fundamental.

1. La Naturaleza Excluyente de la Acción de Nulidad del Despido. Perspectiva Crítica.

De cuanto se ha dicho sobre ambas acciones impugnativas del despido, no se deduce necesariamente la naturaleza excluyente de una respecto de la otra. Por el contrario, la distinción de sus objetos procesales, esto es, de un lado, la materialización del mandato constitucional de adecuada protección frente al despido arbitrario y, de otro, la protección debida a ciertos derechos constitucionales⁵, bien puede llevarnos, incluso, a la exagerada conclusión, por inverosímil que es, de admitir la satisfacción conjunta de dichos intereses. Sin embargo, la incompatibilidad manifestada en los efectos de las declaraciones que cada acción acarrea, sea la dirigida a convalidar los efectos del hecho de significación extintiva o sea la que importe su inexistencia, despeja toda duda de que el artículo 52 del Reglamento de la LPCL al señalar que «la acción indemnizatoria en caso de despido arbitrario, excluye la acción de nulidad de despido», no se refiere a la imposibilidad del goce simultáneo de tales efectos por el trabajador despedido.

Adicionalmente, dicha norma que retrata la naturaleza excluyente de la acción de nulidad, tampoco puede entenderse referida a supuestos de impugnación sucesiva. Así,

5 Vid. LOVATON PALACIOS, David. «Apreciación crítica de los aspectos procesales de la Reforma de la Ley de Fomento del Empleo» (Ley 26513). En: *Asesoría Laboral*. Lima. N° 57. Año V. 1995. p. 18- 19. Por ello, este autor ha podido afirmar que el objeto central de protección de la nulidad del despido «...no es el derecho de estabilidad, sino los derechos fundamentales de libertad sindical, de tutela jurisdiccional y de igualdad y no discriminación». (Cfr. *Ibidem* p. 18.).

si la acción de nulidad de despido tuviera un resultado adverso al trabajador, éste ya no podrá accionar por el pago de la indemnización propia del despido arbitrario, pero no en aplicación del mencionado artículo 52, sino en virtud del reducido plazo de caducidad de treinta (30) días que el artículo 36 de la LPCL otorga al demandante para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido y despido arbitrario⁶. Por consiguiente, de haber querido el legislador reglamentario desalentar acciones de nuli-

6 Reténgase, que esta opción político-organizativa del ordenamiento laboral consistente en la exigencia de un plazo perentorio de caducidad para el ejercicio de ambas acciones impugnativas del despido, ha de implicar, en caso de ausencia del mismo, no sólo la convalidación de los efectos extintivos de la declaración unilateral del empresario, sino, además, la extinción de la acción junto al derecho (tercer párrafo del artículo 36 LPCL), en la medida de que en los casos de plazos caducibles, según la doctrina, «carece de sentido considerar subsistente el derecho a la acción» (Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. «Prescripción y Caducidad. La Extinción de acciones y derechos en el Código Civil Peruano». Lima. Fondo Editorial de la PUC. tercera edición. 1989. p. 72.), esto es, que al haberse extinguido la acción, resulta irrelevante o, cuando menos, imposible, la subsistencia del derecho.

Ahora bien, aunque, en principio, el no ejercicio de la acción indemnizatoria dentro del plazo prefijado acarree la extinción del derecho, estimamos que la aplicación de este criterio a la acción de nulidad puede resultar desnaturalizador del carácter tutelar que ella ostenta. Más aún, consideramos, para este último caso, que de ocurrir eventualmente la caducidad de la acción, no puede seguirse a ello el impedimento de solicitar la restitución de las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, puesto que este derecho habrá de subsistir en virtud de la imperatividad de la Constitución.

En este sentido, compartimos la opinión de que sería necesario establecer un régimen propio y peculiar de la caducidad de este tipo de acciones que alegan la lesión de un bien constitucional, que varíe no sólo la extensión del plazo, sino, también, que enmiende el error de prohibir la

dad cuyo propósito pudiera ser «meramente especulativo»⁷, en la medida que tras obtener en éstas resultados desfavorables, los afectados pasarían a intentar la acción indemnizatoria, consideramos reiterativo y, cuando menos, innecesario el artículo 52, dado que el juego de los plazos de caducidad insertos en la LPCL cumplirían esta tarea.

Por otra parte, se advierte, no obstante lo anterior, que el eventual carácter excluyente de la acción de nulidad puede también emerger en supuestos de impugnación simultánea o, acaso, sucesiva, aunque, en este último caso, incrustada dentro del plazo de reclamación prefijado. Pues, en efecto, el artículo 52 del reglamento de la LPCL puede entenderse prohibitivo de supuestos en donde el despido, a través de la llamada «acumulación exclusivamente objetiva»⁸, decida acumular disyuntivamente ambas pretensiones, la de despido arbitrario y la de nulidad, en una misma demanda, con el objeto de que se las sustancie y decida en

posibilidad de restaurar el derecho fundamental afectado en el despido, a través de otras vías procesales.

7 Cfr. FERRO DELGADO, Víctor. «El despido arbitrario y el despido nulo...»Op. cit. p. 55.

8 El procesalista argentino Atilio GONZALEZ, quien acuña dicha expresión, sustenta su rigurosidad en que «partiendo de la observación de GUASP de que 'no puede hablarse de una acumulación que no sea objetiva', debemos admitir la distinción entre «acumulación exclusivamente objetiva» (también denominada 'acumulación objetiva propiamente dicha'), que denota la presencia de sólo dos personas y más de una pretensión en el procedimiento, y la «acumulación objetivo-subjetiva», que indica la presencia de más de una pretensión y más de dos personas en el mismo procedimiento». (Cfr. GONZALEZ, Atilio Carlos. «La pluralidad en el proceso civil y comercial». Buenos Aires. Editorial ASTREA. 1984. pp. 36 y 37.).

un único proceso. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con las modalidades de impugnación antedichas, donde el tenor de este artículo puede resultar enervado, aquí el mandato imperativo de exclusión logra desplegar todos sus efectos prohibitivos, aun a riesgo de producir atentados ulteriores al sistema normativo laboral.

En este sentido, cabe señalar que este efecto «desacumulador» del artículo 52 es discutible, por lo menos, desde tres puntos de vista: en primer lugar, el rango secundario, propio de toda disposición reglamentaria, pone en entredicho su carácter prevalente sobre el artículo 12 de la LPT, referido a la acumulación objetiva de pretensiones. En segundo lugar, al margen de esta cuestión de legalidad ordinaria, pero interrelacionado con la manifiesta dificultad probatoria del motivo prohibido en que se basa el despido, la naturaleza excluyente de las acciones de impugnación, puede atentar contra la tutela jurisdiccional efectiva y otros derechos fundamentales, en la medida que podría generar problemas serios de disuación en cuanto a la presentación de demandas de nulidad de despido. Y, finalmente, en tercer lugar, esta opción político-organizativa resulta desconocedora de principios procesales sobre los cuales se construye la figura de la acumulación objetiva de pretensiones: el principio de economía procesal y el de eventualidad.

Como se sabe, la ostensible imposibilidad de acumular tanto la acción indemnizatoria como la acción de nulidad en un mismo proceso —de atenderse a los efectos de la literalidad del artículo 52 de la LPCL—, además de poder rebasar los límites impuestos por la LPCL, que no impide ni prohíbe esta posibilidad, comporta una suerte de «nega-

ción específica» del artículo 12 de la LPT⁹, cuyo texto subraya, sin excepción, que «hay acumulación objetiva cuando las pretensiones o extremos de la demanda correspondan al mismo titular del derecho y sean de competencia del mismo juez». De modo que, toda vez que concurren como elementos conectores, entre las distintas pretensiones reunidas, la identidad de sujetos y la coincidencia en la competencia judicial, la aplicación del artículo 52 deviene en har- to cuestionable, puesto que una disposición reglamentaria no puede entrar en conflicto con una norma de rango legal como la LPT (artículo 51 de la Constitución). Así, de cumplirse estos requisitos, estimamos admisible que el trabajador despedido pueda demandar acumuladamente las acciones de nulidad e indemnización, lo cual, en rigor, habrá de entenderse y plantearse en forma «subordinada» o «condicional»¹⁰. Razón por la cual, según el artículo 87 del CPC,

9 E, incluso, aquella disposición reglamentaria al tiempo de entrar en vigencia (26 de Enero de 1996), ya merecía la calificación de ilegal, puesto que sus efectos ignoraban las disposiciones generales existentes, sobre esta materia, en el Código Procesal Civil, de indiscutible aplicación supletoria a la normativa laboral. Al respecto, sobre la aplicación supletoria de la regulación procesal civil en el tema de la acumulación objetiva de pretensiones, mas no sobre la problemática de ilegalidad que acabamos de denunciar, puede consultarse la opinión de David LOVATON PALACIOS (Vid. «Apreciación crítica de los aspectos procesales de la reforma de la Ley de Fomento del Empleo...» Op. cit. p. 19.).

10 La doctrina procesalista ha venido a graficar la llamada acumulación «eventual», «subordinada» o «condicional» en el caso en que «una pretensión es propuesta de un modo directo o principal, y la otra subordinada a la eventualidad de que la primera sea desestimada. En este supuesto, es el juez quien decide qué pretensión debe ser acogida, desestimando una y admitiendo la propuesta subsidiariamente...». (Cfr. GONZALEZ, Atilio Carlos. «La pluralidad en el proceso civil y comercial...» Op. cit. p. 49.).

el demandante solicitará que se declare nulo el acto empresarial de significación extintiva y si así lo decide el juez, entonces carecerá de objeto pronunciarse sobre lo arbitrario o no del mismo; por el contrario, de resultar infundada o improcedente la acción de nulidad, el órgano judicial competente está facultado para determinar si el despido fue incausado o no, informal o no, y así declarar la arbitrariedad de aquél.

De otro lado, en segundo lugar, a pesar de la coherencia interna de la conclusión anterior, se deberá convenir que la improcedencia de la figura procesal de la acumulación objetiva de pretensiones impugnativas del despido, aun cuando lo que busque sea desalentar las acciones de nulidad cuyo propósito pudiera ser meramente especulativo, bien puede constituirse en un obstáculo disuasivo de éstas. Como es lógico, la estructura compleja del trámite procesal de la acción de nulidad, así como la imposibilidad de recurrir a la acción indemnizatoria en caso aquélla se declare INFUNDADA, puede conllevar situaciones donde el accionante prefiera el pago de una indemnización, a alegar la lesión de algún motivo prohibido enumerado en la lista del artículo 29 de la LPCL. Ello ocurre, paradigmáticamente, en los supuestos de despido informal¹¹, ya que aunque por su carencia de forma legal merecería la declaración de arbitrario

11 Téngase en cuenta que la doctrina, junto al despido expresado formalmente por escrito, se ha referido también a aquellos actos extintivos fundados en la voluntad unilateral del empresario que se caracterizan por su falta de notificación escrita. Al respecto, se ha dicho que los despidos pueden ser de dos tipos: de un lado, verbales, por realizarse de modo expreso y, de otro, tácitos, por realizarse tras la ausencia de una declaración empresarial expresa de voluntad. (Vid. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves.

y el consiguiente cobro por parte del afectado de una indemnización, el optar por una acción de nulidad podría acarrear la pérdida del beneficio pecuniario, dependiendo éste solamente del fracaso o del éxito de esta última. En consecuencia, la naturaleza excluyente de ambas acciones de impugnación del despido, podría significar en términos predictivos la estimulación de una tendencia hacia el disimulo de atentados de la constitucionalidad, a cambio de la «indemnización tasada» a que se refiere el artículo 38 de la LPCL. Por tanto, lo que se produciría en estos casos es tanto un atentado a los derechos fundamentales pasibles de ser lesionados por un despido, como un desconocimiento al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución que consagra como uno de los principios y derechos de la función judicial «la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional».

Además, por si fuera poco, en tercer y último lugar, dicha problemática ha de convertirse en cuestionadora de los «principios generales del proceso laboral»¹², que, a su vez, inspiran el fenómeno procesal de la acumulación objetiva. Evidentemente, esto desvirtúa, por ejemplo, el **principio de economía procesal**, en la medida que aquél se erige

«Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo...»
Op. cit. p. 260.).

12 «Los principios generales del Derecho son conceptos o proposiciones, de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio derecho como totalidad. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento». (Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. «El Sistema Jurídico». Lima. Fondo Editorial PUC. Quinta Edición. 1991. p. 339.).

en «fundamento primordial de la acumulación objetiva de pretensiones»¹³. Pero, junto a ello, con no menos trascendencia, ocurre la desnaturalización del llamado **principio de eventualidad**, cuyo contenido propone que antes de perder la posibilidad de realizar un acto procesal, por no ejercitarlo cuando se debe, cabe acumular en el momento previo todos los medios de defensa que nos franquea la ley, lo que exige, por consiguiente, que la parte procesal se aprovisione de todo lo que se le permite en ese momento, a fin de que esté preparada (protegida) ante situaciones inesperadas, que de otra manera resultarían perjudiciales para sus posibilidades, puesto que se encontraría desprovista de «armas procesales» para hacerles frente, por haber precluido el momento para prepararse¹⁴. De este modo, dado que los plazos de prescripción de las acciones impugnativas del despido, en nuestro ordenamiento, son iguales. Si el trabajador afectado reconduce su pretensión exclusivamente por la vía de la nulidad del despido, puede ocurrir que aun cuando sobrevenga un frustrado intento probatorio, el empleador tampoco logre probar la causa de su acto, en cuyo caso el juez, a pesar de conocer que el despido es arbitrario, deberá rechazar la demanda sin otorgar beneficio alguno al trabajador. Si, por el contrario, se permite acumular ambas acciones, más tarde, si el juez decide declarar INFUNDADA la acción de nulidad, la parte demandante estará debidamente protegida ante esta eventualidad.

13 Cfr. GONZALEZ, Atilio Carlos. «La pluralidad en el proceso civil y comercial...» Op. cit. p. 41.

14 Cfr. PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y Presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. p. 112.

Ahora bien, la viabilidad jurídica del cuestionado artículo 52, también hubo de ser valorada por los juzgados de trabajo. Así, en un caso donde la trabajadora despedida, al amparo del artículos 83, 85 y 87 del Código Procesal Civil, demanda en calidad de pretensión principal la nulidad de despido y en calidad de pretensión subordinada el pago de la indemnización especial por despido arbitrario, el juez declaró aplicable la prescripción reglamentaria y requirió a la trabajadora para que, en un breve plazo, opte excluyentemente por cualquiera de estas acciones impugnativas¹⁵. El fundamento jurídico de esta decisión se basó en la constatación de «que tales pretensiones son opuestas con motivaciones y consecuencias jurídicas distintas»¹⁶. Sin embargo, pese al razonamiento del juzgado, es difícil sostener que por la naturaleza opuesta ya sea en la motivación o, acaso, en los efectos de ambas acciones impugnativas del despido fuese legítimo prohibir su acumulación en un sólo proceso, pues, precisamente, lo que se pretende no es una satisfacción conjuntiva de ambos intereses, sino, por el contrario, el goce disyuntivo exclusivo de los mismos.

Con todo, antes de finalizar este apartado, cabe indicar que aun siendo reales las anteriores objeciones formuladas a los efectos adversos que acarrea al accionante el carácter excluyente de la acción de nulidad, lo cierto es que todavía queda pendiente de respuesta la cuestión de cómo desalentar demandas cuyo propósito pudiera ser especulativo. No obstante, aunque sin pretensiones de rigurosidad, opinamos que resulta muy complejo impedir la interposición de

15 Vid. Auto del decimocuarto (14) juzgado de trabajo de Lima de 30 de Diciembre de 1996 (Exp. 8520- 95).

16 Cfr. Loc. cit.

reclamos maliciosos desde la rigidez de la normativa heterónoma. Ya que aquélla tarea al requerir un análisis casuístico, por tener implicancias constitucionales, ha de estar enmarcada en un ámbito quizá más flexible y permisivo. Probablemente, en esta línea, sea preferible encarar al órgano judicial la solución de tal cuestión, puesto que éste podría, lejos de negar el derecho de acción al despedido, incluso, castigar la temeridad o la mala fe del mismo en la interposición de la demanda (artículos 110 y 112 del CPC).

