

JORGE TOYAMA M.

DERECHOS LABORALES ANTE EMPLEADORES IDEOLÓGICOS

Derechos fundamentales e ideario empresarial



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHOS LABORALES ANTE EMPLEADORES IDEOLÓGICOS
Derechos fundamentales e ideario empresarial

Jorge Toyama M.

DERECHOS LABORALES ANTE EMPLEADORES IDEOLÓGICOS

Derechos fundamentales e ideario empresarial



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

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

Derechos laborales ante empleadores ideológicos
Derechos fundamentales e ideario empresarial

Jorge Toyama M.

© Jorge Toyama Miyagusuku, 2009

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:
Fondo Editorial PUCP

Primera edición: agosto de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-10753

ISBN: 978-9972-42-902-6

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Contenido

Prólogo	11
Introducción	15
CAPÍTULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES	21
1. El trabajo en la evolución constitucional	22
1.1 Constituciones del siglo XIX: el trabajo, un presupuesto de la ciudadanía	22
1.1.1. El trabajo: una forma de acceso a la ciudadanía	23
1.1.2. La libertad de trabajo	25
1.2 Constituciones del siglo XX: la persona del trabajador, un presupuesto del Derecho Laboral	27
1.2.1. El contexto de la primera Constitución del siglo XX	27
1.2.2. La aparición expresa de los derechos inespecíficos del trabajador	28
1.2.3. El desarrollo de los derechos laborales específicos	30
1.2.4. La Constitución de 1979: la cúspide en el tratamiento de lo laboral	31
2. Derechos fundamentales: marco general	34
2.1 Derechos fundamentales: hacia una definición	34
2.2 Eficacia de derechos fundamentales: vinculación a los particulares	39
2.3. Doble contenido de los derechos fundamentales	42
2.4. Contenido de los derechos fundamentales	43
2.5. Conflictos de derechos fundamentales	46
3. Derechos específicos o laborales del trabajador	54
3.1. El Estado social en la Constitución de 1993	54
3.2. Derechos laborales ¿fundamentales?	55
3.3. Los derechos constitucionales y la relación laboral	57
3.4. La protección al trabajo y derecho al trabajo	59
3.4.1. Marco general: el derecho al trabajo	60
3.4.2. Contenido del derecho al trabajo	62

3.5. La remuneración: alcances e intangibilidad	64
3.5.1. Aspectos generales	64
3.5.2. Alcances de la remuneración y de los beneficios sociales	65
3.5.3. Remuneración Mínima Vital	67
3.5.4. La intangibilidad salarial: la reducción de remuneraciones	68
3.6. La jornada de trabajo: la limitación de las jornadas atípicas de trabajo	72
3.7. Los derechos colectivos	76
3.8. Los principios constitucionales	79
3.9. El derecho de estabilidad laboral: la sentencia laboral emblemática del TC	83
CAPÍTULO II: LOS EMPLEADORES IDEOLÓGICOS	91
1. Características generales de los empleadores ideológicos	92
1.1. La figura del empleador	92
1.2. La figura del empleador en el ordenamiento y jurisprudencia peruanas	94
1.3. Marco general de los empleadores ideológicos	96
1.4. Los empleadores ideológicos: alcances de la figura	99
2. Las organizaciones de tendencia: concreción de derechos fundamentales	102
2.1. Los comunitaristas y los empleadores ideológicos	102
2.2. Empleadores ideológicos: manifestación del pluralismo democrático	104
2.3. Las organizaciones de tendencia y el marco constitucional	107
3. Derechos fundamentales en las organizaciones de tendencia	111
4. Algunos típicos empleadores ideológicos	116
4.1. Las instituciones educativas privadas	116
4.2. Los medios de comunicación informativos	124
4.3. Los movimientos políticos y sindicales	129
4.4. Las Iglesias y grupos y congregaciones religiosas	132
5. Puesto ideológico, labores neutras y relaciones no laborales	136
5.1. El puesto ideológico y labores neutras	136
5.2. Las organizaciones no ideológicas y los cargos ideológicos	140
5.3. Relaciones no laborales	141
CAPÍTULO III: LOS EMPLEADORES IDEOLÓGICOS Y LOS DERECHOS INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES	143
1. Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores	144
1.1. Empleador ideológico: convergencia de derechos fundamentales	144
1.2. Los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador	145
1.3. Las libertades y derechos inespecíficos de los trabajadores en la Constitución	147
2. Algunas sentencias emblemáticas del Tribunal Constitucional sobre derechos inespecíficos del trabajador	152

2.1. El Tribunal Constitucional	153
2.2. El Tribunal Constitucional y las acciones de amparo en el ordenamiento jurídico	155
2.3 Intimidación: intervención del correo electrónico	157
2.4. La objeción de conciencia religiosa del trabajador	159
2.5 Debido proceso	161
3. Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores y derechos del empleador ideológico	163
3.1. El empleador ideológico y el contrato de trabajo	163
3.2. El conflicto ideológico en la organización de tendencia	164
3.3. Formación y desarrollo del contrato de trabajo	168
3.3.1. La irrenunciabilidad o inalienabilidad de los derechos	169
3.3.2. El derecho a la intimidad y los requerimientos del empleador	180
3.3.3. El principio de igualdad de trato	185
3.4. El deber de información de las partes laborales	196
3.5. El desarrollo y extinción de la relación laboral	199
3.5.1. La conducta del trabajador de tendencia a la ideología del empleador	199
3.5.2. La libertad de expresión y el respeto al ideario del empleador ideológico	204
3.5.3. Las vicisitudes ideológicas y la extinción del contrato de los trabajadores de tendencia	208
3.6. La objeción de conciencia de los trabajadores de tendencia	233
4. La jurisdicción constitucional: el control de la actuación ideológica	238
4.1. El criterio de residualidad de la acción de amparo	239
4.2. Supuestos típicos de procedencia de la acción de amparo laboral	241
4.3. La limitación constitucional de las acciones de amparo laborales	243
4.3.1. Marco general	243
4.3.2. Limitaciones a la acción de amparo laboral	244
4.3.3. El despido incausado	247
4.3.4. El despido nulo	253
4.3.5. Despidos fraudulentos	260
4.4. Remuneraciones devengadas	261
4.5. Breve referencia al sector público laboral	265
4.6. A título de conclusiones	266
CONCLUSIONES	269
BIBLIOGRAFÍA	273

Prólogo

Con especial satisfacción escribo estas líneas como prólogo al libro del profesor Jorge Toyama, destacado experto en Derecho Laboral, que nos ofrece un interesante trabajo de indudables implicancias para el Derecho Constitucional y de gran vinculación entre ambas disciplinas del Derecho.

Conforme señala el autor, el análisis de los derechos inespecíficos de los trabajadores en los empleadores ideológicos tiene como eje central el posible conflicto entre la libertad de organización y dirección de los empleadores ideológicos u organizaciones de tendencia, y los derechos fundamentales de los trabajadores que laboran para estos.

Frente a la pregunta de si debe prevalecer la libertad de organización del empleador de tendencia o ideológico (sindicatos, iglesias, colegios privados religiosos, partidos políticos, medios de comunicación con una determinada opción ideológica) o las libertades inespecíficas de sus trabajadores, es decir, las que les corresponden como personas (tales como las libertades de opinión, expresión, religión y creencias, etc.), además de sus derechos laborales específicos, Toyama manifiesta explícitamente como objetivo de su trabajo contribuir a «conciliar las dos libertades: la libertad de organización, así como de difundir una ideología determinada, correspondiente a los empleadores ideológicos y los derechos fundamentales de los trabajadores, referida a las libertades inespecíficas y específicas de estos».

Compartimos este objetivo del trabajo pues, cuando se nos presenta un conflicto entre dos o más derechos fundamentales, o entre los derechos fundamentales de distintas personas o grupos, no somos partidarios de asumir las doctrinas que postulan la preferencia y supremacía predeterminada de algún derecho («libertad preferida») sobre otros. Nos inclinamos, más bien, a realizar una adecuada ponderación de los derechos e intereses en juego, procurando con ello armonizar su

plena realización hasta donde sea posible, sin recurrir al sacrificio o subordinación mecánica de alguno de ellos.

El autor parte de reconocer que ciertos derechos de los trabajadores se pueden ver sujetos a algunas restricciones cuando ellos laboran para empleadores ideológicos o de tendencia, tales como una determinada iglesia, un colegio o centro de educación a cargo de una entidad religiosa, o un diario con determinada orientación política. ¿Pero cuál es el límite de esta restricción (si se admite que exista) o cuál la forma y grado de armonizar razonablemente el ejercicio de los derechos en conflicto?