2. La Cuestión Probatoria

Dado que el proceso por despido nulo se encuentra impregnado por la alegación de presunta violación de un derecho fundamental desde la demanda, parece lógico admitir que su trámite ha de revestir un carácter específico y excepcional acorde con su propia peculiaridad. Así, en principio, atendiendo la trascendencia jurídica de dicha temática, creemos que el proceso debiera recibir un tratamiento diferenciado respecto de la vía procesal ordinaria laboral, sobre todo en lo que se refiere a rasgos de urgencia y preferencia. Pues, a estos efectos se debe recordar la obligación judicial de dar preferencia a la tramitación y resolución de las acciones de garantía de los derechos constitucionales, observando, además, los términos fijados por la Ley, bajo responsabilidad (artículo 6 de la Ley 25398, Ley Complementaria de la Ley de Habeas Corpus y Amparo).

A pesar de ello, nada de esto queda garantizado en el actual esquema procesal, ya que el artículo 61 de la LPT reconduce por la vía del proceso ordinario laboral la tramitación de todos los conflictos jurídicos sobre impugnación del despido. Es decir, el legislador procesal lejos de dotar al

procedimiento de impugnación del despido nulo de todo un sistema de garantías que sean compatibles con los matices especiales que presenta, opta por concebir este cauce para la tutela de los derechos fundamentales lesionados por la decisión extintiva empresarial como un proceso corriente desprovisto de cualquier especificidad. No obstante, por lo demás, en medio de esta opción político-organizativa poco acertada, hay un aspecto que sí se ha tomado en cuenta por lo que ha merecido una regulación especial. Este aspecto es: la cuestión probatoria.

2.1 La prueba del motivo alegado en la LPT y LPCL: «no se deduce ni se presume».

La problemática de la prueba en los procesos de despido nulo adquiere trascendencia práctica propia, en la medida que su dinámica resulta crucial a efectos de asegurar la tutela frente a actos extintivos lesivos de los derechos constitucionales enumerados en el artículo 29 de la LPCL. Como se advierte con anterioridad¹⁷, la razón estriba sobre todo en la manifiesta dificultad probatoria del hecho discriminatorio o lesivo de derechos constitucionales en los casos de actuaciones empresariales «subyacentes» o «encubiertas». De ahí que, la mayor parte de la doctrina nacional¹⁸ haya entendido que la prueba del motivo prohibido por

17 Vid. supra, Sección Segunda, punto 3 del Capítulo 2.

18 Vid. LOVATON PALACIOS, Miguel David. «Apreciación crítica de los aspectos procesales de la Reforma de la Ley de Fomento del Empleo...» Op. cit. pp. 18- 19.; Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido en la reforma de la ley de fomento del empleo...» Op. cit. pp. 201-202.; Vid. FERRO DELGADO, Victor. «El despido arbitrario y el despido nulo...» Op. cit. pp. 55- 56.

parte del trabajador deba constituir un instrumento que enfrente el hecho de que tras un despido de apariencia externa lícita se pueda encubrir un atentado de derechos fundamentales. En consecuencia, a nuestro juicio, la naturaleza virtualmente indemostrable del motivo alegado en la demanda de nulidad del despido por ser a menudo subjetivo¹⁹, viene a convertirse necesariamente en un elemento interpretativo que ha de modular en favor del trabajador las normas concernientes a la práctica de la prueba.

Como se sabe, el artículo 27.3 de la LPT establece una clara imputación subjetiva de la carga probatoria, al decir que corresponde al trabajador demandante probar la nulidad del despido cuando la invoque. Lo cual implica que en todos los casos donde se alegue violación de derechos fundamentales del trabajador, a éste le corresponde evitar que falte la prueba del hecho que sustancia su pretensión si no quiere quedar en una situación procesal desventajosa traducible en un fallo judicial contra quien debía probar y no probó. Pues, como se dijo en el segundo capítulo de la presente investigación, la atribución del *onus probandi* a una de las partes, desde una concepción moderna de carga de la prueba, no significa que ella sea en exclusiva quien ofrezca todos los medios probatorios, aunque de hecho a ella la interesará hacerlo más que la otra a efectos de evi-

19 Vid. PASCO COSMOPOLIS, Mario. «La estabilidad laboral en la ley de fomento al empleo...» Op. cit. p. 34. En esta línea, este autor afirma señaladamente que «Acarrea dificultad práctica de la demostración del despido nulo, ya que más que de causa habría que hablar de motivo, esto es, el resorte psicológico que genera la decisión de despedir. El motivo es siempre subjetivo y, por lo tanto, virtualmente indemostrable». (Loc. cit.).

tar el pronunciamiento desfavorable, puesto que es posible que sea la otra parte o aun el juez quienes cumplan tal tarea. En otras palabras, la prescripción del artículo 27.3 debe entenderse, en su aspecto de regla de juicio para el juez, inserta en un esquema distributivo de la carga de la prueba que divide, inspirado en principios de la lógica y de la igualdad de partes procesales, la responsabilidad de aportar elementos al esclarecimiento probatorio del proceso.

De este modo, según dicha interpretación, la opción legislativa de encargar al trabajador el riesgo de la insuficiencia probatoria no constituye por sí misma una alteración a la regla civil de distribución de la actividad probatoria que enuncia el artículo 196 del CPC. Por el contrario, convenimos que se adecúa a su literalidad en cuanto «la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos», sólo que determina, adicionalmente, qué sujeto procesal soporta el riesgo cuando de los medios probatorios aportados al proceso no se consiga obtener convicción de la verdad de los hechos. Así, el trabajador necesita, aun cuando no sea su obligación, probar los hechos alegados, pero no para que recién a partir de ese momento el empleador despliegue su actividad probatoria, sino para que el riesgo de la insuficiencia probatoria se traslade a aquél. De este modo, por tanto, se hace necesario que el trabajador demandante de la nulidad del despido, salvo que lo hiciera el propio juez, acerque al proceso los medios de prueba suficientes para generar certeza en el juzgador respecto a la ocurrencia de los hechos alegados, pues, de no hacerlo, podría recibir un pronunciamiento en contra.

Sin embargo, el problema probatorio en la figura de nulidad del despido se puede plantear a partir del artículo 37 de la LPCL, en cuanto señala que la prueba del motivo prohibido alegado «no se deduce ni se presume». En efecto, esta regla dirigida aparentemente a las partes, no tiene otro fin que incidir en el comportamiento judicial al momento de valorar el material probatorio. El juez, a nuestro juicio, se ve obligado, en virtud de la literalidad de esta norma, a desechar cualquier conclusión extraída a través de medios probatorios indirectos, como ocurre paradigmáticamente en el caso de las *presunciones hominis*²⁰. Por consiguiente, toda vez que se afirme el hecho violatorio como presupuesto para demandar la nulidad del despido, aquél debe ser probado por la vía de medios probatorios directos que acrediten indubitadamente el motivo alegado. No cabe, en suma, que el juez forje su convicción sobre los hechos afirmados a partir de las reglas de la sana crítica o del correcto entendimiento humano²¹, ya que aquéllas al permitir

20 Sustentando una posición contraria, Vid. PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. pp. 27- 277. quien señala que «...cuando el legislador señala que ciertos hechos no se presumen ni se deducen lo que establece es una pauta dirigida al juez para exigir medios probatorios (ya directos o indirectos) que revelen de manera segura la ocurrencia del despido o de los motivos (...). Y todo esto sin excluir a las presunciones simples, que repetimos una vez más, no son fuente de probabilidad sino de certeza. Una presunción que no genere en el juez un conocimiento sólido y debidamente fundamentado no es una presunción simple. En consecuencia, estando las presunciones simples permitidas de modo general para allegar la convicción del juez, no puede significar menos que esa exigencia de certeza también puede verse satisfecha por presunción simple. Lo que a la ley repugnaría es que se fijen tales hechos en base a meras especulaciones, opiniones, conjeturas, simple ejercicio de deducciones, etc....».

21 Estas reglas no son otra cosa que pautas racionales fundadas en la lógi-

la deducción de un hecho no conocido desde un hecho conocido, configuran medios de prueba indirectos.

Sin duda, al exigirse un grado especialmente intenso de certeza en la fijación de la base fáctica de la pretensión, sin siquiera atender a la naturaleza compleja de la prueba en los supuestos de conductas lesivas de derechos fundamentales, lógicamente se pone en entredicho la propia noción distributiva de la carga probatoria. Más aun, la rigidez del mecanismo de probanza impide virtualmente el traslado alternativo del *onus probandi* que ha de deducirse de la condición de igualdad que ostentan las partes al interior del proceso. Pero, eso no es todo, adicionalmente, la vigencia del mencionado artículo 37 viene a ser cuestionada también por normas materiales de orden adjetivo. Las cuales, a pesar de su marcado alcance genérico por aplicarse a todo proceso laboral, resultan consignando mayores prerrogativas procesales en favor del demandante. Tanto es así, que se permite al juez basar su convicción o certeza en torno a un determinado hecho a través de actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados por medios probatorios que adquieren significación en forma conjunta (artículo 41 LPT), utilizando para ello su apreciación razonada (artículo 30 LPT). Reténgase, en cualquier proceso laboral a excepción de la impugnación del despido nulo, el legislador procesal facultar al juez a trasladar el riesgo de la insu-

ca y en la experiencia que hacen de la valoración judicial la emisión de un juicio formalmente válido (en tanto respeta las leyes lógicas del pensamiento) y argumentativamente sólido (en tanto apoyado en la experiencia apuntala la convicción judicial) que demuestra o repite, en los autos, la convicción formada en base a aquéllas. (Cfr. *Ibidem* pp. 311 y ss.).

ficiencia probatoria a la otra parte, aun cuando su certeza no se base en un medio probatorio directo.

Esto, obviamente, pone de relieve la incongruencia de la reforma procesal instituida por la actual LPT. Pues, todos los procesos laborales gozan de medidas reductoras de la carga probatoria, tales como los indicios o las presunciones simples, menos los que debieran tenerlas en atención a una característica evidente: la dificultad de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales²². Por cuanto, aun cuando del contraste surja la posibilidad, o acaso la necesidad, de predicar la aplicabilidad del régimen general de prueba a los procesos de nulidad de despido²³, consideramos que aquél tampoco configura un esquema de facilitación especial de la carga de la prueba, como el que requiere la actividad probatoria en los despidos impugnados por ser lesivos de derechos constitucionales del trabajador. En consecuencia, la solución no está en equiparar la

22 Téngase presente que no rechazamos la opción legislativa de insertar una prescripción específica referida puntualmente a la temática probatoria en las alegaciones de nulidad del despido, pero lo cierto es que esta concordancia no implica necesariamente una convalidación incondicional del sentido de la prescripción, que en lugar de flexibilizar los parámetros de certeza los hace más intensos, dificultando más la de por sí dificultosa prueba de la lesión de derechos constitucionales.

23 Haciendo un comentario referido a los medios probatorios en la actual LPT, VINATEA RECOBA (Cfr. «Las bases de la reforma del proceso laboral». En: *Ius et Veritas*. Lima. N° 13. Año VII. 1996. p. 120.) admite que la inclusión de los sucedáneos de la prueba ha ocurrido «...en atención al rol del Juez de Trabajo y al hecho que tendrá que solucionar procesos en los que la satisfacción de cargas probatorias es tremendamente complicada, por ejemplo los procesos de nulidad de despido»; Vid. una opinión en el mismo sentido en BOZA PRO, Guillermo. «Despido antisindical y libertad de expresión». 1997. pp. 4 y 5.

dinámica probatoria de este proceso, con la que opera en la vía procesal ordinaria, sino en que el juez, por la vía de los medios de prueba indirecta, flexibilice los parámetros de certeza a efectos de evitar situaciones de indefensión por parte del trabajador demandante.

Ahora bien, es difícil entender que el conflicto descrito entre el artículo 37 de la LPCL y los artículos 30 y 41 de la LPT fuese sólo una cuestión de legalidad ordinaria, en la medida que su relevancia constitucional le viene dada por el hecho de que, al «sobrecargarse» la posición del trabajador en el aspecto probatorio, éste puede ver negado su acceso a la administración de justicia, lo cual supondría una afectación al debido proceso y, por añadidura, a la garantía constitucional de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución). Es decir, el punto de referencia desde donde debe enfocarse la determinación de los márgenes de certeza en el juzgador, no puede fundarse en la pretensión de impedir demandas totalmente infundadas, en tanto que el equilibrio habrá de ser dictado por la necesidad de propiciar la tutela jurisdiccional respecto a los derechos fundamentales ante la dificultad de la prueba del hecho lesivo. Sin embargo, hemos de reconocer que junto a esta función limitadora de la legalidad que ejerce la tutela jurisdiccional, existe otra, mas bien de naturaleza inspiradora, que promueve el uso de medios de prueba indirectos a fin de solucionar el problema de la necesidad de impartir justicia, sobre todo en supuestos de reconocida dificultad para acreditar los hechos en los que el actor sustancia su pretensión. En consecuencia, al margen de la incompatibilidad de dicha prescripción constitucional con la literalidad del artículo 37 de la LPCL, cabe señalar que aquélla respalda, como se dijo en el capítulo segundo, la búsqueda de mecanismos facilitadores

de la prueba que tiendan a «atenuar» o «reducir» la carga probatoria del hecho lesivo (como reforzamiento de la tutela de derechos constitucionales del trabajador).

Pese a ello, respecto al reflejo normativo de esta cuestión conviene adelantar que ha sido bastante pobre. Pues, aun cuando aceptáramos la derogación del cuestionado artículo 37 en virtud de la entrada en vigor de la LPT que promueve la utilización de indicios como medios de prueba del hecho alegado, no se soluciona más que una parte del problema. De ahí que, la discusión no estribe en el mero reconocimiento legislativo de medios de prueba indirecta, sino en la intensidad del juicio de certeza que ha de obtener el juez a efectos de trasladar el riesgo de la insuficiencia probatoria al demandado. Nótese, que la prueba de indicios o de presunciones no es más que un instrumento procesal del juez para acercarse al terreno de la convicción²⁴, la cual podrá gozar de un grado de mayor o menor intensidad dependiendo de la idoneidad de aquéllos²⁵.

24 En efecto, aunque la doctrina admita que la presunción simple o judicial sea expresión de una «gran verosimilitud», conviene que esta calificación no enerva su carácter de fuente de certeza pues de otra manera no se le podría utilizar como sucedáneos de la prueba. De modo que, dice PAREDES PALACIOS, «el problema se resuelve en el concepto de certeza» y en este sentido cita a CARNELUTTI quien señala que «...si por certeza se entiende la conciencia de la verdad absoluta, cabe afirmar que no la obtiene ningún medio de prueba y tampoco de presunción; por el contrario, si como certeza se designa la satisfacción del juez acerca del grado de verosimilitud, no cabe negar que se obtiene incluso con las fuentes de presunción; puesto que si no la obtuviese, no podría jamás considerar probado el juez un hecho por medio de presunciones». (Vid. PAREDES PALACIOS, Paúl. «Prueba y presunciones en el proceso laboral...» Op. cit. pp. 241- 243.)

25 Al respecto, se ha señalado con razón que «...el valor de la conclusión

Por esta razón, estimamos que el juicio de certeza allegado al juez a través de medios probatorios, sean éstos directos o indirectos, deba ser más leve o, si se quiere, más ligero, cuando de por medio se encuentre la tutela de un derecho fundamental del trabajador²⁶.

De cualquier modo, hecha esta aclaración, cabe reconocer que la prueba de indicios o de presunciones, en cuanto tiende a completar, con la actividad deductiva del juez, la dificultad de llevar al proceso hechos de complicada transcripción en datos tangibles, aparece como un «esquema idóneo» para hacer frente a la problemática de la prueba de comportamientos lesivos de la constitucionalidad²⁷. Tal

como argumento (entiéndase presunción), es decir, como fuente de certeza no depende sólo del respeto riguroso de la operación deductiva, sino, como vimos, de la solidez o confiabilidad de la regla de la experiencia. Así, el valor de la concusión dependerá, también, del grado de solidez de la regla elegida por el juez, que puede fluctuar en el rango que va de las calificables como «necesarias y suficientes», es decir, aquellas que no admiten discusión seria en la hora actual tales como la regla de nuestro ejemplo –los hombres son mortales– a aquellas meramente «contingentes», es decir, aquellas que poseen un alto nivel de excepcionalidad. (...) De aquí que la endeblez mayor o menor de la regla, puesto que es la expresión de una generalización suministrada por la experiencia, por el sentido común, por el ensayo...». (Cfr. *Ibidem* pp. 241 y 242.)

26 Esta opinión, por lo demás, encuentra respaldo doctrinario en las posturas que, sustentadas en el principio de facilitación probatoria, proponen un «manejo dúctil de la carga de la prueba», así como «la reducción de la medida de prueba o grado de prueba suficiente y necesario» para fijar un cuadro fáctico dentro de la libre apreciación de la prueba. No obstante la aparente diferenciación, ambas están íntimamente relacionadas en la medida que si es posible un manejo dúctil de la carga probatoria es porque se permite un menor rigor en el nivel de certeza necesario y suficiente para dar por sentado el hecho a probar. (Vid., sobre este tema, *Ibidem* pp. 332– 335.)

27 Vid. opinión de RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ

como se viene diciendo, pueden ser considerados «mecanismos clásicos de atenuación» de la carga de la prueba, pues pese a no ser prueba plena o directa son siempre fuentes de certeza. Ahora bien, el hecho que sean los únicos que tengan respaldo normativo, no excluye la posibilidad que, en nombre de la tutela jurisdiccional, el legislador o el juez construyan otros mecanismos de prueba indirecta con el fin de subsanar la dificultad probatoria de las partes. Así pues, atendiendo a la dinámica del proceso, podrían establecerse virtualmente mecanismos probatorios de corte indirecto, al margen de la prueba indiciaria o de presunciones²⁸, toda vez que, a nuestro juicio, cumplan los siguientes requisitos: de un lado, deben satisfacer la exigencia de certeza o convicción del juez, sin que ello implique un margen

en MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimiento del despido disciplinario...» Op. cit. pp. 362 y 363.

- 28 Así, por ejemplo, la doctrina española, comentando el artículo 96 de la Ley Procesal Laboral que establece que «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad», ha señalado que sería un grave error entender que dicho artículo «trata de reducir toda la problemática de la prueba de la discriminación al simple juego de la prueba de presunciones. Esto no es así porque, a pesar del empleo del término «indicios», la tendencia de la doctrina del TC apunta a la búsqueda del «alivio» o «facilitación» de la carga de la prueba de la discriminación, y es claro que ello no se consigue con la simple remisión a la prueba de presunciones, que, al cabo, es una prueba más, con todas las dificultades adyacentes para sentar el hecho base del que extraer la deducción en los términos previstos en el artículo 1253 CC.» (Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALON, Jesús; FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Instituciones del Derecho Procesal Laboral». Madrid. Ed. TROTTA. Segunda Edición. 1995. p. 171.).

de certeza muy intenso y, de otro lado, deben cargar al actor aunque sea con una mínima actividad probatoria, ya que no pueden exonerarlo de ella sin alterar la regla de distribución de la carga de la prueba.

Con todo, a esto último conviene hacer una salvedad. Pues, creemos que, excepcionalmente, en casos donde el grado de certeza es bastante intenso, el requisito de la actividad probatoria podría ser prescindible. De hecho, puede bastar, para que descargue sobre el demandado la necesidad de aportar los hechos que desmientan la existencia de la motivación lesiva, con que el demandante acredite una determinada situación jurídica²⁹, generando en el juez un alto nivel de convicción respecto del hecho alegado. Puede ocurrir, por ejemplo, que el trabajador actor, sin necesidad de introducir ninguna clase de indicios sobre su pretensión principal, con el sólo hecho de acreditar su condición de dirigente sindical o de mujer embarazada, produzca en el juez la convicción de que existe la violación denunciada. Dicho en otras palabras, el requisito de la prueba puede omitirse cuando de la mera alegación de la vulneración del derecho subjetivo, se extrae un «clima» o «panorama» lesivo³⁰, en virtud de la situación o condición jurídica que

29 Por situación jurídica entenderemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas, que recibe una persona al adoptar un status determinado frente al Derecho. Así, serán situaciones jurídicas las del padre, marido, profesor, ministro, abogado, etc.. En cada una de ellas, la persona involucrada se convierte en el eje al que se asignan, y a partir del cual emanan, todo ese conjunto de imputaciones jurídicas.

30 En este sentido, compartimos la opinión de MARTIN VALVERDE (Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. «Derecho del Trabajo». Madrid. Editorial

ostenta el trabajador demandante. Recuérdese, en consecuencia, que este clima o panorama lesivo, cuya presencia configura una excepción al régimen probatorio distributivo, precisa, a efectos de trasladar el riesgo de la insuficiencia probatoria a la otra parte, de un grado de verosimilitud bastante intenso hasta el punto de lograr que el juez obtenga certeza a partir de él.

En fin, de conformidad con todo lo hasta aquí dicho, nos sumamos a la opinión de quienes, como el laboralista español ALVAREZ SACRISTAN³¹, afirman que «sólo permitiendo una serie abierta de medidas probatorias, siempre presididas por el mandato último de aliviar la carga de la prueba para el demandante en estas circunstancias, será posible adaptar la normativa sobre prueba a los aspectos, múltiples y cambiantes, de la discriminación».

2.2 La aproximación jurisprudencia a la temática probatoria

Con excepción de lo ocurrido en aquéllos casos donde corresponde al empleador probar, en primer lugar, la justificación del despido en la medida que fue él quien imputó como causa de extinción el ejercicio disfuncional de un de-

TECNOS, 1991. p. 486.) quien, tras constatar que la mayor dificultad que suele ofrecer la impugnación jurisdiccional es la prueba del acto discriminatorio, afirma que «...Por ello, los tribunales, y posteriormente algunas normas, han precisado que una vez constatado o alegado razonablemente un «panorama discriminatorio», corresponde al causante de la discriminación probar su inexistencia o que la diferencia de trato es justificada».

31 Citado en BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALON, Jesús y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Instituciones del Derecho Procesal Laboral...» Op. cit. p. 171.

recho constitucional³², la aproximación jurisprudencial a la temática probatoria del despido nulo ha debido enfrentar, a menudo, la incapacidad del trabajador para acreditar los hechos que sustentan las afirmaciones alegadas. Precisamente, es por esta razón que alrededor de los despidos engendrados con motivaciones lesivas encubiertas, sea por el silencio o por la presencia de causas irreales³³, se ha producido un conjunto jurisprudencial cuya pretensión no ha sido otra que la de compatibilizar la aparente contradicción en-

32 Vid. la Sentencia de la Corte Superior Laboral de Lima de fecha 08 de Abril de 1997 (Exp. N° 332-97-ND, en cuanto confirma en todo su contenido la sentencia del 16 juzgado de Trabajo de Lima de 16 de Octubre de 1996 (Exp. 387- 96), que señala: «...la presente litis se contrae en analizar y determinar, si el accionante incurrió en la comisión de la falta grave laboral que se le imputa o por el contrario su participación en la actividad sindical fue un ejercicio regular del derecho amparada en la ley; que, es un principio fundamental, que la carga de probar corresponde a quién afirma hechos que configuran su pretensión, conforme señala el artículo 196 del CPC, aplicable supletoriamente al caso de autos; que del análisis de la carta notarial de despido, se aprecia, que al actor se le imputa el incumplimiento injustificado de sus obligaciones de trabajo, así como, actos de violencia y grave indisciplina dentro del centro de trabajo señalados en los incisos a) y f) del artículo 58 del Decreto Legislativo 728; que estos hechos, de por sí revisten gravedad, empero, la emplazada, en la secuela del proceso no ha probado en modo alguno esta imputación, por cuanto, la paralización intempestiva, así como los actos de violencia, que son hechos objetivos, como tal requieren acreditarla con pruebas idóneas y en forma indubitable (...); que, por tales consideraciones, no habiéndose acreditado en autos las imputaciones que se formula, y por el contrario, habiéndose fundado el despido en las causales de participación del actor en la actividad sindical en su condición de afiliado y delegado sindical, el despido es nulo...».

33 Rechazamos la postura de un sector jurisprudencial menor que ha señalado, entre otros, como un requisito configurador del despido nulo al hecho de «que el empleador no haya expresado ni motivado

tre los artículos 27 de la LPT y 37 de la LPCL, que fijan en el trabajador la carga de probar dichas motivaciones ilícitas cuando éste las alegue, y la evidente hiposuficiencia probatoria de aquél, que en caso de una exigencia demasiado rigurosa bien puede suponer un riesgo a la integridad del derecho de tutela jurisdiccional (artículo 139.3 Constitución). Creemos que, al respecto, la respuesta de la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Lima ha sido bastante difusa, voluble y poco clara. Sin embargo, a pesar de esta particular apreciación, de su razonamiento se puede extraer alguna que otra línea, resultante de los trazos hechos a partir del interés por solucionar la problemática planteada.

La Corte Superior ha engarzado sus pronunciamientos a un concepto moderno de la carga de la prueba, en tanto que, aun cuando la legislación laboral nacional atribuya esta carga al trabajador, ello no puede interpretarse en el sentido de que aquél es el único encargado de aportar los medios probatorios al proceso. Por el contrario, el carácter distributivo de la carga probatoria grava con la misma exi-

su decisión de despedir al trabajador» (Vid. Sentencias de la Corte Superior Laboral de Lima de 02 de Julio de 1997 (Exp. 2800- 96- ND) y de 23 de Junio de 1997 (Exp. 2434- 97- ND)). Es más, en un caso en el que se demandaba la nulidad del despido, esta solicitud fue declarada INFUNDADA en virtud que «el empleador manifiesta que el motivo por el cual se despide a la accionante es por haber cometido falta grave en el inciso a) del artículo 58 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento y el Empleo consistente en el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo, por lo que la terminación del vínculo laboral tiene una motivación la que debe ser objeto de prueba por el empleador pero no en un proceso de nulidad de despido...» (Cfr. Sentencia de la Corte Superior Laboral de Lima de 30 de Junio de 1997 (Exp. 2851- 97- ND)).

gencia de prueba a todos los sujetos procesales, sólo que ante la insuficiencia de aquélla para generar convicción en el juez sobre el hecho denunciado, opera la regla de juicio en contra de quién debió probar y no lo hizo. Así, cuando el trabajador alegue que la extinción se basó en un motivo prohibido sin que pueda probarlo, será perjudicado con un fallo en su contra³⁴; aunque si llegara a acreditar su denuncia, el riesgo de obtener una resolución desfavorable, ante la falta de elementos de prueba, será trasladado ahora al empleador³⁵.

Por lo demás, en íntima relación con la cuestión anterior se ha entrado, también, a evaluar los márgenes de la medida de prueba a efectos de trasladar el *onus probandi* a la otra parte. La medida de prueba o, como hemos dicho, de certeza, lejos de ser tributaria de una interpretación rígida de la regla «el motivo no se deduce ni se presume», tiende a entenderse en términos bastante flexibles que lindan, incluso, con la incorporación de mecanismos de «facilitación probatoria», aunque careciendo de toda referencia expresa a la tutela jurisdiccional. En efecto, algunos pronunciamientos han recurrido, con el objeto de establecer la base

34 A título de ejemplo, Vid. la sentencia de la Corte Superior Laboral de Lima de 29 de Mayo de 1997 (Exp. 1280- 97- ND) que declara INFUNDADA la demanda de nulidad de despido, ya que «...el actor no ha probado en autos que haya sido objeto de despido por alguna de las causales contempladas en el artículo 62 del Decreto Supremo glosado...».

35 «...la falta de razonabilidad en la imputación [de la falta grave por parte del empleador], es el presupuesto que contribuye a formar convicción que el despido del accionante tiene por objeto sancionarlo por haber denunciado penalmente al representante legal de la demandada...» (Vid. Sentencia de la Corte Superior Laboral de Lima de 23 de Junio de 1997 (Exp. 2304- 97- ND).

fáctica de cada pretensión, a la llamada «prueba indiciaria» o «prueba de presunciones». Y en tal medida, se ha llegado a estimar que «las pruebas actuadas deben meritarse teniendo en cuenta el contexto en el cual se han producido los hechos»³⁶.

Paralelamente, en menor grado, la jurisprudencia ha utilizado, como elementos de convicción, en la dinámica probatoria, algunos mecanismos que más que certeza, aportan un alto grado de verosimilitud, suficiente para trasladar el riesgo de la insuficiencia probatoria a la parte contraria. De esta forma, según algunos fallos, basta acreditar una determinada situación o condición jurídica, sin necesidad de introducir ninguna clase de medios probatorios, sean directos o indirectos, que substancien su alegación principal, para considerar cumplida la actividad probatoria de la parte sobre la cual recaía el *onus probandi*. En consecuencia, si el actor «al momento del cese ostentaba la condición de afiliado activo de la organización sindical, con participación justificada en el pliego de reclamos y en las acciones legales que iniciara su organización sindical en protección de los derechos de sus afiliados (...), la medida de despido resulta nula, por cuanto no se ha probado la comisión de la falta imputada»³⁷.

36 Vid., en este sentido, las Sentencias de la Corte Superior Laboral de Lima de 02 de Junio de 1997 (Exp. 498- 97- ND) y de 11 de Abril de 1997 (4575- 96- ND).

37 Cfr. Sentencia de la Corte Superior Laboral de Lima de 27 de Junio de 1997 (Exp. 2615-97- ND). En el mismo sentido, Vid. las Sentencias de la Corte Superior Laboral de Lima de 08 de Julio de 1997 (Exp. 2183- 97- ND) y de 24 de Junio de 1997 (Exp. 2105- 97- ND).

Ahora bien, no obstante todo lo dicho con referencia a la prueba del trabajador, importa también prestar atención al tratamiento que la jurisprudencia laboral ha suministrado a la cuestión del objeto de la prueba que ha de asumir el demandado para descartar el carácter lesivo del acto extintivo. Más aún cuando aquélla, ante la inexistencia de un precepto legal que instituya los márgenes de certeza necesarios para entender satisfecha la carga de la prueba empresarial, pretende configurar referentes autónomos. Como muestra de ello, la Corte Superior ha partido de la consideración de que, acorde con una noción distributiva de la carga probatoria, al demandado le corresponde probar los hechos que substancien su pretensión, esto es, aportar los elementos de hecho que permitan concluir la inexistencia de la lesión denunciada. Adviértase, por lo demás, que no se trata de una prueba negativa, sino, por el contrario, se trata de evidenciar un hecho positivo, en cuanto se pretende probar que la medida extintiva obedece a una causa ajena a todo propósito lesivo³⁸.

En este sentido, una amplia corriente jurisprudencial ha optado por afirmar que esta conducta justificativa del empleador debe referirse exclusivamente a la necesidad de acreditar de manera exhaustiva la concurrencia real de los hechos imputados³⁹ y su gravedad para sustentar el despi-

38 Así, por ejemplo, en un caso donde el trabajador demandante había acreditado la presunta violación de sus derechos sindicales, el empleador buscó destruir tal presunción alegando que aquél «se desempeñó en el trabajo de una manera eventual» (Vid. Sentencia de la Corte Superior Laboral de Lima de 10 de Junio de 1997 (Exp. 2168-97- ND).

39 «...a la actora se le despide por haber incurrido supuestamente en falta sancionada en los incisos a) y f) del artículo 58 del precitado

do como la sanción más radical⁴⁰. De modo que, en esta lógica, la única justificación posible para destruir la base fáctica de la lesión de derechos constitucionales, parece ser la prueba de que, aun habiendo puesto entre paréntesis la concurrencia del ejercicio del derecho en el caso concreto, la extinción del contrato de trabajo hubiese ocurrido igualmente. Sin embargo, aclaremos, que no sólo la falta de causa, o su eventual irrazonabilidad, acarrea el efecto de nulidad, sino también la carencia de forma⁴¹, por cuanto traduce la inexistencia de motivos justificativos del despido.

Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, faltas cuya comisión no ha sido probada por la emplazada; que, en el presente caso, la demandada no ha adjuntado pruebas suficientemente idónea y fehaciente, a efecto de justificar la decisión adoptada para despedir a la actora (...) [por lo que, tras acreditar la participación en actividades sindicales] la medida de despido resulta nula, por cuanto no se ha probado la comisión de la falta imputada...» (Vid. Sentencia de la Corte Superior Laboral de Lima de 27 de Junio de 1997 (Exp. 2615-97- ND)).

40 Téngase en cuenta que, incluso cuando exista la aparente comisión de falta grave, la falta de razonabilidad en la imputación de ésta puede conducir a la declaración de nulidad del despido. Así, se ha señalado, en un caso de nulidad del despido, que: «...la demandada para ejecutar el despido ha imputado al accionante la comisión de indisciplina grave y faltamiento de palabra (...); que, del análisis de este documento en que base la demandada su imputación se establece que no puede considerarse bajo ningún punto de vista que tratar de señora a una persona que es soltera resulte un faltamiento de palabra, pues la condición de señora no es una condición indigna (...); que, como se aprecia la imputación de falta grave, carece de objetividad y razonabilidad, pues los hechos resumidos no se aproximan de modo alguno a la comisión de falta grave laboral que justifique la pérdida del empleo, motivado en la conducta del trabajador...» (Cfr. Sentencia de la Corte Superior de Lima de 23 de Junio de 1997 (Exp. 2304- 97- ND)).