Para abordar este problema, el trabajo del profesor Toyama analiza, en su primer capítulo, la evolución histórica del tratamiento constitucional de la relación laboral, la teoría de los derechos fundamentales y el ejercicio de los derechos fundamentales específicos de los trabajadores. Destaca, así, el creciente proceso de «constitucionalización» de los derechos laborales, producido durante las últimas décadas a nivel comparado y en nuestro país. En el segundo capítulo, analiza las características que permiten identificar a los empleadores ideológicos, precisando que representan la concreción del ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad religiosa, libertad de expresión y comunicación, intimidad, etc.; y son manifestación concreta de la vigencia del régimen democrático. En el tercer capítulo, se aborda los posibles conflictos entre los derechos fundamentales de los trabajadores y las organizaciones de tendencia, así como las pautas que se podrían tener en consideración para resolverlos.

El desarrollo y análisis de esta problemática, sin duda poco abordada aún en nuestro país, se efectúa a la luz de los aportes de la doctrina comparada y la jurisprudencia constitucional, que incluye la del Tribunal Constitucional peruano, e involucra aspectos tan relevantes como los alcances de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el derecho a no ser discriminado, el derecho del trabajador a ser informado, el derecho a la intimidad o a la objeción de conciencia.

Conforme señala el autor, los empleadores ideológicos o de tendencia tienen por objeto el sostenimiento y la difusión de un determinado ideario y, por esta razón, se caracterizan por una plena identificación entre las convicciones, creencias, opiniones o pensamientos de las personas que se comportan como empleadores y las actividades del propio centro de trabajo. Afirma Toyama que los derechos fundamentales que otorgan el soporte necesario para la constitución de las organizaciones de tendencia son, de un lado, la libertad de empresa, el derecho de asociación y de propiedad, que actúan como instrumentos o herramientas que posibilitan la conformación de una organización de tendencia. Sin embargo, agrega, más que la libertad de empresa o el derecho de propiedad, es el ideario de la organización de tendencia lo que puede entrar en conflicto con

los derechos inespecíficos de los trabajadores que laboran en esta organización. En consecuencia, «es el carácter ideológico de estos empleadores lo que motiva los conflictos con los derechos fundamentales ideológicos de los trabajadores que laboran en tales centros de trabajo».

Ahora bien, señala Toyama que los trabajadores tienen derecho a ejercer sus derechos fundamentales dentro de la relación laboral: «El sometimiento al poder de dirección del empleador no supone una restricción al ejercicio de derechos fundamentales, prerrogativa que está reconocida expresamente en el artículo 23° de la Constitución de 1993, así como en el propio esquema constitucional (vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, reconocimiento de un estado social de derecho, valoración de la dignidad y los derechos de la persona dentro de la Constitución, etc.)».

Sin embargo, el propio autor precisa que, en los empleadores ideológicos o de tendencia, resulta necesario implementar ciertas modulaciones respecto de la irrestricta vigencia general de los derechos fundamentales de los trabajadores en los centros de trabajo. Así, señala que «en tanto que la carga ideológica es relevante en estas organizaciones, es posible que, en aras de preservar el ideario de la organización, los trabajadores no puedan ejercer ciertos derechos fundamentales inespecíficos (religión, opinión, expresión, intimidad, etc.) y que las instituciones laborales como los principios de irrenunciabilidad y de igualdad merezcan de modulaciones en cuanto a su exigencia frente a la orientación ideológica del centro de trabajo».

A pesar de ello, coincidimos con Toyama en que las restricciones o «modulaciones» que puedan experimentar en sus derechos inespecíficos los trabajadores que laboran para empleadores ideológicos o de tendencia no pueden extenderse a todos los trabajadores sujetos a dicha relación laboral. Por tratarse de una restricción al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, debe apreciarse también en forma restringida, y es extensiva únicamente a los trabajadores que deben expresar la ideología del empleador o deben realizar actividades de sostenimiento, promoción y/o defensa de tal ideología. Indica Toyama que estos son los trabajadores que ocupan puestos de tendencia, y da como ejemplo el caso de un profesor de religión en un colegio religioso o del editor de la sección política de un medio de comunicación que sigue una determinada orientación ideológica.

Siguiendo este razonamiento, que compartimos, los demás trabajadores realizan labores «neutras», es decir, que no se relacionan, al menos directa o necesariamente, con el ideario de la organización de tendencia. Este sería el caso de quienes laboran, por ejemplo, en actividades en las áreas administrativas de soporte o complementarias, como limpieza y vigilancia. A ellos podría aceptarse que se limite, a lo más, la libertad de expresión, para el único efecto de que no

realicen públicamente actos que demuestren o supongan su oposición al ideario del empleador ideológico.

En este punto, nos parece interesante comentar, por su vinculación con el tema, la institución de la «cláusula de conciencia» de los periodistas, acogida en el ordenamiento español. Según ella, en caso de producirse una variación de la línea ideológica u orientación editorial de un medio de comunicación, que podría darse por el cambio en la titularidad o propiedad de la empresa o una modificación de sus opciones o intereses políticos, los periodistas que realizan actividades que se vinculan con la expresión de la línea ideológica del medio (puestos de tendencia) tienen derecho no solo a resistirse a asumir esta nueva orientación, sino que pueden dar por resuelto su contrato de trabajo y considerarse como despedidos, recibiendo la indemnización especial que corresponde en tales supuestos. Siguiendo el criterio que hemos expresado anteriormente, el Tribunal Constitucional señaló que este derecho solo asiste a los trabajadores cuya labor profesional tiene directa relación con la expresión de la línea ideológica o editorial del medio, no así a quienes desarrollan actividades que no intervienen en la comunicación de la misma.

En definitiva, la solución del conflicto entre ciertos derechos inespecíficos de los trabajadores que laboran para empleadores ideológicos y estos, debería resolverse utilizando el método de la ponderación. Anota Toyama que «ponderar importa buscar la mejor decisión cuando el conflicto de derechos fundamentales muestra una concurrencia de razones justificadas del mismo valor (los derechos fundamentales de los trabajadores y de los empleador ideológicos), apreciando la solución que resulte más razonable o más proporcional posible a cada caso concreto (en este último caso, se deberían aplicar los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad misma)».

El hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no existan normas expresas para abordar esta problemática, y que su tratamiento sea aún bastante incipiente, con algunas resoluciones del Tribunal Constitucional que aportan lineamientos y criterios al respecto, revela el carácter pionero, novedoso e interesante de este trabajo del profesor Toyama. Todo ello debe incentivar el desarrollo de ulteriores esfuerzos académicos, para seguir avanzando y profundizando en una materia directamente relacionada con derechos fundamentales de muchos trabajadores, quienes requieren de una adecuada protección constitucional.

Miraflores, mayo de 2009

Francisco José Eguiguren Praeli

Coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

Un día conocimos el siguiente caso. En un colegio católico privado, un profesor adoptó las creencias de la Congregación de los Testigos de Jehová. Cuando se entonaba el Himno Nacional del Perú en el colegio, el referido profesor no cantaba el himno porque sus nuevas creencias religiosas no lo permitían, y ello motivaba que algunos alumnos —siguiendo el ejemplo del profesor— tampoco lo hicieran, aun cuando estos no eran de tal religión; ante ello, el Colegio se preguntaba si podía sancionar al profesor porque determinados alumnos no querían cantar el himno nacional ya que este no daba «el ejemplo» a los estudiantes¹ y tampoco rendía tributo a los símbolos patrios.

El caso relatado supone un conflicto entre la libertad de organización y dirección de los empleadores ideológicos u organizaciones de tendencia, y los derechos fundamentales de los trabajadores que laboran para estos.

Las organizaciones de tendencia se organizan y se sostienen en torno a una determinada orientación ideológica, de tal manera que la relación laboral ostenta una «fuerte carga ideológica» y que se concentra en los trabajadores que ocupan posiciones que califican como puestos de tendencia. Por ejemplo, los colegios religiosos, los sindicatos de trabajadores, las organizaciones religiosas, los partidos políticos, determinadas compañías periodísticas, etc. son empleadores ideológicos donde, al margen del tema lucrativo, persiguen, preeminentemente, determinados fines ideológicos.

¹ En un supuesto parecido, la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, señaló, en el caso del Consejo Escolar del Estado de Virginia Occidental contra Barnette (1943), que no se podía obligar a una persona a prestar saludo a la bandera nacional si, por su libertad de culto, este acto le estaba prohibido. Al respecto, puede leerse WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. Guernika. Madrid, s/f, pp. 124-5.

En la relación laboral, los trabajadores tienen libertades genéricas o inespecíficas, esto es, derechos fundamentales en su condición de personas tales como las libertades de expresión, opinión, imagen, religión, etc. y libertades o derechos específicos laborales tales como estabilidad laboral, las vacaciones o el privilegio salarial. En ambos casos, estamos ante derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Este trabajo pretende conciliar dos libertades: la libertad de organización así como de difundir una ideología determinada, correspondiente a los empleadores ideológicos y los derechos fundamentales de los trabajadores, referida a las libertades inespecíficas y específicas de estos. En última instancia, el tema que planteamos se contrae a la siguiente pregunta: ¿prima la libertad de organización del empleador ideológico o las libertades inespecíficas y específicas de los trabajadores? o, dicho de otro modo, ¿las libertades individuales inespecíficas y específicas de los trabajadores o la libertad de organización del empleador ideológico?

Consideramos que el tema es complejo, tiene muchas aristas dado que es, probablemente, en las organizaciones de tendencia, donde se aprecian mayores restricciones —y hasta limitaciones— al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. Nosotros pretendemos realizar una primera aproximación a tan delicado conflicto de las libertades de los sujetos de la relación laboral. Cada vez más existen casos donde se aprecian conflictos entre los derechos fundamentales de los trabajadores y de los empleadores, algunos públicos —colegios o medios de comunicación—, otros conocidos a nivel judicial.

Para ello, en el primer capítulo del libro nos referiremos a la evolución constitucional de la relación laboral, un breve desarrollo sobre la teoría constitucional de derechos fundamentales y el ejercicio de los derechos fundamentales específicos de los trabajadores. Consideramos el tema importante en la medida en que, con la visión histórica, se puede apreciar el tratamiento que ha tenido el contrato de trabajo con relación al ejercicio de derechos constitucionales dentro de la ejecución de este. Lo expuesto representa una pauta importante en la evolución constitucional de los derechos de los trabajadores que parte de la valorización del trabajo como una forma de acceder a la ciudadanía —postura asumida por las Constituciones del S. XIX— pasando por una desvinculación del trabajo como un requisito de la persona para ser ciudadano —Constitución de 1920— y culminando en un reconocimiento de los derechos de la persona en el seno de una relación laboral —Constituciones de 1933, 1979 y 1993—.

Además, nos avocaremos al estudio de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento general y los mecanismos usuales que se plantean para solucionar los conflictos de derechos fundamentales entre particulares; y, seguidamente, nos

referiremos a los derechos específicos laborales que tienen mayor relevancia en las relaciones de trabajo.

En el segundo capítulo analizaremos las características de los empleadores ideológicos que nos permitirán identificarlos, para apreciar que, finalmente, representan la concreción del ejercicio de un derecho fundamental —inespecífico— tales como libertad religiosa, libertad de expresión y comunicación, intimidad, etc., en una de las expresiones más concretas que pueden darse del sistema democrático y pluralista dentro del esquema constitucional. En este punto, no dejaremos de analizar un soporte teórico al ejercicio de derechos fundamentales de los empleadores ideológicos: la posición filosófica de los comunitaristas.

Además, trataremos las típicas organizaciones de tendencia —medios de comunicación periodística, las iglesias y confesiones, los colegios privados, los partidos políticos, etc.—, buscando apreciar sus peculiaridades así como las características específicas de cada una de estas organizaciones, considerando el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de la relación laboral. A la par, estudiaremos los cargos y puestos de trabajo que tienen una carga ideológica tal que los trabajadores que los ocupan serán nuestro principal objeto de estudio, distinguiéndolos de los trabajadores que prestan servicios «neutros» no ideológicos.

Luego, en el tercer capítulo, nos abocaremos a tratar los conflictos de derechos fundamentales de los trabajadores y de las organizaciones de tendencia, así como las particularidades que se podrían tener en consideración para resolverlos. Así, sucesivamente, describiremos los conflictos y las pautas que deberían observarse para su tratamiento, tanto en la contratación, ejecución, como la extinción del vínculo laboral.

Para ello, primero dedicaremos algunas líneas al estudio de los derechos inespecíficos de los trabajadores y su vigencia en el centro de trabajo, así como las principales sentencias del Tribunal Constitucional sobre tales derechos, sin dejar de considerar una entrada desde la teoría política para el análisis de la libertad de las partes laborales que entran en conflicto en el centro ideológico. Luego, nos dedicaremos a tratar las principales instituciones que suelen relacionarse en el tema que abordamos: la irrenunciabilidad de derechos, el principio de no discriminación, la intimidad y el deber de información. Durante la formación y la ejecución del contrato de trabajo ideológico, las instituciones descritas no suelen ser aplicadas según las normas y directivas generales dado que la carga ideológica del puesto de trabajo de tendencia las mediatiza o supedita, según sea el caso, y se adecuan al ideario del centro de trabajo.

Posteriormente, desarrollaremos las vicisitudes de la relación laboral que motivan la extinción del contrato de trabajo ideológico. En este punto, describiremos las causas que motivan el conflicto ideológico que terminaría en la adecuación —situación deseable, pero no general— de las partes al nuevo ideario o la extinción del contrato de trabajo, teniendo en cuenta las modificaciones sustanciales de las partes, así como la posibilidad del ejercicio de una objeción de conciencia por parte del trabajador. Para terminar, algunas líneas serán destinadas al análisis de la acción de amparo como uno de los mecanismos posibles que podría utilizarse para resolver los conflictos de derechos fundamentales que puede apreciarse en el centro de trabajo ideológico, especialmente por los criterios del Tribunal Constitucional.

En definitiva, creemos que el tema que estamos abordando es sugestivo y motivante.

Sugestivo porque no hemos encontrado un estudio integral sobre la materia de este texto en la literatura jurídica nacional y pretende generar mayores estudios, en un contexto donde los derechos fundamentales no suelen ser ejercidos por los trabajadores en el centro de trabajo ideológico, o los empleadores no tienen claramente entendidas sus facultades y limitaciones, y no se aprecia en la jurisprudencia un tratamiento relevante sobre esta materia específica.

Motivante porque, además, no existe un marco normativo que regule una serie de supuestos que podrían conllevar a la reducción de los conflictos de libertades y derechos constitucionales de los trabajadores y las organizaciones de tendencia, especialmente en aquellos donde existe más propensión a los conflictos de derechos ante las variaciones de la ideología (por ejemplo, los medios de comunicación).

A mediados de la década del 70', un profesor español avizoraba que, en el futuro, uno de los temas claves del Derecho Laboral sería el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores en el centro de trabajo. Hoy en día, en España y en otros países europeos, los derechos fundamentales de los trabajadores en los centros de trabajo ideológicos es un tema que cuenta con una prolífica doctrina y jurisprudencia, pese a las dificultades iniciales de trasladar la aplicación de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares.

En nuestro país, pese a la expresa consagración constitucional del ejercicio de los derechos constitucionales en la relación laboral desde la Constitución de 1933 —en Italia se consagró en 1944—, recién en los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha contribuido a realzar la importancia de los derechos fundamentales o inespecíficos de los trabajadores en las empresas. Sin embargo, todavía el conocimiento de las organizaciones de tendencia es incipiente, el tratamiento normativo es inexistente y aún no se aprecia un desarrollo jurisprudencial.

Finalmente, estamos ante una materia que importa una intersección de los Derechos Constitucional y Laboral. Para ello, hemos tratado de valernos de la doctrina nacional y extranjera más calificada de ambas ramas del Derecho.

No podemos terminar sin dejar de agradecer a las personas que han dedicado su tiempo en apoyarnos en diferentes momentos de elaboración de este libro. Nuestro agradecimiento a Francisco Eguiguren, Oscar Ermida, Juan Gorelli, Úrsula Indacochea, Javier Neves, Marioly Reyes, Marybel Saavedra, Wilfredo Sanguineti, Alfredo Villavicencio, Luis Vinatea, así como mis amigos y compañeros de Miranda y Amado, Abogados y muchas otras personas más que siempre estuvieron apoyándonos. Al Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y a Patricia Arévalo por la confianza depositada y generosidad en publicar este libro. Y gracias a mi querida familia, por regalarme su tiempo y darme su cariñoso apoyo, como siempre.