41 Una Sentencia (Cfr. Corte Superior de Lima de 23 de Junio de 1997 (Exp. 2434- 97- ND)) declaró FUNDADA la demanda de nulidad de

Pero, más allá de su evidente severidad, esta tesis, como es lógico, aumenta la intensidad del gravamen probatorio que pesa sobre el empleador. Hasta el punto de exigir que el despido deba ser plenamente justificado, cuestión que, por lo demás, no ocurre ni siquiera en los supuestos de despido arbitrario, donde al margen de la existencia o no de forma o de causa el acto extintivo queda convalidado en todos sus efectos (artículo 34, segundo párrafo, de la LPCL). De ahí que, incluso, se corra el peligro de atentar contra el derecho a la tutela jurisdiccional que corresponde también al empresario demandado. Por ello, frente a esta concepción rígida se ha ido manifestando una postura doctrinal, aunque sin reflejo jurisprudencial en nuestro medio, que tiende a atenuar esta actividad probatoria, como correlato a la utilización de mecanismos reductores de la carga de la prueba del trabajador. Como acertadamente han puesto de relieve BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, en esta postura se «reduce el esfuerzo probatorio del empleador, en la medida en que parece atenuar el contenido de prueba suficiente para justificar la ausencia de un motivo discriminatorio o contrario de un derecho fundamental: no es preciso, a estos fines, acreditar que existe un motivo real (ajeno a estas finalidades) y lo suficientemente grave para justificar un despido. Basta con que se acredite la realidad de una conducta con re-

despido alegando que «...el empleador despidió al actor de hecho y sin expresión de causa, no pudiéndose dar valor alguno a la instrumental que corre a fojas 33 con la cual pretende con fecha 20 de setiembre de 1996 solicitar la presentación de descargos por falta grave al trabajador, cuando ya había sido despedido el 01 de Agosto del mismo año...». En la misma línea de pensamiento, Vid. Sentencia de la Corte Superior de Lima de 08 de Julio de 1997 (Exp. 2183- 97- ND).

levancia disciplinaria y con gravedad suficiente, aunque no sea adecuada para justificar un despido»⁴².

Esto, obviamente, requiere de una precisión adicional. Por eso, cabe subrayar que aunque el sentido último de esta doctrina deba entenderse como una garantía procesal, promotora del alivio de la actividad probatoria del demandado, su aplicación no puede significar un decrecimiento de la tutela frente a vulneraciones de la constitucionalidad, hasta niveles realmente mínimos. De ahí que, en esta concepción se exija del juez mucha sensibilidad a la hora de calibrar la prueba del empleador, pues una flexibilización extrema como requisito esencial para dispensar una tutela efectiva, puede, incluso, poner en entredicho el alcance de la tutela del propio derecho fundamental del trabajador.

3. Eficacia Reparadora del Despido Nulo

3.1 La Reposición

3.1.1 La reposición y otros efectos típicos de la sentencia que declara la nulidad del despido

Como se anticipó, al momento de iniciar este capítulo, la sentencia que resuelve favorablemente la pretensión de de-

42 Cfr. «Instituciones del Derecho Procesal Laboral...» Op. cit. p. 309.. Asimismo, Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Los supuestos de readmisión en el despido...» Op. cit. p. 108. quien señala que «...esto implica que no debe ser considerado anormal que reclamada la nulidad por violación de un derecho fundamental, el despido se declare simplemente improcedente [léase arbitrario] cuando el empresario haga ver que su actuación nada tenía que ver con quebrantar un derecho fundamental, pero que no tenía una justa causa lo suficientemente grave como para extinguir el contrato, pues el carácter antijurídico de la deci-

clarar nulo el despido, en tanto produce una revocación judicial del acto extintivo, ha de tener un contenido de carácter dual, pues al tiempo de ser declarativa también lo es de condena. Así, aun cuando el despido existe materialmente⁴³, lo que pretende la sentencia es variar tal situación, privando al acto, con efecto *ex tunc*, de toda eficacia jurídica (carácter declarativo). Sin embargo, simultáneamente, el juez está obligado a condenar a la remoción de todos los efectos derivados del mismo, reponiendo la situación fáctica existente al momento anterior a producirse el despido (carácter de condena). En consecuencia, entendiéndose que luego de acreditar la lesividad del despido respecto de los derechos constitucionales tutelados en el artículo 29 de la LPCL, no basta que aquél se declare nulo sin más, sino que a esta declaración habrá que adicionar la condena al empresario a la reposición (artículo 34 LPCL), así como al pago de las remuneraciones dejadas de percibir y al depósito correspondiente a la compensación por tiempo de servicios (artículo 40 LPCL).

En efecto, lo que impone la sentencia, aparte de su carácter declarativo, es la condena al empleador para que éste cumpla con diversas obligaciones que, aunque distintas en su naturaleza, están anudadas entre sí. De ahí que, digamos, la lógica de la normativa mencionada es la de declarar la subsistencia del contrato de trabajo a pesar del acto de despido ilícito, señalando un triple efecto condenatorio, cuyo contenido habrá de ser traducible en una obliga-

sión empresarial originaria no implica forzosamente que la misma fuera lesiva de derechos fundamentales...».

43 Vid. supra. Capítulo II, sección primera, punto 3.

ción compleja, como es la reposición, que integra en su contenido un sin número de prestaciones de diversa índole (de hacer, de no hacer y de dar), y en dos obligaciones simples que se resuelven en la entrega o el depósito de una determinada suma de dinero⁴⁴. Dicho de otro modo, aunque a menudo se reconozca en la reposición del trabajador, el efecto paradigmático de toda declaración de nulidad del despido, conviene retener que éste no es el único, pues, junto a él, concurren otros efectos autónomos, como el abono de los salarios dejados de percibir o como el depósito de la compensación por tiempos de servicios, que tienen la peculiaridad de cuantificarse pecuniariamente. Sobre el cumplimiento empresarial de cada una de estas obligaciones, o acaso penalidades, se incidirá en las páginas siguientes.

3.1.1.1 Reposición sin afectar la categoría anterior

La primera de las condenas generadas a partir de la comprobación de una conducta ilícita empresarial canalizada en el despido, comporta, según el artículo 34 LPCL, la reposición del trabajador en su empleo, salvo que aquél en

44 La doctrina civilista en opinión de ESPIN CANOVAS ha puesto de manifiesto que «la obligación puede ser simple o compleja, desde el punto de vista de la prestación, según que comprenda una sola prestación o varias, pero unidas de tal suerte por razón del propio vínculo obligatorio, que sólo con el cumplimiento de todas se cumple la obligación: (...). La prestación compleja interesa especialmente en lo referente al cumplimiento, ya que sólo por la realización de todas las prestaciones se libera el deudor, puesto que se trata de una obligación única...» (Vid. cita de GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria...» Op. cit. p. 70).

ejecución de sentencia opte por el cobro de la indemnización establecida para los casos de despido arbitrario⁴⁵. Declarado el despido nulo, la reposición forzosa se impone al empleador, sin posibilidad de que pueda sustituir su cumplimiento por algún equivalente dinerario, a no ser que así lo disponga voluntariamente el trabajador. Por ello, la reposición en el marco del despido nulo se configura tanto como un deber del empresario al margen de su voluntad como un derecho del trabajador donde su voluntad ejerce una facultad optativa.

Ahora bien, es bastante conocido que el problema del restablecimiento de la relación de trabajo encuentra su mayor escollo en la naturaleza compleja de la obligación de reponer. Pero, también es cierto que esta cuestión, por lo demás, no se explica sólo en función del alto número de prestaciones que dificultan la ejecución del mandato judicial de reposición, sino que a ello se suma la distribución de las primeras en los ámbitos temporales en que se divide la segunda. Pues, en este sentido, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina⁴⁶, hemos de constatar que la reposición comporta dos fases diferenciadas: una primera de **carácter**

45 Sobre la sustitución de la condena de reponer por una prestación equivalente de índole patrimonial al momento de ejecutar la sentencia (Vid. infra).

46 Por ejemplo, en opinión de D'ANTONA «...la readmisión se resuelve así garantizando el ingreso en la empresa del trabajador despedido y la subsiguiente reanudación del desarrollo continuado de la actividad laboral» (Vid. cita en MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Formas y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 384.); Vid., además, sobre la estructura de la obligación de readmisión, GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. pp. 73 y ss.

instrumental destinada a eliminar los efectos materiales del despido ilegal y una segunda de **carácter continuativo** que exige del empleador la continuación leal de la relación laboral reanudada. Así, la reposición quedará satisfecha con el cumplimiento de prestaciones de realización única, dirigidas a garantizar el ingreso a la empresa del trabajador despedido, así como con el desarrollo continuado de ciertas prestaciones mientras dure la relación laboral. Lógicamente, sin ánimo de simplificar la dinámica del cumplimiento de las prestaciones instrumentales que requieren una sola actuación por parte del empresario, es evidente que la fase que plantea más problemas referidos a la reposición *in natura*, esto es, en sus propios términos, es sin duda la segunda, en la medida que contiene no sólo prestaciones puramente económicas (tal como la de abonar los salarios), sino también prestaciones basadas en la cooperación por parte del empresario, con el objeto que module su poder directivo en bien del correcto desenvolvimiento de la relación laboral. En cuanto a estas últimas, la derivadas del deber de cooperación, hay que aclarar que se materializan normalmente bajo la forma de obligaciones de hacer, a través de medidas necesarias para que el trabajador pueda efectivamente reincorporarse al proceso productivo, o de obligaciones de no hacer, que demandan del empresario un comportamiento ajeno a posiciones obstructivas de la reincorporación del trabajador, del desarrollo de la prestación laboral y del ejercicio de los derechos colectivos y de representación de los trabajadores en la empresa⁴⁷. En conse-

47 «Sin embargo, a pesar de que mayoritariamente el empresario deba una conducta omisiva de tolerar, en el desarrollo de la actividad de representación puede recaer sobre él alguna obligación de carácter positivo; por ejemplo, la de poner a disposición del representante despedido el lo-

cuencia, entendemos que el hecho de que buena parte de las prestaciones que conforman el contenido de la obligación de reponer están dirigidas hacia el futuro, crea aun más problemas a la hora de restituir los derechos constitucionales agredidos y contribuye a dificultar la consecución de la tutela jurisdiccional.

No obstante, a pesar de que un amplio sector doctrinal admite el carácter complejo de la obligación de reponer, conviene señalar que aparentemente nuestro sistema jurídico laboral pretende simplificar el contenido de la misma. En efecto, el reglamento de la LPCL (D.S. 001- 96- TR) en su artículo 53 ha precisado que de ordenar el juez la reposición, «el trabajador deberá ser reincorporado en el empleo, sin afectar su categoría anterior». Desde esta perspectiva, anotemos, la reposición puede entenderse satisfecha aun cuando no ocurra en las mismas condiciones preexistentes al despido, puesto que para ello basta el respeto de la categoría ostentada por el trabajador reingresante. Reténgase, por lo demás, que el trabajador puede ser legítimamente repuesto sin necesidad de reintegrarlo a su mismo puesto de trabajo⁴⁸ o, incluso, sin el mantenimiento de su nivel remunerativo⁴⁹, toda vez que se cumpla

cal adecuado para desarrollar sus actividades, así como los tablonos de anuncios...» (Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. p. 82.).

48 Resulta interesante mencionar que pese a esta suerte de «flexibilización» del mandato de reposición en el ámbito laboral, reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en materia de acciones de amparo ha ordenado la «reposición del demandante en su puesto de trabajo». Así, Vid., por todas, la sentencia del TC de 13 de Junio de 1997 (Exp. 008- 97- AA/TC).

49 Téngase presente que la pertenencia a una determinada categoría, no

con mantener la categoría que poseía al ser despedido. Lo cual implica, en definitiva, aparte del hecho de poner en entredicho la efectividad de la reposición, admitir una especie de novación contractual, impuesta unilateralmente por la empresa.

Pero, aunque de la oscura redacción del artículo 53 pueda deducirse un interés por abreviar el abanico de prestaciones empresariales para entender satisfecha la obligación de reponer, queda claro que su ámbito de aplicación incide sobre las prestaciones de naturaleza instrumental, mas no en las de carácter continuativo. Ya que de lo contrario, tal precepto reglamentario devendría probablemente en sustento normativo de reposiciones insuficientes, cuya materialización imposibilite una justa restitución de los derechos fundamentales vulnerados⁵⁰. Hasta tal punto es así, que el incumplimiento empresarial de las llamadas prestaciones de cooperar y tolerar las actividades de representación del trabajador repuesto⁵¹, aun cuando se

asegura necesariamente una misma remuneración, en virtud que ésta puede ser mayor o menor dependiendo de la naturaleza y trascendencia de la labor.

50 Por ello, la doctrina, sobre todo española, ha insistido con frecuencia en atribuir a la actividad de ejecución judicial un rol tutelar de los derechos fundamentales en juego, como consecuencia del deber de respeto a la norma constitucional que se impone a todos los poderes públicos (Vid. BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALON, Jesús; FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Instituciones del Derecho Procesal Laboral...» Op. cit. pp. 592– 593.). Y en este sentido, se señala que «...a la hora de analizar la regularidad de la readmisión, deberá tenerse en cuenta el nivel de respeto que, en la nueva situación, tiene el derecho fundamental lesionado, equiparándose las eventuales violaciones del mismo a una readmisión irregular...» (Cfr. Loc. cit.).

51 Este grupo de prestaciones se configuran como aptas para satisfacer por

hubiera cumplido la reintegración sin afectar la categoría, conduce no sólo a la inobservancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 CP), sino, además, a la transgresión de la propia libertad sindical (artículo 28.1 CP).

Igualmente, tampoco puede impedirse una ocupación efectiva del trabajador, con el argumento que esta prestación está fuera del concepto legal de reposición por ser de naturaleza continuativa, puesto que aquélla representa el objetivo fundamental de toda reanudación del contrato de trabajo. Es más, la presencia física del trabajador en la empresa debe conllevar necesariamente la realización de una labor efectiva, porque de no ocurrir esta última se estaría privando de contenido al artículo 22 de la CP que reconoce en el trabajo un derecho y un deber social, siendo prohibida en toda relación laboral cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad (artículo 23 CP)⁵². De esta forma, como señala GORELLI⁵³, «la ocupación del trabajador se configura como el núcleo central de la readmisión», razón por la cual su exclusión bien

sí solas el interés para el que son creadas, puesto que, al no estar conectadas con la prestación de dar trabajo en las mismas condiciones ni con la obligación de pagar el salario, gozan de un carácter hasta cierto punto autónomo. (Vid., sobre la naturaleza de estas prestaciones, GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. pp. 80 y ss.).

52 Vid., en términos semejantes, la sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de 04 de Octubre de 1993 (Exp. 564- 93).

53 Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. p. 58.).

puede suponer incluso un atentado continuado a la dignidad de la persona del trabajador.

Por último, de cuanto acaba de exponerse queda claro que una vez que el trabajador se encuentra reinserto en la empresa, manteniendo la misma categoría que gozaba antes del despido, el empleador debe actuar el conjunto de prestaciones continuativas destinadas a modular su poder de dirección en orden a lograr una justa y adecuada restitución de los derechos fundamentales lesionados a raíz del despido. Es decir, para entender cumplida la obligación de reponer sólo basta ejecutar las prestaciones referidas a cada una de las dos fases que la conforman. Pues, como seguidamente se aprecia, ni el no pago de las remuneraciones dejadas de percibir ni el incumplimiento de la orden judicial de depositar la compensación por tiempo de servicios, aun cuando ambas condenas vienen íntimamente ligadas a la reposición, generan necesariamente la ilegalidad de la misma, en la medida que aquéllas constituyen obligaciones autónomas y ajenas al contenido específico de esta última.

3.1.1.2 Pago de las remuneraciones dejadas de percibir

Junto a la reposición del trabajador en el empleo, la sentencia que declara la nulidad del despido ha de condenar también al pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo la extinción, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes (artículo 40 LPCL). Atendiendo a la declaración con efectos *ex tunc* de la nulidad de despido, el trabajador tiene derecho a que se le abone el monto de los salarios que hubiese percibido durante el tiempo que per-

maneó separado de la empresa, por decisión unilateral del empleador⁵⁴.