Hay, pues, mucho por trabajar. Este trabajo es solamente una pequeña contribución al estudio de los derechos fundamentales de los trabajadores en los empleadores ideológicos.

CAPÍTULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

El tratamiento doctrinario, la regulación normativa y la resolución de conflictos sobre los derechos fundamentales del trabajador han tenido un desarrollo relevante en los últimos años, a tal punto que podríamos indicar que los derechos fundamentales se han constituido en la institución más importante de las relaciones laborales de nuestro país. A su vez, el Tribunal Constitucional (TC), en su calidad de intérprete supremo de nuestra Constitución, ha tenido un rol protagónico sobre los alcances de los derechos fundamentales del trabajador.

El avance vertiginoso de las nuevas tecnologías, el desarrollo de la gestión de personas, los sistemas de producción y de trabajo constantemente variables, la globalización y las relaciones laborales transnacionales, así como el llamado multiculturalismo, la globalización cultural y los fenómenos sociales, todos ellos han impulsado el desarrollo de los derechos fundamentales del trabajador en la doctrina, jurisprudencia y la elaboración de las normas internacionales¹.

En este capítulo, queremos describir el tratamiento de los derechos fundamentales (contenido, vinculación entre los particulares y los conflictos de derechos fundamentales), así como los alcances más relevantes de los derechos fundamentales del trabajador. Cuando aludimos a los derechos fundamentales,

¹ Sobre las causas y evolución en la configuración de los derechos fundamentales laborales, pueden verse GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. *La libertad de información del trabajador*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 37 y ss.; MOLINA, C. y OLARTE, S. «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia constitucional». En: *Revista Relaciones Laborales* 1999-II, Madrid, 1999. Ed. La Ley, p. 360; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. «Los derechos laborales en la Constitución Española» En: *Cuadernos y Debates*. Centro de estudios Constitucionales. Madrid, 1991; RODRÍGUEZ MANGINI, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Ed. Astrea, Bs.As., 2004, pp. 93 y ss. y; VALDÉS DAL RÉ, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, pp. 37 y ss.

nos referimos tanto a los derechos de la persona del trabajador, esto es, los llamados derechos inespecíficos o de la «ciudadanía laboral»², así como a los derechos laborales propiamente dicho o derechos específicos del trabajador. Ambos grupos de derechos fundamentales han tenido relevancia en la regulación laboral y la resolución de conflictos de nuestro país. En este capítulo nos dedicaremos centralmente al estudio de los derechos laborales específicos y en el tercer capítulo nos concentraremos más en los derechos inespecíficos.

Como se desprende de la distribución de los temas indicados, tras el primero, en los siguientes describiremos cada una de las instituciones detallando las principales resoluciones del TC que han tenido impacto en la regulación laboral, así como la evolución que se aprecia en el propio TC sobre el tratamiento de estas instituciones laborales.

1. El trabajo en la evolución constitucional

El tratamiento del trabajo y los derechos fundamentales del trabajador han tenido una evolución constitucional que se manifiesta en la forma de abordar los derechos del trabajador, tanto específicos como inespecíficos. Brevemente en este punto nos referiremos a esta evolución.

Las constituciones del país han evolucionado desde considerar al trabajo como una de las formas de acceder a la ciudadanía, esto es, para contar con la posibilidad de tener derechos políticos, hasta destacar que la ciudadanía y, más que ella, los derechos de la persona del trabajador, son un presupuesto de los derechos laborales. Las primeras constituciones de nuestro país (siglo XIX) destacan que las personas —entre otros supuestos— que tenían un trabajo podían votar en las elecciones y postular a cargos políticos, mientras que las constituciones posteriores (siglos XX y XXI) desvinculan los derechos políticos de la categoría laboral de tal forma que los derechos de la persona —incluidos los derechos políticos— son un presupuesto de la categoría laboral.

1.1 CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX:

EL TRABAJO, UN PRESUPUESTO DE LA CIUDADANÍA

Durante el siglo XIX, la República mostraba relaciones laborales incipientes. La industria era rudimentaria y desarrollada por pequeños establecimientos

² En este libro nos referiremos continuamente a la «ciudadanía laboral» para explicar la condición de persona de los trabajadores, esto es, sujetos que tienen la titularidad de derechos fundamentales; sin que ello signifique una exclusión a los que no tienen tal calidad como son los trabajadores extranjeros.

—concentrada en molinos, curtiembres, tejidos, etc.—; las actividades primarias de extracción —agricultura, minería— mostraban sistemas pre capitalistas y se apreciaban todavía la esclavitud, el servilismo y vasallaje de los indios, negros y chinos.

A lo expuesto, hay que indicar que las relaciones laborales se veían desplazadas por luchas internas de las cofradías, corporaciones y gremios —instituciones típicamente coloniales que contaban con sus propios reglamentos internos— y un reconocimiento constitucional de las libertades clásicas liberales de empresa e industria³.

Es poco fecunda la regulación de lo «laboral» en las constituciones del S. XIX: prácticamente, no existen dispositivos que regulen derechos y obligaciones de las partes laborales. Siguiendo lo expresado por DE LA CUEVA⁴, podemos decir que el constitucionalismo peruano del S. XIX se adscribía al movimiento que se apreciaba en los demás países latinoamericanos que suponía la casi nula regulación, la cual se reducía prácticamente a la libertad de trabajo, «consecuencia del espíritu individualista y liberal» del S. XIX.

1.1.1. El trabajo: una forma de acceso a la ciudadanía

Las constituciones del S. XIX consideraron que el trabajo era una forma de acceder a la ciudadanía, es decir, a los derechos políticos. Los ciudadanos eran los únicos que podían elegir y ser elegidos. En esta línea, señalaba FUENTES⁵ que el papel del «ciudadano» —nótese que no emplea el término persona, hombre, etc.—, para tener un mejor país, reside en buscar un «honroso trabajo» para alcanzar la tranquilidad del alma y satisfacer sus necesidades. Así, ejemplos del tratamiento indicado se observa en los artículos 17.4 de la Constitución de 1823, 14.4 de la Constitución de 1826 y 40.4 de la Constitución de 1860:

Artículo 17: (Para ser ciudadano es necesario) [...] 4. Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero.

Artículo 14: (Para ser ciudadano es necesario) [...] 4. Tener algún empleo o industria; o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico.

³ BARQUERIZO, Manuel. *Historia, Derecho del Trabajo y lucha de clases en el Perú*. UNMSM, Lima, 1988, pp. 17 y ss.

⁴ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. T. I. Editorial Porrúa S.A. México, 1954, p. 179 y ss.

⁵ FUENTES, Manuel. *Derecho Constitucional Filosófico*. Imprenta del Estado. Lima, 1873, p. XXVIII.

Artículo 40: (El ejercicio de la ciudadanía se suspende) [...] 4. Por ser notoriamente vago, jugador, ebrio, o estar divorciado por culpa suya.

Como se aprecia, inicialmente se reconocía solamente la ciudadanía a quienes tenían un trabajo independiente —propietarios y personas que tenían una ciencia, arte u oficio— y determinados trabajos dependientes que suponían prestar servicios en puestos de trabajo de alguna jerarquía o categoría (los funcionarios, trabajadores de dirección y empleados). Solamente así se explicarían las curiosas exclusiones que se observan en las dos primeras constituciones, ya que la Constitución de 1823 no consideraba como ciudadanos a los «jornaleros» —tradicionalmente, se comprendía en dicho concepto a aquellos que laboraban por día a cambio de un salario— ni a los «sirvientes», y la Constitución de 1826 excluía solamente a los «sirvientes domésticos».

Con el tiempo, simplemente, se eliminaron las distinciones arbitrarias de trabajos, pero se mantuvo el requisito de laborabilidad para aquellos que quisieran ser considerados como ciudadanos para el Estado peruano —luego de las Constituciones de 1823 y 1826, en el ámbito constitucional, no existe una cláusula que impida el acceso a la ciudadanía a los trabajadores domésticos o jornaleros—. En efecto, desde la Constitución de 1828, solamente se mantuvo la obligación de contar con un trabajo —dependiente o independiente— para mantener el estatus de ciudadano ya que se señalaba que los «vagos» no podían ejercer la ciudadanía.

Por lo demás, cuando una persona tenía la calidad de ciudadano, debía mantener su empleo dado que las Constituciones disponían una suspensión del ejercicio de la ciudadanía a las personas que dejaban de ser trabajadoras. Así, el artículo 17.4 de la Constitución de 1823 disponía que el ejercicio de la ciudadanía se perdía cuando no se contaba con un «empleo, oficio o modo de vivir conocido»; las posteriores Constituciones se referían también a ello al indicar que los «vagos» no podían ejercer sus derechos de ciudadano hasta que cuenten con un trabajo⁶.