Hay que tener en cuenta que, como quedó dicho, en los despidos nulos lesivos de derechos fundamentales la relación de trabajo no se encuentra «rota», en la medida que se cuestiona *ex origen* la existencia jurídico-lícita del acto extintivo empresarial⁵⁵. Es más, tras la declaración judicial de la nulidad, la relación de trabajo que sigue vigente es la «antigua» y no una «nueva». Ahora bien, en esta lógica de pensamiento, ocurre que a la hora que el juez ordena restablecer el viejo contrato, el empresario queda colocado en situación de *mora accipendi* en la aceptación del trabajo, debiendo abonar aquél el salario correspondiente desde el mismo instante en que se impidió la prestación de trabajo por ruptura unilateral del contrato⁵⁶. Situación ésta que, lógicamente, por lo demás, viene a revelar la naturaleza estrictamente salarial de esta obligación dineraria⁵⁷. En con-

54 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El derecho de estabilidad en el trabajo...» op. cit. p. 228.

55 Recuérdese, ejemplificativamente, la opinión del laboralista español MONEREO PEREZ (Cfr. «Forma y procedimientos del despido individual...» Op. cit. p. 392.) en el sentido que «...existen argumentos suficientes para afirmar que en los supuestos de calificación judicial de la nulidad del despido lo que se produce verdaderamente es una reintegración a la situación jurídica preexistente al despido, negando fuerza extintiva al mismo. Es decir, que en tales casos la ineficacia o invalidez del acto de despido comporta que la relación de trabajo no se haya roto ni tampoco legítimamente interrumpido, y, por tanto, es la misma relación de trabajo la que prosigue como tal. Con ello, se priva el despido nulo del efecto resolutorio de la relación de trabajo...».

56 Cfr. *Ibidem*, p. 394.

57 Sobre esta materia, Vid. VINATEA RECOBA, Luis. «El pago de los sa-

secuencia, debe quedar claro que los salarios dejados de percibir en el sentido del artículo 40 LPCL, no tienen carácter resarcitorio, sino, como afirma con acierto MONE-REO PEREZ⁵⁸, «de conceptos salariales vinculados a la declaración de subsistencia del contrato de trabajo en sus propios términos originarios».

A su vez, parece conveniente insistir que este carácter salarial atribuido a los salarios dejados de percibir en el marco del despido nulo, ha de mantenerse siempre, en tanto su fundamento deriva directamente del principio de continuidad, con independencia de que exista o no reposición del trabajador. Lo cual implica que el abono de los salarios devengados no condiciona la ejecución del mandato de reposición, ya que al ser condenas autónomas, aun cuando no se cumpla esta última, la vía de reclamación de la primera es simplemente la ejecución dineraria⁵⁹.

De otro lado, si partimos de la premisa legal de que el período dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo ha de ser considerado de trabajo efectivo para todos los fines⁶⁰, es lógico que los salarios dejados de perci-

larios de tramitación en la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo 728)». En: *Asesoría Laboral*. Lima, N° 19, 1992, pp. 11– 13. Para este autor, «...la naturaleza de los salarios de tramitación no difiere de la estrictamente salarial, pues la percepción de los mismos opera por efecto de la declaratoria de nulidad de un despido así la percepción de los mismos encuentra su sustento en un fundamento análogo al de mora accipendi...» (Cfr. *Ibidem*, p. 11.).

58 Cfr. «Forma y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 394.

59 Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. p. 63.

60 Es pertinente aclarar que esta premisa no se aplica al récord vacacional. El reglamento de la LPCL (artículo 54) dispone, en este caso,

bir incluyan los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido (artículo 54 del reglamento de la LPCL). Sin embargo, aunque es cierto que tal prescripción ha de abarcar no sólo las remuneraciones ordinarias y comunes sino incluso las bonificaciones, premios, primas, etc.⁶¹, no es menos cierto que el sistema jurídico-normativo laboral carece de una disposición que establezca el «monto referencial» o «remuneración base» sobre la cual se calculen ulteriormente los incrementos. Pues, no se determina qué remuneración es relevante para estos efectos: la del puesto de trabajo anterior al despido o, acaso, la que tiene con posterioridad a la reposición en la misma categoría, cuyo monto puede eventualmente ser distinto.

Esta problemática, a nuestro juicio, debe ser resuelta en función de un criterio que permita realizar el cómputo, señalado en el artículo 54 de la norma reglamentaria, a partir de la base remunerativa percibida en el puesto de trabajo que el trabajador ocupó antes del despido. De lo contrario, aun cuando se respete la categoría del reintegrado, bien puede ocurrir que en el caso de ser menor la remuneración del nuevo puesto, se materialice una reducción en materia salarial con efectos retroactivos. Situación que, aparte de ser injusta, desnaturaliza el mandato legal en que se sustancia la voluntad empresarial novativa del contrato, por cuanto imputa sólo al trabajador el perjuicio por

que «el récord vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará, al que preste con posterioridad a la reposición».

61 Vid. PASCO COSMOPOLIS, Mario. «Extinción de la relación laboral en el Perú». En: AA.VV. «La Extinción de la relación laboral». Lima. Editorial AELE. 1987. p. 256.

un acto ilícito generado desde la esfera jurídica de un tercero: el empleador. Recuérdense, en definitiva, que el contrato reanudado es el antiguo y, por ende, cualquier novación, con mayor razón si se deriva de la ley, debe entenderse hecha a partir del momento en que el empleador pretende rectificar el perjuicio, esto es, desde que aquél procura ejecutar la reposición atribuyendo al despedido un determinado puesto de trabajo; ya que de no ser así, en los casos donde no se produzca la reposición, no podrá efectuarse el cálculo mencionado.

3.1.1.3 Depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios

Finalmente, la sentencia que declara nulo un despido «ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses» (artículo 40 LPCL). No obstante, para ello es necesario que el sujeto pasivo de la condena, el trabajador, esté comprendido dentro de los alcances de este beneficio, es decir, que aquél cumpla una labor equivalente, cuando menos en promedio, a una jornada mínima diaria de cuatro horas (artículo 4 del D.S. 001- 97- TR, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios).

Ahora bien, la condena al depósito de la CTS se reconduce a través de la figura del incumplimiento empresarial. Pues, en este sentido, el empleador quedará obligado al pago de los intereses que hubiera generado el depósito de haberse efectuado oportunamente, sin perjuicio de la multa administrativa correspondiente, y de las responsabilidades en que pueda incurrir (artículo 56 del TUO de la Ley de CTS).

Por último, una vez efectuado el depósito, el empleador debe entregar al trabajador, bajo cargo, dentro de los cinco días hábiles siguientes, una liquidación en la que aparezca, entre otros datos, la información detallada de la remuneración computable. Pero, si ésta no se encontrare correcta a juicio del trabajador, aquél podrá observarla por escrito, debiendo el empleador proceder a su revisión en el plazo máximo de tres días útiles, comunicando el resultado por escrito al trabajador. Más aun, si la desconformidad persiste habrá que recurrir a la Autoridad Inspectiva de Trabajo (artículos 28 y 30 del TUO de la Ley de CTS).

3.1.2 Ejecución de las sentencias que declaran la reposición forzosa

3.1.2.1 Fundamento constitucional de la reposición forzosa. Crítica a las posturas que objetan su viabilidad.

Como ha quedado expuesto en el punto precedente, la declaración de nulidad de un despido, comporta, entre otros efectos, la reposición efectiva del trabajador en el empleo sin afectar la categoría anterior. De hecho, la condena de reponer se impone al empleador, sin posibilidad de opción por equivalente dinerario y, aun más, a nuestro juicio, sin posibilidad de cumplirla negando el derecho a la ocupación efectiva, aunque en este marco también subsista el contrato de trabajo. En consecuencia, el sistema normativo laboral garantiza la reposición *in natura*, pues ésta debe ser ejecutada en sus propios términos, sin que el condenado pueda calificar su contenido o fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, debiéndose sujetar si así lo hiciera a la responsabilidad civil, penal o administrativa

que la ley señale (artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Pues bien, dicho esto, es oportuno observar que la necesaria reposición del trabajador en la empresa, no cuenta sólo con referentes normativos en la legalidad ordinaria, toda vez que, a menudo, se señala que la ejecución «en sus propios términos» en cuanto garantía de eficacia de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional⁶². En este sentido, el juez, como responsable de la ejecución de lo juzgado, para dar por satisfecho tal derecho, ha de adoptar las medidas correspondientes a fin de lograr el estricto cumplimiento del fallo sin alterar el contenido y el sentido del mismo⁶³. Sin embargo, aunque al acreedor de la obligación le interesa conseguir precisamente aquéllo cuya tutela solicita, hemos de convenir que la tutela judicial no tiene más que un papel instrumental o, si se quiere, de garantía, de los derechos fundamentales por la vía del despido. Entiéndase, por ello, que cuando está en juego la tutela de los derechos constitucionales, la reposición efectiva es el mecanismo «lógico» que debe inte-

62 Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 397. Del mismo modo, con mucha frecuencia, se ha repetido que «El derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ello significa que ese derecho fundamental lo es al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, a la realización de los derechos reconocidos en la misma, o, de otra forma, a la imposición forzosa a la parte vencida del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada...». (Cfr. FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, M. Teresa. «La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente». Madrid. Ed. TECNOS. 1996. p. 24.).

63 Vid. *Ibidem*. p. 25.

grar todo sistema de reparación de los mismos⁶⁴. En consecuencia, la búsqueda de una base constitucional para sustentar la reposición en el marco del despido nulo, no puede enfocarse desde un plano meramente procesal, esto es, desde la tutela judicial efectiva de la reposición, dado que esta postura ha de aparejarse a la necesidad práctica de lograr el restablecimiento íntegro del derecho constitucional lesionado⁶⁵.

Por lo demás, conviene advertir que este respaldo constitucional ostentado por la reposición, aunque venga, en principio, a consolidar la idoneidad reparadora de la misma, viene también a plantear el problema de cómo garantizar la ejecución del fallo *in natura*. El problema, en otras palabras, de encontrar en la reposición el efecto lógico de toda declaración de nulidad, se traslada a la búsqueda de mecanismos jurídicos que aseguren la efectividad de la condena a la reposición forzosa del trabajador. Es más, este traslado del centro de gravedad de la problemática reparadora bien puede ser calificado de esencial, en tanto que la inexistencia de medidas coercitivas, o incluso la insuficiencia de aquéllas, que inciten forzosamente al empleador a cumplir su obligación, podría convertir la reposición en un enunciado vacío de contenido jurídico-práctico. En hipótesis, cabrían supuestos de imposibilidad jurí-

64 Vid. *supra* Capítulo II, sección 2, punto 3.

65 «Desde este punto de vista, la falta de garantías de ejecución del derecho a la ocupación efectiva y la promoción profesional del trabajador en el sistema de ejecución de sentencias por despido, no se corresponde con la exigencia del pleno restablecimiento del derecho fundamental vulnerado...» (Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 407).

dica de su cumplimiento, en virtud de una voluntad empresarial obstructiva que pretenda evadir la ejecución del fallo.

No obstante, la trascendencia de esta cuestión, hay que anotar que la actividad ejecutiva ha estado tradicionalmente dirigida a funcionar de manera efectiva sólo cuando la conducta del acreedor es fungible, permitiéndose el cumplimiento de ella por intermedio de un tercero ajeno a la relación obligacional o a través de una compensación económica. Paradójicamente, y atendiendo a la consideración de que la obligación de reponer constituye, en su conjunto, una obligación de hacer de naturaleza infungible, en tanto que la actividad tendiente a su cumplimiento no puede ser asumida por otro sujeto que no sea el empleador, sin que se quiebren las bases sobre las que se sustenta la relación de trabajo⁶⁶, se ha llegado a cuestionar la actuación del principio de coercibilidad en la ejecución de tales obligaciones⁶⁷. Asimismo, en abono de esta postura, tras atribuir al total de prestaciones, integrantes de la obligación de reponer, la calidad de infungibles y, por ende, de ejecución personalísima, se señala que es intolerable constreñir la es-

66 Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. p. 103.

67 «Para BUSSO, el principio general es que las obligaciones de hacer puedan ser cumplidas por otro que el obligado, bajo la sola condición de que el hecho prometido no tuviera el carácter infungible; agrega que presentaría este último carácter si la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales...» (Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. «Tratado de las Obligaciones». En: *Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL*. Lima. Fondo Editorial PUC. Volumen XVI. Primera Parte-Tomo II. 1994. p. 205.).

fera de autonomía del deudor derivada de los principios de libertad consagrados en el texto constitucional⁶⁸.

Con todo, en definitiva, queda claro que estas objeciones a la reposición forzosa, formuladas con base en la naturaleza infungible de la reposición y en el respeto de la libertad individual, han de ser confrontadas y ponderadas con el sustento constitucional que goza, como hemos dicho, la reposición. Razón por la cual, nuestro sistema jurídico-laboral, aun cuando en el marco del despido nulo pretende asegurar la tutela efectiva de los derechos constitucionales lesionados, alcanza todo lo más a instituir mecanismos de coerción indirectos, sobre la persona del empleador, para incitar al cumplimiento de la sentencia en sus propios términos (artículo 75 de la LPT). Pero, aunque más adelante entraremos a estudiar de manera específica el contenido de estas medidas coercitivas, por ahora basta dejar indicado que aquéllas actúan como «instrumentos moduladores» del conflicto de bienes constitucionales, que tras de sí presenta la cuestión de cómo garantizar la ejecución de la reposición *in natura*.

Finalmente, al margen de esta opción político-organizativa asumida por el legislador nacional, que en suma encarga la efectividad de la reposición al grado de intimidación que puedan ofrecer tales medidas, cabe mencionar que en la actualidad las objeciones a la reposición for-

68 Vid., en este sentido, la opinión de MAZZAMUTO en GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» p. 105.; Vid. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 398.

zosa son puestas en tela de juicio a pesar de que durante largo tiempo han sido incuestionables. Por ejemplo, en las nuevas formas de organización empresarial existe una marcada tendencia a la «despersonalización» del contrato de trabajo del lado de la figura del empresario⁶⁹ y cada vez se hace más frecuente el fenómeno de «descentralización» de las funciones directivas y organizativas, siendo desempeñadas por sujetos distintos del empresario en los que él delega tales poderes⁷⁰. Destaca, en este aspecto, el caso de las empresas multinacionales, donde el empresario aparece totalmente difuminado e incluso ignorado por el trabajador. Se comprende, pues, al decir de GORELLI⁷¹, «que a medida que aumente el número de trabajador al servicio de la empresa y, con ello, se vaya perdiendo el carácter personal e íntimo de la relación derivada del contrato de trabajo, vaya debilitándose la defensa, de la imposibilidad de revocar la decisión empresarial de despedir, basada en el carácter *intuitu personae*» del contrato de trabajo.

En cuanto al argumento de la incoercibilidad, que por lo demás entraña la imposibilidad de obligar al sujeto deudor a realizar algo contrario a su voluntad, se ha señalado que encuentra su fundamento último en las ideas socio-económicas del liberalismo⁷², ya que permanece anclado al respeto de la igualdad formal de los sujetos conformantes de la

69 Vid. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y Procedimientos en el despido disciplinario...» Op. cit. p. 382.

70 Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. pp. 167-168.

71 Cfr. Ibidem. p. 169.

72 Vid. Ibidem. p. 116.

relación obligacional de trabajo. Sin embargo, planteada así la incoercibilidad está dirigida a proteger a los sujetos económicamente fuertes sobre los sujetos económicamente débiles, pues, es este último quien, a menudo, tiene la necesidad fáctica de cumplir sus obligaciones. Y, por ello, en tiempos actuales se exige del Estado Social un sistema de mayor intervención en las relaciones privadas, a efecto de lograr un reequilibrio que beneficie a los más débiles⁷³. Constatándose, de esta manera, el rol evolutivo e histórico de la coercibilidad, cambiando su ámbito de actuación de acuerdo a las demandas sociales. En conclusión, a nuestro juicio, asiste la razón a PEDRAJAS MORENO⁷⁴ cuando, refiriéndose a los despidos, afirma que «el recurso a la incoercibilidad de las obligaciones de hacer, de aplicabilidad más que dudosa con carácter general a dichas situaciones, viene utilizándose como coartada que justifica la ejecución por sustitución, siendo en este sentido especialmente grave su aplicación cuando se trata de un despido lesivo de derechos fundamentales».

En fin, conviene precisar que hasta que no se admita generalizadamente la certidumbre doctrinal y jurisprudencial respecto a estas críticas dirigidas a derrumbar las objeciones a la reposición forzosa, no podrá desaparecer el conflicto de bienes constitucionales que la misma presenta y, por ende, no cabrá la imposición de medidas de coacción directa que decreten el cumplimiento de la obligación de reponer *in natura*. Mientras tanto, hasta que ello ocurra, la apelación a mecanismos de coerción indirecta debe estar

73 Vid. *Ibidem*. p. 118.

74 Cfr. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y Derechos fundamentales...» *Op. cit.* p. 227.

presidido por un alto grado de coercibilidad, a riesgo de relativizar la eficacia jurídico-práctica de la reposición. Pues, de resultar aquéllas medidas insuficientes para lograr su finalidad, la decisión de reponer quedaría virtualmente condicionada a la sola voluntad de empleador, con lo cual, desde nuestra óptica, la mencionada obligación ha de ser vaciada de todo contenido.