⁶ Además de la adquisición y suspensión, las Constituciones que regularon los casos de pérdida de la ciudadanía fueron las de 1828 (artículo 5.2), 1834 (artículo 5.2), 1839 (artículo 10.3), 1860 (artículo 41.4) y 1867 (artículo 42.4). En función a tales disposiciones, se perdía la condición de ciudadano si se aceptaba un «empleo» para un gobierno extranjero, salvo que exista un permiso del Congreso. La finalidad era evidente: evitar que los ciudadanos peruanos brinden cualquier información confidencial o presten servicios secretos a otros países. Esta prohibición no se encuentra en las dos primeras Constituciones (1823 y 1826) y tendría una explicación histórica: las dos primeras constituciones se emitieron durante el proceso de independencia de los países americanos y, por lo cual, los ciudadanos de diversos países prestaban servicios para otros —especialmente al Perú llegaron ciudadanos de otros países para expulsar a los españoles de nuestro territorio—; luego, cuando se emite la Constitución de 1828, el proceso de independencia había culminado y debía asegurarse la autonomía del país.

1.1.2. La libertad de trabajo

La libertad de trabajo es un principio que tiene un reconocimiento en el ámbito de todas las Constituciones del S. XIX. En las Constituciones del S. XIX se señalaba que los empleos no eran hereditarios —prohibición expresa a una institución típicamente colonial— y se garantizaba la libertad de trabajo al señalar que el trabajo era libre, voluntario, nadie estaba obligado a prestar servicios sin su consentimiento —aunque, en rigor, recién con la Constitución de 1828 se consignó expresamente la libertad positiva del trabajo—. Por lo demás, luego de un régimen de colonialismo, resulta evidente que las declaraciones generales de un Estado consagren las libertades que guiaron las gestas revolucionarias de Europa en el S. XVIII, y fue una de las más relevantes la libertad de trabajo⁷.

La fórmula de libertad de trabajo que se empleaba era amplia y comprendía todo tipo de trabajo, dependiente o independiente, por cuenta propia o por cuenta ajena. Aunque, finalmente, tal libertad de trabajo solamente benefició a los criollos, no existía un ánimo de aplicarla efectivamente en la práctica y, menos todavía, regular el mercado laboral⁸.

Por otro lado, se puede destacar que existió un límite al ejercicio de la libertad de trabajo. Siempre las Constituciones han declarado que la libertad de trabajo no es irrestricta ya que tiene como límites la costumbre, la seguridad, la salubridad o la moral pública y, en el artículo 162 de la Constitución de 1834, se agrega el interés nacional. Es interesante destacar cómo las Constituciones se refieren a conceptos indeterminados para aludir a los límites de la libertad de trabajo; creemos que esta fórmula, aun cuando amplia, debería admitirse en la medida en que no puede preverse todos los casos razonables y justificados donde se puede limitar la libertad de trabajo, siempre que la aplicación sea, necesariamente, restrictiva ya que estamos ante un límite al ejercicio de un derecho constitucional.

Pese a los enunciados de las Constituciones del S. XIX —que tenían como antecedente el Decreto de Don José de San Martín sobre la abolición de la esclavitud al inicio de nuestra vida independiente—, la esclavitud y servilismo de los negros, chinos e indios persistía. Autores como Toribio Pacheco se declaraban

⁷ Así, por ejemplo, el artículo 23 de la Constitución de 1823, el artículo 147 de la Constitución de 1826 y el artículo 166 de la Constitución de 1828 indicaron sucesivamente lo siguiente:

«Artículo 23: Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue. Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios».

«Artículo 147: Queda abolidos los empleos y privilegios hereditarios y las vinculaciones [...]».

«Artículo 166: Es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las costumbres públicas o a la libertad y salubridad de los ciudadanos».

⁸ CHIPOCO, Carlos. *La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú*. Tesis de bachillerato. PUC. Lima, 1981, p. 24.

contrarios al trabajo forzoso y reconocían la libertad de trabajo, la realidad permitía inferir que no se cumplían con los preceptos constitucionales⁹.

En la medida en que el Estado tenía relaciones estrechas con los grupos de poder, tanto con la acción como con la omisión, permitió una serie de abusos que posibilitaron una mayor explotación hacia los inmigrantes chinos —dictando sendas disposiciones— y los trabajadores de las haciendas de la costa y los fundos de la sierra¹⁰.

Es importante destacar que se puede apreciar una evolución en el tratamiento constitucional que ha tenido la esclavitud. En efecto, hasta la Constitución de 1839 —a excepción de la Constitución de 1826 que no incorporó dispositivo alguno sobre la esclavitud—, la fórmula empleada era la de disponer que nadie nacía esclavo ni podía ingresar en tal condición al territorio nacional, de tal manera que se permitía la esclavitud para aquellos que ya tenían tal condición dentro del territorio peruano.

Las Constituciones permitían la esclavitud para los que ya tenían esta categoría, una suerte de derechos adquiridos «peyorativos» respecto de sus «propietarios» que eran, probablemente, personas que tenían esclavos. A título de ejemplo, el artículo 11 de la Constitución de 1823 disponía lo siguiente¹¹: «Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros».

Desde la Constitución de 1856, se prohibió toda clase de esclavitud en el territorio peruano, tanto de los que tenían esta condición como de los que potencialmente podían tenerla¹². Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de 1867 anotaba que «No hay ni puede haber esclavos en la república»¹³. Así, recién con la fórmula descrita, podemos señalar que nadie podía ser esclavo en el territorio peruano desde la perspectiva constitucional cuando menos.

⁹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Toribio Pacheco. Jurista peruano del S. XIX*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Lima, 1993, p. 207 y ss.

¹⁰ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La idea de derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996, pp. 182 y ss.

¹¹ Adicionalmente, pueden verse los artículos 152 de la Constitución de 1828, 146 de la Constitución de 1834 y 155 de la Constitución de 1839.

¹² CORTES CARCELÉN, Juan. *El Derecho del Trabajo en las Constituciones del S. XIX*. Monografía presentada en el curso de Teoría del Estado: S.XIX y XX de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP. Lima, 1995, p.12.

¹³ Además, pueden verse los artículos 17 de la Constitución de 1856 y 17 de la Constitución de 1860; inclusive, se señalaba que perdían la ciudadanía las personas que comerciaban esclavos aun en el exterior (artículos 40.6 de la Constitución de 1856 y 42.5 de la Constitución de 1867).

1.2 CONSTITUCIONES DEL SIGLO XX: LA PERSONA DEL TRABAJADOR, UN PRESUPUESTO DEL DERECHO LABORAL

Desde las constituciones del S. XX, el tratamiento laboral varió sustancialmente. Las primeras movilizaciones y huelgas, así como el desarrollo mismo del Estado, generó que, de un lado, las constituciones desligaran a la ciudadanía de requerimientos como tener un trabajo y, de otro lado, reconocieran derechos específicos laborales en sede constitucional.

En este punto, desarrollaremos las constituciones anteriores a la del año 1993 (1920, 1933 y 1979). La actual constitución será desarrollada extensamente en los siguientes puntos 2 y 3.

1.2.1. El contexto de la primera Constitución del siglo XX

En realidad, desde inicios del S. XX, ya teníamos los primeros derechos laborales —para el sector privado— recogidos en normas generales, así como movimientos internacionales que generaron un marco adecuado para que, desde la Constitución de 1920 (la primera del siglo pasado), se aprecie un giro radical en el tratamiento constitucional del tema laboral. Se puede decir que la Constitución de 1920 regula en sede constitucional la evolución de la temática laboral.

La Constitución de 1920 se discute y promulga con movimientos sociales y huelgas de los trabajadores, con una Organización Internacional del Trabajo (OIT) y con dos constituciones del exterior —México y Alemania— que tenían sendas disposiciones sociales. Todo ello, pues, «creaba» un clima propicio para que se regularan derechos laborales.

La Constitución de Querétaro de 1917 (México) fue la primera en el mundo en reconocer derechos típicamente laborales. El artículo 123 contempló una serie de derechos laborales específicos y concretos: la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal, el descanso pre y post natal, el salario mínimo, la sobre tasa por trabajo de horas extras, el principio de igualdad de trato en el pago de la remuneración, el derecho de huelga y la libertad sindical, etc.

Otra influencia importante fue la Constitución de Weimar. Hacia 1919, Alemania sufría las consecuencias de la Primera Guerra Mundial y, ante la situación laboral, se produjeron revoluciones, movilizaciones y huelgas obreras que motivaron, entre otras razones que, tras una Asamblea Nacional, se promulgara la Constitución de 1919, conocida como la Constitución de Weimar.

Si bien la Constitución de Weimar no tiene el contenido específico de la Constitución de Querétaro, consagra principios generales (artículo 162) tales como el principio protector —el principio base del Derecho del Trabajo— y

la disposición sobre el trabajo adecuado, y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva.

La tendencia hacia el reconocimiento de los derechos sociales y laborales ha sido incontenible tras la Constitución de 1920. Con el devenir de los años, a nivel internacional y nacional, la regulación laboral ha tenido una evolución intensa, tanto cualitativa como cuantitativa, y las constituciones de 1933 y 1979 no son sino consecuencia de este desarrollo. Finalmente, como veremos más adelante, las constituciones son la expresión de las ideologías y creencias en un contexto determinado.

1.2.2. La aparición expresa de los derechos inespecíficos del trabajador

Las constituciones del S. XX regularon, por vez primera, el respeto de los derechos inespecíficos o de la persona del trabajador en la relación laboral. En concreto, la Constitución de 1933 (artículo 44) disponía: «Es prohibida toda estipulación, en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales».

No obstante lo expuesto, es importante advertir que probablemente los constitucionalistas del 33' no se referían a la exigibilidad de los derechos inespecíficos en una relación laboral. Un rasgo sintomático de lo expuesto se relaciona con el enunciado del precepto constitucional comentado. Se alude a que ninguna «estipulación en el contrato de trabajo» puede restringir el ejercicio de derechos civiles, políticos y sociales. Con ello, estamos ante una cláusula de un contrato de trabajo.

Cuando se emitió la Constitución de 1933, todavía se apreciaban relaciones de servidumbre y yanaconaje y creemos que estas son el más relevante ámbito de aplicación del precepto comentado. Tal vez, los constituyentes quisieron «reforzar» con este mandato constitucional la libertad de trabajo, evitar el trabajo forzoso así como reconocer que el Derecho Laboral supone una relación de poder y se buscaba fortalecer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, más que asegurar el pleno ejercicio de derechos civiles y políticos en el seno de una relación laboral.

Ciertamente —y aun cuando la noción de Constitución no tenía el pleno alcance que se puede apreciar a la fecha—, las normas constitucionales son imperativas en la medida en que, de ellas, se derive una eficacia o preceptividad inmediata y, por lo cual, como cualquier otro pacto, el contrato de trabajo no debe establecer condiciones que atenten contra tales preceptos constitucionales. Los derechos inespecíficos son los derechos no laborales o no específicos que tienen los trabajadores por el hecho de ser personas o ciudadanos y que se pueden ejercer dentro de la relación laboral tales como libertad religiosa, intimidad, libertad de expresión, secreto de comunicaciones privadas, etc. No estamos, por consiguiente, ante derechos propiamente laborales.

Nótese que la prohibición constitucional analizada se refiere a derechos de naturaleza civil, política o social —en este último caso, estarían los derechos laborales y no solamente los derechos laborales de sindicalización¹⁴—; de este modo, se reconocía el ejercicio de los derechos de la «ciudadanía laboral» en el seno de la empresa. Así, el artículo se refiere, en última instancia, a derechos inespecíficos y específicos.

Lo expresado es de vital importancia. Por los derechos inespecíficos se limita el poder de dirección del empleador dado que ya no podría dictar órdenes que atenten contra los derechos no laborales de los trabajadores y estos podrían cuestionarla válidamente. Con ello, en el ámbito constitucional, se establece una nueva regulación: los derechos constitucionales de los trabajadores no solamente son los propiamente laborales (específicos), sino también los derechos constitucionales no laborales (inespecíficos) que se ejercen en las relaciones laborales. Repárese en que la disposición constitucional señala que en el contrato de trabajo no se puede restringir o limitar los derechos de los trabajadores como personas —genéricamente, los derechos civiles y políticos—. De este modo, claramente puede inferirse que los derechos inespecíficos son previos a la relación laboral.

A diferencia de las constituciones del S. XIX donde se preveía que el contrato de trabajo generaba derechos a la persona —esencialmente la ciudadanía—, ahora se establece que los derechos de la ciudadanía son un presupuesto de la relación laboral y se ejercen dentro de ella.

La Constitución de 1979 (artículo 42) tenía un mejor desarrollo de los derechos inespecíficos en el seno de las relaciones laborales: «En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad».

La redacción de este precepto nos resulta más atractiva que la prevista en la Constitución de 1933, en la medida en que comprende la prohibición de cualquier acto —un contrato de trabajo, una norma jurídica— o hecho —un acto del empleador—, normativo o no, individual o colectivo, que restrinja los derechos inespecíficos y específicos —la fórmula es amplia, se refiere a los «derechos constitucionales»— de los trabajadores¹⁵.

¹⁴ Empero, cuando se debatió este precepto entre los «Sanchezcerristas» y los «socialistas», el término social comprendía exclusivamente los derechos de sindicalización. Sobre ello, véase ЧИПОВО, Carlos. Op. Cit., pp. 92 y ss.

¹⁵ Un estudio general sobre la evolución del reconocimiento de derechos de la persona del trabajador puede verse en VALDÉS DAL RÉ, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, pp. 46 y ss.

Finalmente, es importante destacar el reconocimiento de la dignidad como elemento trascendente de ejercicio en una relación laboral y como una suerte de derecho genérico que asegura la vigencia de derechos de la persona dentro del contrato de trabajo¹⁶.

Con ello, respecto de la constitución precedente, se prevé un precepto general y comprensivo, abstracto y abierto, sobre el alcance de los derechos constitucionales que pueden ejercerse en el seno de la relación laboral, sin que estos derechos sean los explícitamente reconocidos, sino que se extienden a aquellos que se deriven de la dignidad.

1.2.3. El desarrollo de los derechos laborales específicos

Las constituciones del S. XX reconocen los derechos laborales, introduciendo obligaciones generales al Estado. De un lado, la libertad de trabajo aparece recogida en las constituciones del S. XX y se indicaba que el Estado podía intervenir en las relaciones laborales para determinar las condiciones de trabajo, las normas de seguridad e higiene, las indemnizaciones, los salarios mínimos y la organización general del trabajo (exactamente el artículo 46 y 47 de las constituciones de 1920 y 1933, respectivamente).

A la par, aparecen los derechos laborales específicos laborales. Así, el artículo 47 de la Constitución de 1920 (que tenía el mismo tratamiento en la Constitución de 1933), ubicado dentro del título de las garantías sociales, fijó una serie de principios sobre los cuales el Estado debe actuar en la regulación de las relaciones laborales. Si bien este artículo es una expresión del principio protector del Derecho del Trabajo, representa el primer artículo que, expresamente, desarrolla derechos laborales concretos en nuestra historia constitucional¹⁷.

El indicado artículo constitucional regula, especialmente, un sector laboral, el industrial (primer y tercer párrafos del artículo 47), al disponer que el Estado

¹⁶ Así, sobre este tema se ha destacado que «La presencia de la dignidad de la persona como valor constitucional, no solo centra la pluralidad abierta de «valores superiores», sino que aparece como criterio integrador y unificador del sistema de los derechos fundamentales rigiendo la positivización de los mismos. Es decir, irradia un sentido sobre todos los momentos de la interpretación, la aplicación y los procesos técnico-jurídicos en que consiste el desarrollo de la norma constitucional». GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Universidad de Murcia. Murcia, 2003, p. 96.

¹⁷ El artículo 47 indicaba:

«El Estado legislará sobre la organización y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías de él, de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas razas del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen».

legisle sobre la seguridad en el trabajo industrial y las condiciones de trabajo en esta área ocupacional así como el pago de una indemnización por accidentes de trabajo. Esta legislación restrictiva para las industrias se prolonga, inclusive, hasta nuestros días: por ejemplo, hasta hace poco, existía un régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales —administrado por el IPSS, hoy ESSALUD, y previsto en el Decreto Ley N°. 18846 que ha sido sustituido por un sistema general de riesgos laborales— que comprendía solamente a los trabajadores obreros; del mismo modo, existe un reglamento de seguridad e higiene que solamente se aplica en los centros de trabajos industriales.