3.1.2.2 El trámite procesal de la ejecución forzosa en la Ley Peruana

3.1.2.2.1 Inicio

La LPCL fija el plazo dentro del cual el empleador debe cumplir forzosamente el mandato de reposición del trabajador en el empleo, sin afectar su categoría anterior. A este efecto, el artículo 42 del mencionado texto faculta al juez a formular un requerimiento judicial, bajo apercibimiento de multa, al empresario que no cumpla con la ejecución del mandato, dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado.

En consecuencia, el juez notifica el mandato de reposición, y espera que se ejecute dentro del día siguiente. De no ocurrir ello, deberá requerir su ejecución utilizando medidas de coacción económica, las cuales habrán de acumular su monto progresivamente hasta el cabal cumplimiento de la obligación.

Reténgase, por lo demás, que si el empleador accede voluntariamente al cumplimiento de la condena de la reposición antes de notificado el mandato o antes de las veinticuatro (24) horas posteriores al mismo, no existirá una verdadera ejecución judicial. En la medida que, el cumpli-

miento voluntario de la condena en sus propios términos por el empresario es elusivo del proceso de ejecución propiamente dicho, el cual sólo tiene lugar cuando se denuncie que no ha sido atendido el mandato de cumplimiento o que lo ha sido defectuosamente⁷⁵.

3.1.2.2.2 Final. Suscripción del acta de reposición.

Al momento de producirse la reposición efectiva del trabajador, las partes, en cumplimiento del segundo párrafo del artículo 54 de la norma reglamentaria de la LPCL, suscribirán un acta dejando constancia de tal hecho. En su defecto, cualquiera de ellas podrá solicitar al juez de la causa que el acto se efectúe con intervención del secretario cursor. Téngase presente, además, que ambas vías constituyen elementos probatorios del cumplimiento del mandato de reposición.

No obstante, cabe insistir que el acta de reposición pone fin al cumplimiento de las prestaciones instrumentales de la obligación de reponer, mas no ocurre lo mismo con las prestaciones de naturaleza continuativa que también la conforman. En este sentido, a fin de asegurar el cumplimiento de estas últimas, consideramos que el juez, atendiendo a criterios de razonabilidad, debe extender su actividad supervisora a la etapa que sigue a la firma del acta de reposición.

75 Vid. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 400.

3.1.2.2.3 Consecuencias del incumplimiento de la obligación de reponer las medidas judiciales de ejecución destinadas a forzar la reposición *in natura*

3.1.2.2.3.1 Multa

Transcurrido el plazo de veinticuatro (24) horas de notificado, si el empleador no hubiera cumplido con la orden de reposición, será requerido bajo apercibimiento de multas sucesivas, acumuladas y crecientes hasta que se ejecute cabalmente el mandato judicial (artículos 42 de la LPCL y 75.1 de la LPT). Se trata así, de mediatizar el principio de coercibilidad con la imposición de medidas coercitivas de naturaleza económica, a fin que éstas contribuyan a garantizar la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales lesionados por un despido (finalidad que se conecta asimismo con el artículo 4 de la LOPJ). Son, en definitiva, medidas indirectas que actúan sobre el patrimonio del empresario, compeliéndole a realizar lo conveniente para la efectiva reintegración del trabajador⁷⁶.

De lo expuesto, es evidente que estos instrumentos de coerción, en cuya actuación eluden la persona del deudor, no así su patrimonio, presentan un carácter sancionador, antes que resarcitorio⁷⁷. En efecto, el objeto de tales apremios eco-

76 Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario...» Op. cit. p. 382-383. Estos mismos autores, más adelante, señalan que estas fórmulas compulsivas de la voluntad empresarial no sólo suponen una coerción económica, «sino también una coerción psicológica que recayendo sobre el empresario determinará que éste será inducido normalmente a cumplir todos sus deberes respecto del trabajador readmitido» (Cfr. *Ibidem*. p. 405.).

77 La doctrina española, refiriéndose a las medidas coercitivas indirectas

nómicos no está dirigido a sustituir ni resarcir daño alguno, pues, al contrario, por intermedio de ellos, se intenta superar la negativa del empresario a cumplir su obligación de reponer que le viene impuesta en virtud de la sentencia que declara nulo el despido por ser atentatorio de los derechos constitucionales enumerados en el artículo 29 LPCL.

Por otro lado, si su objeto es ajeno a todo fin indemnizatorio, la calidad del sujeto que recibe el importe del apremio no lo es menos. En la medida que la multa se impone al empleador que incumple el requerimiento judicial, donde adquiere una dimensión publicista, el monto de aquélla revierte en beneficio de las arcas estatales y no del acreedor de la reposición.

Su estructura, por lo demás, traduce un sistema algo distinto al de las «astreintes» de origen francés; y esto porque, entre otras causas, no presenta ni en su existencia ni en la determinación de su cuantía un carácter completamente discrecional. Reténgase, que el Juez no entra a calificar la viabilidad del apremio económico al caso concreto, sino debe imponerlo automáticamente ante la negativa empresarial a cumplir el requerimiento judicial. Es más, el

de carácter general y pecuniario (artículo 238.2 de la LPL), afirma «que no han sido fijadas con una finalidad resarcitoria, sino estrictamente sancionadora del incumplimiento del obligado» (Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALON, Jesús Y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. «Instituciones de Derecho Procesal Laboral...» Op. cit. p. 543.; Vid., además, MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos...» Op. cit. p. 383.; Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. p. 130.

juez, en tanto sujeto legitimado para fijar el monto de la multa, podrá recurrir, a estos efectos, a variables abstractas como la capacidad económica y la reiterancia en el incumplimiento del deudor, pero debe enmarcar esta actividad cuantificadora dentro de un rango referencial que va de 1 a 20 URP (artículo 75.1 de la LPT). Sin embargo, cabe adicionar a ello, que el cálculo del monto, dentro de los parámetros mencionados, habrá de estar presidido por una intención lesiva de la economía del empleador más grave de aquélla que le podría ocasionar el cumplimiento voluntario, pues en su mayor impacto pecuniario radica su efectividad⁷⁸.

Ahora bien, a todo lo anterior, hemos de agregar que el monto de dicha multa aumentará sucesivamente en treinta por ciento (30%), luego de cada requerimiento hasta el cumplimiento efectivo del mandato judicial (artículo 42 LPCL). Razón por la cual, resulta evidente que su buen funcionamiento dependerá de que la actuación de la tutela jurisdiccional sea, en buena cuenta, persistente y continuada, ya que de no ser así, la medida podría convertirse en inocua. De este modo, nuestro sistema legal laboral también se aleja del sistema de «astreintes», en cuya dinámica el ascenso sucesivo y progresivo de los apremios económicos se calculan de manera automática, por cada día de retraso.

78 Vid., una opinión similar en VALVERDE, Antonio Martín; RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín Y GARCIA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo... Op. cit. p. 634. cuando se señala que la cuantía del apremio económico no debe ser inferior al salario percibido por el trabajador en el puesto ocupado en la empresa. En el mismo sentido, Vid. GORELLI HERNANDEZ, Juan. El cumplimiento específico... Op. cit. p. 124; Vid. LOVATON PALACIOS, David. Protección de la Libertad Sindical... Op. cit. 150.

3.1.2.2.3.2 Denuncia Penal

Si, aun cuando a pesar de la imposición de multas, el demandado persistiera en el incumplimiento del mandato judicial de reposición, el juez mantiene la facultad discrecional de denunciarlo penalmente⁷⁹ bien sea por el delito contra la libertad de trabajo o bien por el de resistencia a la autoridad (artículo 75.1 LPT). En otras palabras, manteniéndose como tendencia la opción político-organizativa que encarga la tipificación de los delitos laborales exclusivamente al Código Penal⁸⁰, esta prescripción no hace otra cosa que reconducir la criminalización de la conducta empresarial elusiva de la reposición por la vía de ilícitos penales. Entendemos, por ello, en definitiva, que actúa como norma de remisión entre ambos ordenamientos, configurando al parecer una relación de complementariedad⁸¹.

De otro lado, como quiera que ya se ha puesto de relieve, cabe insistir que los tipos penales a los que se refiere el artículo 75.1 LPT tienen una función dual, puesto que ambos están destinados tanto a reprimir el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones impuestas por una sentencia como a lograr la tutela efectiva de los jueces. De

79 Nótese que, siguiendo la doctrina mayoritaria (Vid., por ejemplo, PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y Derechos Fundamentales...» Op. cit. p. 226.), nuestra legislación recurre a la aplicación del ordenamiento penal como solución última para garantizar la auténtica restitución in natura, exigible en los casos donde ha sido declarada la nulidad del despido.

80 Vid. UGAZ SANCHEZ-MORENO, José Carlos. «El delito contra la libertad de trabajo». En: *THEMIS*. Lima, N° 26, 1993. pp. 103-104.

81 Vid., sobre el tema de la complementariedad, NEVES MUJICA, Javier. «Introducción al Derecho Laboral...» Op. cit. pp. 150 y ss.

ahí que, la denuncia penal pueda substanciarse invocando o el artículo 368 del Código Penal, cuando ocurre la desobediencia o resistencia a una orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, o el artículo 168 del mismo texto normativo, referido a los delitos contra la libertad de trabajo, cuando se incumplen las resoluciones consentidas o ejecutoriadas por la autoridad competente. Más aun, la opción, incluso, puede derivar en irrelevante, en tanto que la pena es la misma: restricción de la libertad por un lapso no mayor de dos (2) años.

No obstante, la aparente radicalidad de estas medidas, se ha cuestionado mucho la efectividad coercitiva de aquéllas, sobre todo cuando de su actuación depende la garantía de la tutela jurisdiccional de derechos constitucionales lesionados en el acto de despido. Esta situación, viene a explicarse, en primer término, por la imposibilidad del juez de dictar mandato de detención cuando la sanción del delito cometido sea inferior a cuatro años de pena privativa de libertad (artículo 135.2 del Código Procesal Penal). En consecuencia, el delito de resistencia a la autoridad, en las dos figuras típicas a que se refiere la remisión laboral, por estar sancionado con pena privativa menor o igual a dos años, queda ubicado dentro de los delitos respecto de los cuales el juez debe dictar orden de comparecencia contra el acusado⁸². Relativizando, obviamente, la efectividad coercitiva de la sanción penal hasta niveles que bien podrían encubrir una realidad de indefensión⁸³.

82 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El derecho de estabilidad en el trabajo...» Op. cit. p. 232.

83 Algunos autores, partiendo de una discusión mucho más amplia, que envuelve la nuestra a modo de telón de fondo, han señalado que la ex-

Junto a esta causa, que revela la insuficiencia coercitiva de las medidas de origen penal, se anuda, a menudo, la dificultad práctica para individualizar y personalizar la responsabilidad delictiva en los casos donde el delincuente social es un ente colectivo. De hecho, en supuestos en los cuales las nuevas formas de organización empresarial se adecúan a estructuras cada vez más complejas, las sanciones que predicen privación de la libertad pueden resultar algo más que inaplicables⁸⁴.

3.1.2.3 Imposibilidad del cumplimiento de la reposición forzosa

Como se ha puesto de manifiesto, toda vez que el despido sea declarado nulo, el juez deberá condenar, sin alternativa posible por parte del empleador, a la reposición del trabajador en su empleo manteniendo su categoría ante-

tensión de la tutela penal hacia otros ordenamientos, en concreto al laboral, a efectos de construir sistemas de tutela eficaces es bastante relativo, dado que «el resultado material no es el terror penal, sino la pura inaplicación del Derecho penal» (Vid. opinión de ARROYO ZAPATERO en GORELLI HERNANDEZ, Juan. «El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria...» Op. cit. p. 147.); asimismo, Carlos CARO (Cfr. «El derecho Penal Laboral en el Perú». En: *Asesoría Laboral*. Lima. 1995 (febrero). p. 29.) confirma que «...las normas penales que criminalizan delitos laborales sólo cumplen una mera función simbólica. Simbólico se asocia con engaño, un derecho penal simbólico es aquél en el cual las funciones latentes o aparentes predominan sobre las reales. De este modo, el derecho penal laboral es un derecho simbólico y peligroso porque encubre una realidad de indefensión, reafirmando la falsa creencia de que el Estado protege eficazmente los intereses que subyacen a la relación laboral, cuando la realidad muestra lo contrario».

84 Precisamente, las dificultades para individualizar al autor del delito que se ha cometido en el seno de la empresa, han llevado a la doctrina a cuestionar el principio de irresponsabilidad penal de las personas

rior, salvo que este último decida optar por un equivalente pecuniario de cuño resarcitorio. No obstante, no resulta difícil imaginar que la radicalidad de tal opción legal puede someter al trabajador, a menudo, a situaciones perjudiciales, sobre todo cuando concurren supuestos donde la ejecución del mandato resulte imposible. De este modo, la existencia de una norma de cierre de las reglas de ejecución de las sentencias de despido nulo, se hace harto necesaria, ya que sólo a través de ella pueden evitarse las dificultades originadas por el fracaso del modelo de ejecución del mandato que condena a la reposición, cuando la misma no es posible, en virtud de causas que sobrevienen con posterioridad al momento del despido⁸⁵.

Lamentablemente, a pesar de la evidente trascendencia de la cuestión, nuestro sistema jurídico-laboral carece de una norma que, a modo de regla de cierre del proceso de ejecución, aborde la temática de la imposibilidad del cumplimiento de la reposición forzosa. Esto, sin duda, no puede ir en desmedro de la posición jurídico-procesal del trabajador. Pues, por el contrario, el juez habrá de construir un enfoque propio, a partir de una lectura de las circunstancias que, a su vez, garantice la efectiva tutela jurisdiccional. En consecuencia, importa destacar que el juez ejecutor no puede negar la garantía constitucional a la tutela efecti-

jurídicas (*societas delinquere non potest*). Señaladamente, sobre el tema de la responsabilidad penal directa de las empresas, Vid. MEINI MENDEZ, Iván. «La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas». Tesis presentada para optar el título de abogado en la P.U.C.. Lima. 1998. pp. 119- 128.

85 Vid. BAYLOS, Antonio; CRUZ VILLALON, Jesús y FERNANDEZ, María Fernanda. «Instituciones de Derecho Procesal Laboral...» Op. cit. pp. 594- 595.

va, pretextando el cumplimiento *in natura* de una obligación que devino en imposible.

Con todo, a efecto de acercarnos a la respuesta que ha de suministrar la jurisprudencia respecto a esta materia, parece conveniente trazar, a continuación, ciertas pautas, deducibles en su mayoría de la normatividad legal, que habrá de respetar el modelo de ejecución de las sentencias declarativas de la nulidad del despido, para no desnaturalizar la finalidad del mismo.

- 1) Ciñéndonos a lo que venimos diciendo, hay que tener en cuenta que la imposibilidad del cumplimiento debe estar referida a la propia reposición y no a la forma de aquélla. La naturaleza excepcional del supuesto de imposibilidad, no contiene casos en los que la reposición ocurre de manera defectuosa, pues a ellos ha de corresponder la calificación de ilegales. En este sentido, el deudor de la obligación de reponer, no podrá alegar imposibilidad en el cumplimiento cuando pretenda ejecutar el mandato judicial afectando la categoría ostentada por el trabajador antes del despido.

En suma, el contenido de la imposibilidad de la ejecución de la obligación de reponer, debe restringirse a supuestos en donde forzar la reposición ya no es ni siquiera posible.

- 2) En segundo lugar, la naturaleza excepcional de la cuestión, conlleva a establecer supuestos de hecho con carácter cerrado. Esto es, no se puede impedir la ejecución del mandato de reposición invocando cualquier tipo de causas sobrevinientes a las que existie-

ron en el momento del despido⁸⁶. Más aun, el contenido de la imposibilidad de cumplimiento debe estar presidido por criterios de objetividad, como ocurre indubitablemente en los casos de cese o cierre de la empresa obligada. Dicho en otras palabras, la configuración de este concepto debe tender hacia un sistema de responsabilidad objetiva, en el que la culpa del deudor resulte irrelevante para apreciar su existencia⁸⁷. En consecuencia, entiéndase que, el juez debe forzar la ejecución cabal de su mandato, como mecanismo restitutivo de los derechos constitucionales conculcados por el despido, hasta que las circunstancias objetivas, concurrentes en el caso, hagan perceptible que la condena no habrá de cumplirse.

- 3) En tercer y último lugar, parece conveniente admitir que ante la imposibilidad objetiva de cumplir con la obligación de reponer, la única salida razonable consiste en aceptar la conversión de la ejecución específi-

86 Así, la Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 09 de Diciembre de 1993 (Exp. 4458- 93- CD), ha señalado que: «...las circunstancias por las que atraviesa la emplazada en cuanto a la reducción de su personal y a las limitaciones presupuestales son sobrevinientes a las que ocurrieron en el momento del despido que ha sido objeto de la litis, por lo que la sentencia ejecutoriada se ha limitado a pronunciarse sobre éstas al calificar como injustificado e improcedente el despido de la accionante; que por tanto, se debe dar cumplimiento al mandato judicial con que concluye el proceso, no habiendo lugar para que la demandada intente remover la cosa juzgada con articulaciones como las que se deduce en forma reiterada...».

87 Vid., en este sentido, la opinión de BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALON, Jesús Y FERNANDEZ, María Fernanda. «Instituciones del derecho procesal laboral...» Op. cit. p. 596.

ca de la reposición, en ejecución por equivalente dinerario, ordenando el pago de una indemnización, además del abono de las remuneraciones dejadas de percibir y del depósito correspondiente a la compensación por tiempo de servicios. Esta solución, no obstante, debe ser respetuosa del artículo 34 LPCL. Pues, la decisión última, para llevar a cabo tal variación, debe pertenecer siempre al trabajador.

3.2 La Indemnización Sustitutoria

Como se ha indicado con anterioridad, sólo el trabajador, en ejercicio de la potestad optativa que le ofrece la ley, puede exigir la sustitución del cumplimiento del mandato de reposición en sus propios términos por el pago de la indemnización correspondiente al despido arbitrario, siempre que el estado de la causa se halle en ejecución de sentencia (tercer párrafo del artículo 34 LPCL). De hecho, entiéndase, tal variación, aunque supone la terminación del vínculo laboral, no comporta cambio alguno en la pretensión del demandante, puesto que ella sigue orientada a lograr la nulidad del despido por ser éste lesivo de derechos fundamentales. Por lo que, en definitiva, aun cuando la condena a la reposición sea sustituida por un equivalente pecuniario, ello no determinará la extinción de las demás condenas que se anudan a la declaración de nulidad: el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el abono de los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios⁸⁸.

88 En este sentido, Vid. también FERRO DELGADO, Víctor. «El despido arbitrario y el despido nulo...» Op. cit. p. 55.

Lógicamente, hay que tener en cuenta que si la reposición constituye el efecto emblemático de toda sentencia declarativa de la nulidad del despido⁸⁹, la opción sustitutoria por la indemnización habrá de ser una excepción extraordinariamente restrictiva. De lo contrario, la excepción terminaría convertida en regla y esta última en excepción. Se trata así, de impedir que el mandato judicial de reposición forzosa sea meramente enunciativo, en virtud de su insuficiencia coercitiva, hasta el punto que la voluntad del trabajador para ejercer su derecho de opción se vea forzada por elementos externos a ella, tal como ocurre en los casos donde el demandante se ve obligado a transigir a causa de su precaria condición económica⁹⁰. Por lo demás, estimamos que la variación de los términos de la sentencia que ordena reponer al trabajador en su empleo, debe condicionarse solamente bien a la imposibilidad objetiva de ejecutar el mandato *in natura* o bien en salvaguarda de la dignidad del sujeto al que repugne regresar a una empresa en la que fue injuriado o vejado.

Ahora bien, en cuanto al monto de la indemnización sustitutoria, el legislador procesal conviene en atribuir, sin más, la misma indemnización establecida para los casos de despido arbitrario. Esto es, el trabajador, por sufrir, además de la pérdida de su empleo, un daño en su esfera jurídico constitucional, habrá de percibir como compensación

89 Vid. *supra*, Capítulo II, Sección Segunda, punto 2.

90 A estos efectos, la LPCL, con el objetivo de paliar las consecuencias perjudiciales de la evidente condición procesal de desventaja que asume el trabajador a causa de su fragilidad económica, cuenta con la figura de la asignación provisional (artículo 41 LPCL). Sobre este tema, Vid. *infra*, Capítulo IV, punto 3.

una suma equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones (artículo 38 LPCL). Lo cual, sin duda, no deja de ser criticable, puesto que aunque en sí misma la opción político-organizativa de facultar al trabajador a sustituir la reposición por la indemnización no implique un atentado al derecho a la Tutela Jurisdiccional, consideramos que subvaluar la cuantificación del daño irrogado al trabajador sí lo es. No basta, en otras palabras, garantizar el abono de una indemnización como medio reparador de la lesión de un derecho fundamental, sino ella debe respetar márgenes cuantitativos razonables, que resulten idóneos a efectos de resarcir el daño.

En fin, siendo esto último cierto, parece conveniente predicar para los supuestos en que la rescisión contractual suponga una actitud, a parte de arbitraria, agravante de la constitucionalidad, montos indemnizatorios por sobre la tarifa laboral que pueda corresponder por el régimen general de despido, es decir, cuando el empleador hace uso de su poder extintivo legítimamente⁹¹. De cualquier forma, sea en montos fijos o sea en montos variable, dejando a discreción del juez el cálculo según la naturaleza del daño, el ré-

91 Así, por ejemplo, el derecho argentino dispone indemnizaciones agravadas para ciertos supuestos en donde lo que se tiene en vista no es tanto sancionar una voluntad antisocial del empleador, como proteger cierta especial vulnerabilidad del trabajador en cuanto al mantenimiento de su contrato en estas situaciones. Tales casos se refieren específicamente a los despidos fundados en el embarazo, nacimiento o matrimonio o para el despido de representantes del personal o funcionarios gremiales. (Vid. RAMIREZ BOSCO, Luis. «Manual del despido...» Op. cit. pp. 153 y ss.).

gimen de indemnización agravada debe estar presidido por una intención garantizadora de la reparación efectiva, aunque resarcitoria, de los derechos violados en un despido.

3.3 La Asignación Provisional como Medida Cautelar. Los límites de su efectividad.

En fin, nada de lo dicho hasta aquí, respecto a la eficacia reparadora que supone la declaración de nulidad del despido, tendría virtualmente eficacia jurídico-práctica, de no instituirse mecanismos procesales adecuados que aseguren el cumplimiento en su integridad del fallo futuro que recaiga en el proceso. Es más, desde esta perspectiva, el peligro resultaría especialmente agravado en los casos donde se alega la existencia de un despido violatorio de derechos constitucionales, por cuanto el reconocimiento *ex lege* de los efectos jurídico-extintivos inmediatos que se atribuye a la decisión unilateral resolutive del empleador, ha de conectarse con la errónea opción político-organizativa en cuyo nombre se reconduce al proceso ordinario la tramitación de todos los conflictos jurídicos sobre impugnación del despido (artículo 61 LPT). Es decir, la incoherencia legal que cuestiona el carácter privilegiado que ostenta la protección de los derechos fundamentales⁹², enmarcados en el artículo 29 de la LPCL, bien puede inmovilizar la situación fáctica de la extinción por un largo tiempo, hasta el punto

92 Recuérdese, a estos efectos, que el régimen de protección especial de los derechos fundamentales, deriva de la calidad excepcional y trascendental que presentan aquellos en el ordenamiento jurídico. (Vid. BLASCO PELLICER, Angel. «Las medidas cautelares en el proceso laboral». Madrid. Editorial CIVITAS S.A.. 1996. pp. 123- 124.).

de generar un grave riesgo para la tutela real del derecho que el actor pretende sea declarado en la sentencia.

Pues bien, evitar tal peligro constituye la finalidad básica de las medidas cautelares. En coherencia con esta finalidad, insistimos, se faculta al juez a que, tras evaluar la apariencia de un buen derecho y el peligro en la demora⁹³, realice un prejuzgamiento sobre el asunto que conoce, con el objeto de impedir que la resolución judicial definitiva devenga en inefectiva o inoperante⁹⁴. De esta manera, la actuación judicial que tenga por finalidad cautelar el derecho a que el fallo se cumpla, ha de tener también una relevancia constitucional, pues tal potestad se conecta con el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 139.3 CP, la tutela jurisdiccional, en la medida en que tiende a garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales⁹⁵. En suma, téngase presente que si la tutela juris-

93 En esta línea, se ha venido a distinguir acertadamente «...los dos requisitos más importantes para la concesión de una medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) o verosimilitud en el derecho; y el peligro en el retraso o peligro en la demora (*periculum in mora*)». (Vid. PRIORI POSADA, Giovanni. «La tutela jurisdiccional de los intereses difusos». En: *Apuntes de Derecho Procesal*. Giovanni Priori y Bustamante Reynaldo. Lima. ARA Editores. 1997, pp. 52 y ss.

94 «No se trata de la declaración de un hecho o una responsabilidad, ni de la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal». (Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. «Teoría General del Proceso». Buenos Aires. Editorial Universitaria. Tomo I. 1984. p. 168.)

95 Como ha puesto de relieve la doctrina, la tutela jurisdiccional está integrada por los siguientes componentes: acceso a la jurisdicción, sentencia sobre el fondo y efectividad de las resoluciones judiciales. (Vid. FER-

dicional de los derechos fundamentales lesionados por el despido se convierte en un fin a lograr, el contenido cautelar de la medida no puede definirse con anterioridad al análisis casuístico. Pues, sólo después de evaluar la violación concreta en cada caso, el juez habrá de instrumentalizar las medidas adecuadas y pertinentes con el fin de garantizar la efectividad de su fallo definitivo.

Al respecto, el sistema legal sólo en el caso de acción por nulidad de despido permite al juez, a pedido del interesado, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador (artículo 41 LPCL). Como puede verse, la lógica a que responde esta disposición es la de no imponer obligatoriamente la restitución del trabajador en la empresa, aunque sí formalmente la continuación provisional de la relación laboral, conservando el derecho al salario sin contraprestación efectiva. De ahí que, esta medida cautelar configure una suerte de reposición «ficta» o «jurídica»⁹⁶, cuya finalidad específica no es otra que la de asegurar ciertas percepciones económicas como medios de subsistencia del trabajador mientras dure el proceso. Digamos que, en este esquema, sólo se asegura el cumplimiento de una prestación de naturaleza fungible,

NANDEZ-PACHECO MARTINEZ, M. Teresa. «La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente...» Op. cit. pp. 23- 24.).

96 Hay que aclarar, que respecto a las formas de reposición se ha distinguido el concepto de reposición real del de reposición ficta. En el primero, tiene lugar la efectiva reincorporación del trabajador en su puesto de trabajo. Mientras en el segundo, ocurre la reanudación del contrato de trabajo con todos sus efectos, salvo la prestación efectiva de trabajo.

sin que pueda ser garantizado el derecho a la ocupación efectiva del trabajador. Ahora bien, las retribuciones garantizadas a partir del artículo 41 LPCL, al parecer gozan de una naturaleza salarial. Sin embargo, ello no es del todo correcto, ya que su función salarial estará necesariamente condicionada al contenido del pronunciamiento final que resuelva la pretensión de nulidad del despido. Esto quiere decir que, si la última sentencia revocara el sentido de la medida cautelar, la naturaleza jurídica de las percepciones económicas que recibió el trabajador durante la ejecución de la medida provisional es NO SALARIAL. Tanto es así, que en estos casos el trabajador demandante sufrirá un perjuicio económico, al ver reducidas, en monto semejante, sus reservas correspondientes a la compensación por tiempo de servicios (artículo 41 LPCL).

Sin perjuicio de lo afirmado, y atendiendo a la finalidad específica de la asignación económica provisional traducible en su pretensión de dotar de medios de subsistencia al trabajador mientras dure el proceso, parece conveniente precisar que el juez para declararla procedente no debe exigir márgenes de verosimilitud especialmente intensos⁹⁷. Más aun, si lo que tales percepciones económicas consiguen es neutralizar preventivamente las presiones o los posibles abusos del empresario destinados a forzar la transacción del trabajador en términos desfavorables para aquél⁹⁸. Lo

97 En este sentido, creemos que la actuación judicial en el incidente cautelar, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.3 CP, no debe ser encasillada en la literalidad del artículo 99 de la LPT. La procedencia de la medida cautelar cuando la sentencia de primera instancia ha sido favorable al demandante, no es más que un supuesto de procedencia, junto al cual caben otros, incluso, anteriores a dicha resolución.

98 En este sentido, la figura de la asignación provisional encontraría su

cual, nótese, resulta harto relevante en procesos como el que estudiamos, por estar en juego el ejercicio efectivo de derechos constitucionales.

En consecuencia, como ya se manifestó, lo que se garantiza con la prescripción inserta en el artículo 41 es la mantención de un determinado nivel de vida, pero no la restitución, siquiera provisional, de los derechos fundamentales afectados por el acto extintivo. A estos últimos, no se les protege, a pesar que pueden devenir en irreparables por el retraso. La lógica, reténgase, no es asegurar la real ejecución de la sentencia final en sus propios términos, sino sólo garantizar al trabajador despedido la «retribución» correspondiente, que habrá de deducir de sus depósitos de CTS.

Por lo demás, como si tal disposición legal resultara suficiente, la LPT ha venido a excluir la procedencia de otro tipo de medidas cautelares en el proceso laboral cuya pretensión principal no sea apreciable en dinero (artículo 96 LPT). Razón por la cual, dado que lo que se pretende en un proceso de nulidad de despido es asegurar el cumplimiento de la reposición, en tanto obligación de hacer, la normativa

fundamento en el principio de igualdad, evitando así que aquél se vea mermado cuando el trabajador, más allá de las ventajas procesales con que cuenta, se encuentra obligado a litigar en condiciones personales adversas.

Si esto es así, entendemos acertada la opinión de BLANCAS (Cfr. «El derecho de estabilidad en el trabajo...» Op. cit. p. 194.) quien señala, al comentar el alcance del antecedente normativo directo de esta figura (artículo 9 de la Ley 24514), que «se trata del ejercicio regular de un derecho que no está condicionado sino a la existencia del respaldo económico necesario, constituido por la compensación por tiempo de servicios, siempre que el trabajador acredite fehacientemente su vínculo laboral».

laboral carece de mecanismos procesales destinados a cautelar la efectividad de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Esta solución, que es sin duda criticable, a parte de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero (por la vía del artículo 100 LPT), como es el caso del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, resulta insuficiente para garantizar la restitución real de los derechos constitucionales enumerados en el artículo 29 LPCL.

Con todo, lo expuesto, a parte de sonar extraño, no sólo deja de ser coherente, porque en un sistema donde se predica la reposición forzosa, se garantiza únicamente de forma provisional la subsistencia de una percepción económica, sino porque a ello se suma otra razón, cual es, la desprotección en la que se envuelven los derechos constitucionales durante la tramitación de la causa. Lo cierto es que, tras admitir que ni las medidas para futura ejecución forzada, como el embargo, ni las medidas temporales sobre el fondo, como la asignación provisional, resultan adecuadas para lograr la reposición del trabajador *in natura*, con la opción legal que cierra el acceso a las **medidas cautelares innovativas** a que se refiere el artículo 682 del Código Procesal Civil⁹⁹, se pone en entredicho la naturaleza de privilegio que ostenta la garantía reparadora de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento.

99 El artículo 682 del C.P.C. señala que: «Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley».

Sin embargo, ésta no es la única infracción constitucional que plantea tal opción político-organizativa, pues la imposibilidad legal de recurrir a medidas cautelares innovativas, por lo demás idóneas para promover la restitución real del derecho lesionado por el despido en cuanto alteran el cuadro fáctico existente al momento de presentar la demanda, generaría también un agravio a la garantía de la tutela jurisdiccional y el debido proceso (artículo 139.3 CP). Pues, en realidad, sólo al amparo de estos mecanismos procesales de vocación suspensiva de todos los efectos del despido, el juez permitirá conseguir al trabajador una incorporación efectiva, aunque temporal, a su puesto de trabajo, que a su vez garantice la efectividad real del fallo final. Se puede decir, por tanto, que de admitirse la postura excluyente de las medidas cautelares innovativas del ámbito laboral, se desatiende, por intermedio de la despreocupación por garantizar el deber de ocupación efectiva¹⁰⁰, la

100 Hay que aclarar, que no en todos los casos donde el despido resulta atentatorio de derechos subjetivos del trabajador, es imperativa la reintegración de aquél en su puesto, para la restitución de los mismos. Por el contrario, sobre todo cuando el acto empresarial extintivo podría ocasionar daños irreparables, tales como el impedir la participación del candidato en las elecciones sindicales o el ejercicio de las funciones representativas del dirigente en la negociación colectiva, la medida cautelar debiera llevar, no necesariamente a reintegrar al trabajador en su empleo, pero sí a la continuidad en el ejercicio de la actividad representativa mientras dure el proceso. Sobre el tema de la suspensión provisional del acto extintivo violatorio de la libertad sindical, Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. «Despido y derechos fundamentales...» Op. cit. p. 207; LOVATON PALACIOS, David. «La protección de la Libertad Sindical en el Perú...» Op. cit. p. 160; APARICIO TOVAR, Joaquín. «El despido de los representantes de los trabajadores y del afiliado al sindicato...» Op. cit. p. 199.

protección del derecho fundamental en que se substancia la demanda de nulidad del despido.