El artículo 47 de la Constitución de 1920 se refiere a las remuneraciones mínimas y las condiciones máximas de trabajo, las mismas que se establecerán atendiendo a la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones de las regiones del país. En cuanto al género, se justifica la protección a las mujeres al igual que la de los niños, porque, según VALDEZ TUDELA¹⁸, eran los seres más débiles por ser una «obra moral de justicia y de tutelaje para seres débiles, sino por ser, además, una obra de auto conservación de la sociedad ya que las mujeres son las madres de las futuras generaciones». Ciertamente, resultaba cuestionable que se fijen remuneraciones mínimas en función al sexo: se utiliza este criterio al sexo como determinante en la fijación de las remuneraciones mínimas —a nivel legal, la Ley N°. 2851 ya había regulado un indiscriminado trato en función al sexo—; naturalmente, debemos comprender que estamos en los inicios de la regulación de los derechos laborales y, por lo cual, el tratamiento es selectivo, diferenciado, sin —a veces— base objetiva.

1.2.4. La Constitución de 1979: la cúspide en el tratamiento de lo laboral

La Constitución de 1979 representa el mayor tratamiento laboral que ha tenido nuestro desarrollo constitucional, y ha superado inclusive a la actual Constitución. Cuantitativa y cualitativamente, nos encontramos ante la Constitución que abordó la temática laboral con mayor detalle, con referencias a derechos que suelen tener reconocimiento legal más que constitucional, y naturalmente un desarrollo del concepto de Estado Social que era el presupuesto de este tratamiento.

La trascendencia de los derechos laborales no solamente se contrae a los artículos específicos de la Constitución que los tratan, sino en la existencia de un acápite, de un capítulo especial para la materia laboral —hasta la fecha, es la única Constitución que la tuvo dado que la actual incluye a los derechos laborales junto

¹⁸ VALDEZ TUDELA, Napoleón. *Comentarios a la legislación social peruana*. Lima: Imprenta Miranda, 1958, p. 269.

con otros derechos sociales y económicos— así como la formulación de una serie detallada de principios y reglas de un Estado Social de Derecho¹⁹.

Desde el punto de vista netamente laboral, podríamos señalar, siguiendo a RUBIO CORREA, que, con una nueva Constitución²⁰, se podían incorporar nuevos derechos, nuevas prerrogativas, esquemas de trabajo novedosos, reconocer y regular una serie de derechos laborales ausentes o deficientemente abordados por las Constituciones anteriores.

La Constitución de 1979 señalaba que el Perú era un Estado social de derecho. En efecto, el Preámbulo de esta Carta Magna, los capítulos sobre el trabajo, la educación, la seguridad social etc. y, sobre todo, los artículos 4 y 79, eran claros en determinar que la forma de Estado que se adoptaba era la social. El Preámbulo contenía una serie de principios típicos de un Estado social de derecho: se buscaba que todas las personas disfruten de la riqueza; se indicaba que el Estado debía promover una sociedad «justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores»; se consagraba una «economía al servicio del hombre y no del hombre al servicio de la economía»; etc.

Por otro lado, la Constitución regulaba una serie de derechos económicos, sociales y culturales que son propios del Estado social y que estaban reconocidos en la categoría de derechos fundamentales. Se señalaban muchos derechos —no todos exigibles directamente, por ser de preceptividad aplazada o mediata— que debían ser tutelados, promovidos, implementados, etc. por el Estado. Incluso, los derechos contenidos expresamente en la Constitución no eran los únicos. El artículo 4 se encargaba de asegurar que cualquier derecho que sea una manifestación de la dignidad del hombre y «del Estado social» tuviera un reconocimiento constitucional, a tenor del listado abierto de esta disposición.

Más contundente era el artículo 79. Este artículo establecía que el Perú era «una República democrática y social». De manera expresa, a diferencia de las constituciones de 1920 y 1933, se prescribía la orientación del Estado, una que negaba al Estado liberal. En la misma línea, el artículo 4 precisaba que se reconocía cualquier derecho que derivaba de un «Estado social y democrático de derecho».

¹⁹ Lo dicho no supone necesariamente una aprobación de la estructura formal de la Constitución de 1979 en lo relativo a los derechos de las personas, ya que coincidimos con RUBIO y BERNALES cuando indican que la Constitución hubiera señalado que los derechos laborales, culturales, etc. debieron ser catalogados también como derechos de las personas —en el Capítulo I se encuentran los derechos de las personas constituidos por los tradicionales derechos civiles y políticos—. En: RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editorial, Lima, 1985, p. 35.

²⁰ RUBIO CORREA, Marcial y Otros. *Constitución: ¿Qué y para qué?* Descó, Lima, 1978, p. 95 y ss. De otro lado, se ha indicado que era una Constitución muy genérica, en tanto que todo lo «delegaba» a la ley. PASCO, Mario. «El tema del trabajo y la nueva Constitución». En: *La nueva Constitución y su aplicación legal*. CIC, Lima, 1980, p. 69.

Una de las novedades de la Constitución de 1979 fue la incorporación de los principios del Derecho Laboral en el ámbito constitucional. En efecto, se reconocían expresamente los principios de igualdad de trato, *indubio pro operario*, irrenunciabilidad y retroactividad de las leyes si son favorables a los trabajadores. Además, se recogía al principio protector que es el «principio genérico» a partir del cual se elaboran los demás principios; a través de todo el Capítulo V dedicado al trabajo se puede verificar la existencia del referido principio. Este principio protector es el único que se habría reconocido en las Constituciones del S. XIX, dado que, en el ámbito de las Constituciones del S. XIX se regula el tema del trabajo desde la óptica liberal —simplemente, como un derecho o facultad para trabajar o no— sin que, necesariamente, se aprecie la existencia de normas que protejan a los trabajadores.

Hay varios derechos individuales que tuvieron una regulación en las anteriores constituciones tales como la protección a la mujer (artículo 45), la obligación del Estado de dictar medidas sobre seguridad social, higiene y seguridad empresarial (artículo 47), la remuneración mínima (artículo 43), la participación de los trabajadores en las empresas (artículo 56) y el derecho a percibir beneficios sociales (artículo 44, *in fine*).

La Constitución de 1979 reconoció, por vez primera, el derecho de estabilidad laboral o el principio de continuidad laboral en sus dos modalidades. La estabilidad laboral de entrada y la de salida. Por la primera, se aseguraba que el trabajador tuviera derecho a adquirir una estabilidad de entrada —una excepción era el período de prueba o los contratos a plazo fijo— y otra era la estabilidad de salida —protección contra el despido arbitrario—. Si bien la Constitución se refería expresamente a la estabilidad de salida, el contenido constitucional del derecho de estabilidad laboral no podía concebirse sin que se reconozca a la estabilidad laboral denominada «de entrada» dado que ambas manifestaciones se necesitan recíprocamente para tener eficacia.

Por otro lado, se reconocieron derechos remunerativos y sus derivaciones tales como la justa remuneración y la asignación familiar (artículo 43), la jornada máxima de trabajo así como el derecho a los descansos remunerados semanales y anuales (vacaciones) (artículo 44) y el privilegio salarial en el pago de las remuneraciones y beneficios sociales, y un plazo de prescripción generoso de 15 años para cobrarlos (artículo 49)²¹.

²¹ Si bien los derechos laborales ya tenían regulación en el ámbito de la normativa legal —salvo el derecho a la asignación familiar que recién fue creada en el año 1989—, la regulación constitucional tiene enorme repercusión. Las dos principales consecuencias son: tales derechos no pueden ser suprimidos en el ámbito legal y pueden ser materias de sendas acciones de garantías para asegurar su protección.

Para terminar, a nivel de las relaciones colectivas, existe una nueva regulación en sede constitucional. Se ha mencionado que, en este tema, no existe mayor avance²²; nosotros discrepamos de tal posición. La regulación de los derechos colectivos es innovativa —salvo el reconocimiento de la negociación colectiva— y tiene varios aspectos que se deberían resaltar²³. En primer lugar, el artículo 54 de la Constitución regula la negociación colectiva. Con la Constitución de 1979, el Perú tenía un modelo constitucional de negociación colectiva libre y, por ello, podemos afirmar que predominaba, en palabras de NEVES²⁴, un «pluralismo orgánico atenuado». Además, el artículo 51 se refería a la libertad sindical: comprendía tanto la libertad sindical negativa como la positiva²⁵, esto es, la posibilidad de decidir la incorporación o renuncia a un sindicato de trabajadores. Finalmente, el artículo 55 indicaba que «La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley».