Finalmente, entendemos que una lectura del sistema cautelar laboral desde el marco de la constitucionalidad, debe apuntar necesariamente a un fin reparador, antes que a definir el contenido de los medios. Reténgase, que el problema no está en cuadricular la actividad judicial a ciertos mecanismos que aseguren la efectividad de la sentencia definitiva, sino en brindar al juez una amplia discrecionalidad traducible en la posibilidad de adoptar distintas medidas que resulten oportunas al caso concreto. Sólo así, subordinando la actuación del instrumento a la consecución del fin, se podrá lograr una efectiva tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales lesionados a causa de la decisión extintiva del empleador.

Bibliografía

- ABAD YUPANQUI, Samuel. *Acción de Amparo y Vías paralelas*. En: *Revista Temas de derechos constitucionales*. Lima. Comisión Andina de Juristas. N° 4. 1995
- ADELMAN, Irma. *Teorías del Desarrollo Económico*. México D. F. Fondo de Cultura Económica. Cuarta reimpresión. 1984
- ALONSO OLEA, Manuel. *Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Madrid, Editorial Civitas S.A., Segunda edición. 1982
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, XIV edición. 1995
- APARICIO TOVAR, Joaquín. *Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador*. En: AA.VV.

Autoridad y Democracia en la Empresa. Madrid. Ed. TROTTA. 1992

El despido de los representantes de los trabajadores y del afiliado al Sindicato. En: *El Régimen del Despido tras la reforma laboral.* AA.VV. bajo la conducción de Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995

APARICIO TOVAR, Joaquín y BAYLOS GRAU, Antonio. *Autoridad y Democracia en la empresa.* En: *Obra colectiva del mismo título, coordinada por ellos mismos.* Madrid. Ed. TROTTA. 1992

BALTA VARILLAS, José. *Qué es la discriminación en el empleo.* En: *Revista Jurídica del Perú.* Lima año XLV, N° 1. 1995

El Impacto Adverso. En: *THEMIS* revista de Derecho. Lima. Segunda Epoca. N° 34. 1995

BAYLOS GRAU, Antonio. *El Despido Individual: Calificación jurídica y efectos* (Texto provisional/sin publicar). Ponencia para las jornadas organizadas por AEDTSS–Albacete. Albacete. 1997

BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALON, Jesús y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. *Instituciones del Derecho Procesal Laboral.* Madrid. Ed. TROTTA. Segunda Edición. 1995

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo.* En: *Revista Dere-*

cho-PUC. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 36. Diciembre. 1982

El derecho de Estabilidad en el Trabajo. Lima. ADEC-ATC. 1991

La Huelga en los servicios esenciales. En: *Asesoría Laboral*, Lima. Agosto. 1992

Fomento del Empleo y Estabilidad Laboral. (Partes I, II y III). En: *Asesoría Laboral*. Lima. Año II. Números 13, 14 y 15. 1992

Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales. En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. Estudio Comparado de Veinte Constituciones Hispanoamericanas. Lima. ADEC-ATC. 1993

El despido en la reforma de la ley de Fomento del Empleo. En: *Revista DERECHO-PUC*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 49, diciembre. 1995

BLASCO PELLICER, Angel. *Las Medidas Cautelares en el proceso laboral*. Madrid. Editorial CIVITAS S.A.. 1996

BODAS MARTIN, Ricardo. *El procedimiento de despido disciplinario*. En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo la conducción de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995

BOZA PRO, Guillermo. *Autonomía Convencional e Intervención Estatal en el modelo constitucional peruano de negociación colectiva*. Lima. Tesis para optar el grado de Bachiller en la Facultad de Derecho de la PUC. 1989

Despido antisindical y libertad de expresión (texto mimeografiado). 1997

CARO CORIA, Carlos. *El Derecho Penal Laboral en el Perú*. En: *Asesoría Laboral*. Lima. 1995

CARRILLO CALLE, Martín. *Los derechos laborales fundamentales: normas mínimas internacionales*. En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio comparado en veinte Constituciones hispanoamericanas*. AA.VV. Lima, ADEC-ATC. 1993

CASAS BAAMONDE, María Emilia. *La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos*. En: *El régimen del despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo la conducción de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995

CORTES CARCELEN: Juan Carlos. *La Libertad Sindical en la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo*. En: AA.VV. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima. ADEC-ATC y DESCO. primera edición. 1992

¿El cese colectivo por causas objetivas puede ser considerado como despido?. En: *IUS ET VERITAS*. Lima. N° 12.

- DE BERNARDIS, Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima. Editorial Cultural Cuzco. 1995
- DE BUEN LOZANO, Néstor. *Derecho del Trabajo*. México. Ed. PORRUA. Tomo I. Cuarta edición. 1981
- DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México, Editorial Porrúa S.A, Tomo I. 1978
- DEL REY GUANTER, Salvador. *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional*. En: AA.VV. *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981 - 1991*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1992
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la prueba judicial*. Buenos Aires. Editorial FIDENTER. Tomo I. Quinta edición. 1981
- Teoría General del Proceso*. Buenos Aires. Editorial Universitaria. Tomo I. 1984.
- DOLORES ROMAN, María. *Poder de Dirección y contrato de Trabajo*. Valladolid. Ediciones Grapheus. 1992
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *La Flexibilidad del derecho laboral en algunas experiencias comparadas*. En: *Revista de derecho. IUS ET VERITAS*. Lima. Nº 3. 1991
- Libertad Sindical y derecho de asociación*. En: AA.VV. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima. ADEC-ATC y DESCO. primera edición. 1982

ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO, Alfredo. *Sindicatos en Libertad Sindical*. Lima. ADEC-ATC. tercera edición. 1991

FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. *La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional*. En: AA.VV. *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981 - 1991*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1992

Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional. En: *Autoridad y Democracia en la empresa*. AA.VV. coordinada por Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. Ed. TROTТА. 1992

Ejecución provisional y definitiva en los procesos de despido. En: *El Régimen del Despido tras la reforma laboral*. AA.VV. bajo conducción de Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau. Madrid. IBIDEM Ediciones. 1995

FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, M. Teresa. *La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*. Madrid. Ed. TECNOS. 1996

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Dogmática de los derechos humanos*. Lima. Ediciones Jurídicas. 1994

El Principio de Igualdad Jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento Constitucional Español. En: *Derechos Humanos de las Mujeres*. Lima. Movimiento Manuela Ramos. 1996

- FERRO DELGADO, Víctor. *El despido arbitrario y el despido nulo*. En: *THEMIS* revista de Derecho. Lima, Segunda Epoca, N° 34. 1996
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid. Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Civitas S.A.. 1982
- FRANCO, Carlos. *Los significados de la experiencia velasquista: Forma política y contenido social*. En: AA.VV. *El Perú de Velasco*. Lima. CEDEP. 1983
- GALIANA MORENO, Jesús M. y GARCIA ABELLAN, Juan. *El despido nulo*. En: *Estudios sobre el Despido, libro homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*. AA.VV. Madrid. Universidad Complutense—Facultad de Derecho. 1996
- GARCIA GRANARA, Fernando. *El nuevo Procedimiento de Cese Colectivo*. En: *Análisis Laboral*. Lima. Agosto. 1995
- La Extinción de la Relación Laboral en el Perú*. En: *Revista de Trabajo*. Lima. Ministerio de Trabajo y Promoción Social. Año II, N° 2. 1997
- GIUGNI, Gino. *Derecho Sindical*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- GOERLICH PESET, José María. *Los Despidos Colectivos*. En: *La reforma del estatuto de los trabajadores, Tomo II, El Despido*. AA.VV. dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz. Madrid. Editorial Revista de

Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas. 1994

GONZALES, Atilio Carlos. *La pluralidad en el proceso civil y comercial*. Buenos Aires. Editorial ASTREA. 1984

GORELLI HERNANDEZ, Juan. *El Cumplimiento Específico de la Readmisión Obligatoria*. Madrid, Editorial Civitas S.A.. 1995

Los Supuestos de Readmisión en el despido. Madrid, Editorial TECNOS S.A..

HERRERA VASQUEZ, Ricardo. *El principio «In dubio pro operario» en los Anteproyectos de la Ley General del Trabajo*. En: *Asesoría Laboral*, N° 42. 1994

La Estabilidad Laboral de Salida en las Modificaciones a la Ley de Fomento del empleo. En: *IUS ET VERITAS*. Lima. N° 11. 1995

IÑAKI ESPARZA, Leibar. *El principio del proceso debido*. Barcelona, José María Bosch. Editor S.A. 1995

LEON BARANDIARAN, José. *Manual del Acto Jurídico*. Lima. Cuarta Edición. s/año.

LOVATON PALACIOS, Miguel David. *Protección de la Libertad Sindical en el Perú*. Lima. Instituto de Defensa Legal. 1991

Apreciación Crítica de los Aspectos Procesales de la Reforma de la Ley de Fomento del Empleo (ley 26513). En: *Asesoría Laboral*, Lima, N° 57. 1996

- LUCAS VERDU, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madrid. Ed. TECNOS S.A., Volumen II, 3ª Edición. 1983
- MARTIN AGUADO, Angel. *Actuaciones irregulares que afectan la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial*. En: *Autoridad y Democracia en la empresa*. AA.VV. bajo la conducción de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. Ed. TROTTA S.A. 1992
- MARTIN VALVERDE, Antonio. *El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Revista de Política Social*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, Nº 137. 1983
- MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermin y GARCIA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Madrid, Editorial TECNOS. 1991
- MEINI MENDEZ, Iván. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Lima. Tesis para optar el Título de Abogado en la Facultad de Derecho de la PUC. 1998
- MESIA RAMIREZ, Carlos. *La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1993*. En: *Acciones de Garantía, legislación vigente* (Estudio Introductorio). Lima. Gaceta Jurídica. s/año.
- MONEREO PEREZ, José Luis. *La Carga de la Prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. 1996
- MONEREO PEREZ, José Luis y MORENO VIDA, María

Nieves. *Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo*. En: *La reforma del estatuto de los trabajadores*, tomo II, El Despido. AA.VV. dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas. 1994

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

MORALES CORRALES, Pedro. *Principales Modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo*. En: *Análisis Laboral*. Lima. Julio. 1995

MORTTOLA FLORES, Italo. *El derecho a no ser discriminado: comentarios a la Ley 26772 y el proyecto de reglamento*. En: *Asesoría Laboral*. Lima. Octubre. 1997

NEVES MUJICA, Javier. *Autonomía Colectiva e Intervención Estatal*. En: *LABOREM*, revista de la sociedad peruana de derecho del trabajo. Lima. N° 2. Mayo. 1995

La Estabilidad Laboral en la Constitución de 1993. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales/Comisión Andina de Juristas*, Lima. N° 11. 1996

Introducción al Derecho del Trabajo. Lima. ARA Editores. 1997

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.* Ginebra. 1995

Lista de ratificaciones de convenios. Ginebra. primera edición. 1990

Protección contra el Despido Injustificado (Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones). Ginebra. 1995

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones.* En: *Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL.* Lima. Fondo Editorial PUC. Volumen XVI. Primera Parte – Tomo II. 1994

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. *Despidos Discriminatorios y Libertad Sindical.* Madrid. Cuadernos CIVITAS. 1983

La Función histórica del Derecho del Trabajo. En: AA.VV. *Trabajo y Constitución.* Lima. Cultural Cuzco. 1989

Los derechos laborales en la Constitución Española. En: *Cuadernos y Debates.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el Proceso Laboral.* Lima. ARA editores. 1997

PASCO COSMOPOLIS, Mario. *Extinción de la Relación*

- Laboral en el Perú.* En: AA.VV. *La Extinción de la relación laboral.* Lima. Editorial AELE. 1987
- La Estabilidad Laboral en la Ley de Fomento al Empleo.* En: *Análisis Laboral.* Junio. 1992
- El principio protector en el derecho procesal del trabajo.* En: *Revista DERECHO,* Lima, Fondo Editorial de la PUC. N° 48. 1994
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales* (teoría general). Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1995
- PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales.* Madrid. Editorial TROTТА. 1992
- PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid. Ed. TECNOS S.A. 1984
- Los Derechos Fundamentales.* Madrid, Ed. TECNOS S.A., sexta edición. 1995
- PLA RODRIGUEZ, Américo. *El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador.* En: *Revista Derecho Laboral.* Montevideo. N° 144.
- PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela jurisdiccional de los intereses difusos.* En: *Apuntes de Derecho Procesal.* Giovanni Priori y Bustamante Reynaldo. Lima. ARA Editores. 1997
- QUIROGA LEON, Aníbal. *Los derechos humanos, el debido proceso y las garantías constitucionales de la ad-*

ministración de justicia. En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. AA.VV. dirigidos por Francisco Eguiguren P. Lima. Cultura Cuzco. 1987

RAMIREZ BOSCO, Luis. *Manual de Despido*. Buenos Aires. Editorial/HAMMURABI S.R.L. 1986

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. *El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales. En: AA. VV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo. Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. 1978*

RODRIGUEZ – PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. *Igualdad y Discriminación*. Madrid. Ed. TECNOS.

RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y Caducidad. La Extinción de acciones y derechos en el Código Civil Peruano*. Lima, Fondo Editorial de la PUC. Tercera edición. 1989

El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Lima. Fondo Editorial PUC. Quinta Edición. 1991

SAEZ LARA, Carmen. *Mujeres y mercado de trabajo*. Madrid. Consejo Económico y Social. 1994

SAGUES, Néstor Pedro. *Acción de Amparo. Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1988

SALA FRANCO, Tomás (Director). *Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant Lo Blanch. 1989

SAMAME PACHECO, Benjamín. *La Legislación sobre Estabilidad Laboral y el Empleo Atípico en el Perú*. Lima, Centro Interamericano de Administración del Trabajo (CIAT). 1989

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de Locación de Servicios*. Lima. Cultura Cuzco.

El Derecho de Estabilidad en el Trabajo en la Constitución Peruana. En: *Trabajo y Constitución AA.VV.* Lima. Editorial Cultural Cuzco.

Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1993

TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *Nuevos lineamientos para la micro y pequeña empresa*. En: *Asesoría Laboral*. Lima. N° 13. 1992

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. *Principio de Condición más Beneficiosa*. En: *Revista Derecho y Sociedad*. Lima. N° 7. 1993

El Sida, el derecho a la intimidad y el principio de NO discriminación en el Derecho del Trabajo. En: *Revista Jurídica del Perú*. Editorial Normas Legales. Año XLV. N° 2. 1995

La Estabilidad Laboral y la Acción de Amparo: Un estudio preliminar. En: *Asesoría Laboral*. Lima. N° 69. Setiembre. 1996

UGAZ SANCHEZ – MORENO, José Carlos. *El delito contra la libertad de trabajo*. En: *THEMIS*. Lima, N° 26. 1993

VALDES DAL-RE, Fernando. *Ley de Bases del Procedimiento Laboral* (Aspectos más sobresalientes de una Reforma Procesal Anunciada). En: VALDES DAL-RE Y CRUZ VILLALON. *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral* Ministerio de Justicia. Madrid. 1991.

Poderes del Empresario y Derechos de la persona del trabajador. En: AA.VV. *Autoridad y Democracia en la empresa* Coordinada por Joaquín Aparicio y Antonio Baylos. Madrid. Ed. TROTTA. 1992

VINATEA RECOBA, Luis. *El pago de los salarios de tramitación en la Ley de Fomento del Empleo* (D. Leg. 728). En: *Asesoría Laboral*. Lima, N° 19. 1992

Las bases de la reforma del proceso laboral. En: *Ius et Veritas*. Lima. N° 13. Año VII. 1996

*La nulidad del despido lesivo de derechos
constitucionales*, se terminó de imprimir
en el mes de marzo de 1999 en los
talleres gráficos de Editorial e Imprenta
DESA S.A. (Reg. Ind. 16521),
General Varela 1577, Lima 5, Perú