El desarrollo de los derechos constitucionales laborales ha tenido, entonces, en la Constitución de 1979 su expresión máxima. Como veremos más adelante, la Constitución de 1993 es más escueta y no aborda varias de las instituciones contenidas en la Constitución de 1993 pero, no por ello, la materia constitucional laboral deja de ser relevante.

2. Derechos fundamentales: marco general

2.1 DERECHOS FUNDAMENTALES: HACIA UNA DEFINICIÓN

Antes de describir los alcances sobre los derechos fundamentales, debemos indicar que, de las denominaciones que existen sobre los derechos que estudiaremos: humanos, constitucionales, fundamentales, etc., nos quedamos con los derechos fundamentales en la medida en que reflejan adecuadamente los alcances de los derechos conferidos a las personas. Siguiendo a JORDANO²⁶, podemos indicar que los derechos son fundamentales en tanto que, por un lado, dan sustento o

²² CHIPOCO CÁCEDA, Carlos. Op. Cit., pp. 174 y ss.

²³ El artículo 48 de la Constitución de 1920, se refería a los conflictos entre trabajadores y empleadores y que estos serían resueltos por medio de tribunales de conciliación y arbitraje. El artículo 43 de la Constitución de 1933 reconoció el derecho de negociación colectiva al prever que «El Estado legislará sobre el contrato colectivo de trabajo».

²⁴ NEVES MUJICA, Javier. *El contenido negocial: la compleja relación entre la ley y el convenio colectivo*. IDL, Lima, 1993, pp. 20-21.

²⁵ VILLAVICENCIO, Alfredo. «Constitución y libertad sindical» En: AA.VV. (Director: Javier Neves). Editorial Cuzco, Lima, 1989, pp. 143 y ss.

²⁶ JORDANO FRAGA, Jesús. *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid, 1997, p. 55.

fundamento al sistema jurídico y, por otro lado, no requieren de fundamentación o justificación jurídica o, por lo menos no necesitan una justificación jurídica positiva.

Una primera entrada de los derechos fundamentales la podemos hacer desde la perspectiva de la libertad. La libertad es uno de los conceptos claves en toda construcción jurídica sobre el Derecho, no podría existir una teoría jurídica sin tener en cuenta a la libertad en cualquiera de sus acepciones.

En este sentido, abordaremos el tema de la libertad, teniendo en consideración la flexibilidad del concepto en función a diversas variables y contextos²⁷, desde la perspectiva de la teoría política. A partir de ello, recogemos la conocida clasificación sobre la libertad desde sus dos manifestaciones no excluyentes²⁸: libertad positiva y libertad negativa y, en un segundo momento —solamente para determinar el marco de nuestro trabajo—, la libertad individual y la libertad colectiva. Siguiendo a BOBBIO y BERLIN, por libertad negativa entendemos la ausencia de impedimento, interferencia o constricción, o la libertad para obrar o no obrar sin que exista obligación, coacción o impedimento alguno. Por otro lado, la libertad positiva se contrae en la libertad de las personas para orientar libremente sus decisiones por la opción que consideren más conveniente sin tener en cuenta la voluntad de otros, es decir, supone tener autonomía en la toma de decisiones. En otras palabras, citando a BOBBIO, podemos indicar que «la libertad negativa es una cualificación de la acción; la positiva es una cualificación de la voluntad» o, libertad de obrar y libertad de querer, respectivamente²⁹.

Ahora bien, la libertad colectiva y la libertad individual se definen, como apunta BOBBIO³⁰, a partir de la persona o ente que ostenta la libertad negativa o positiva. De un lado, la libertad individual está definida desde el individuo, a quien, históricamente, le comprendería la libertad negativa, pero ello no significa que no le sea extensible la libertad positiva.

Por otro lado, la libertad colectiva suele atribuirse a entes o instituciones como el Estado o la Iglesia e, históricamente, se la ha identificado con la autodeterminación o autonomía y, por ello, se acostumbra asimilarla con la libertad positiva sin que esto importe la inexistencia de la libertad negativa.

²⁷ QUINTANILLA, Pablo. «El problema metafísico de la libertad». En: *Revista Ius Et Veritas*. N.º. 15. Lima, 1997, pp.343 y ss.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Libertad e igualdad*. Ed. Paidós. Barcelona, 1993. p. 97 y ss.; BERLIN Isaiah. *Libertad y necesidad en la historia*. Revista de Occidente. Madrid, 1974. p. 133 y ss. y; NINO, Carlos. «La autonomía constitucional». En: AA.VV. *La Autonomía personal. Cuadernos y Debates*. CEC. Madrid, 1992, pp.33 y ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 102.

³⁰ *Ibidem*, pp. 108 y ss.

Sobre este marco de libertades, nosotros nos dedicaremos centralmente a las libertades individuales, tanto negativa como positiva, dentro de la relación laboral. Así, en el marco del centro laboral, estaríamos ante un conflicto de libertades individuales: la del empleador y la del trabajador. Nosotros nos referiremos seguidamente a los derechos fundamentales, específicamente desde la perspectiva individual del trabajador.

Los derechos fundamentales son elementos esenciales de cualquier sistema jurídico y que se derivan de valores superiores que tienen por fuente a la dignidad humana, y que inspiran, determinan y fundamentan a dicho sistema³¹. La determinación, así como el contenido de los derechos fundamentales, en definitiva, dependerá de la orientación ideológica o de la fundamentación que se realice y que, dentro de una sociedad plural y democrática, dependerá de los consensos y el diálogo social³².

Ciertamente, resulta trascendental para el ordenamiento jurídico-político que se reconozcan, en el ámbito constitucional, los derechos que corresponden a las personas por el solo hecho de serlos. La constitucionalización de derechos supone, siguiendo a Freixes³³, la efectividad inmediata de los derechos considerados como tales —con ello, el reconocimiento de las acciones de garantía y tutela, ante actos de violación de tales derechos—, el reconocimiento del derecho dentro de una estructura —el denominado «bloque de constitucionalidad»— que permitiría una interpretación en conjunto —la aplicación de los criterios de interpretación, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, o la determinación de principios generales— y la determinación de los valores constitucionales que se imponen en un determinado ordenamiento.

Además, el reconocimiento de los derechos fundamentales genera la apreciación del contenido esencial de estos como un importante parámetro para la regulación legislativa —solo por normas de nivel primario se debería regular los derechos fundamentales—, la interpretación jurisprudencial y la aplicación vinculante para los diferentes órganos del Estado³⁴.

La Constitución de 1993 establece una fórmula abierta sobre las libertades y derechos que califican como fundamentales. Al igual que la constitución precedente, se describen expresamente una serie de derechos y libertades inespecíficas

³¹ BUSTAMANTE, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Edit. Lima, 2004, p. 90.

³² PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Ed. Palestra. Lima, 2002, p. 41.

³³ FREIXES, Teresa. *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*. MTSS. Madrid, 1986, pp. 333 y ss.

³⁴ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y de OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución*. Ed. Civitas. Madrid, 1992, pp. 25 y ss.

—aplicable a todos los ciudadanos— y específicas —predicable para determinados ciudadanos, los trabajadores—. En efecto, de un lado se reconoce a la dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1), valor que comprende un sinnúmero de derechos y principios; se mencionan una lista prolija de derechos y libertades (artículo 2); y, por otro lado, expresamente se indican que los derechos reconocidos en el Capítulo II sobre los derechos fundamentales no presentan un enunciado taxativo, sino que comprende los demás derechos reconocidos en la constitución y «otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno» (artículo 3).

De lo dicho, conviene destacar que la dignidad se erige como la esencia predicable de cualquier persona y que, además, es el valor o derecho del cual se desprenden los demás derechos. Como se ha dicho, la dignidad importa «el derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de inminente dignidad titular de derechos y obligaciones. Sin este derecho reconocido se quiebran todos los demás derechos fundamentales, se quedan sin su punto de apoyo»³⁵.

De esta forma, aun cuando no es materia de este trabajo, dejamos por sentado la dificultad para determinar cuáles son los derechos fundamentales en la Constitución de 1993. Las técnicas que se empleen no pueden ser meramente formales. Por ejemplo, no podría decirse que solamente los derechos que están en el Capítulo I (de los Derechos Fundamentales) califican como fundamentales en tanto que, el artículo 3 de la Constitución ya citado, expresamente reconoce la calidad de «fundamentales» de los derechos reconocidos en los demás acápite de la Constitución, así como los que se derivan de la dignidad del hombre. Tampoco podemos ampararnos en apreciar los niveles de protección constitucional a través de las acciones de garantía en tanto no se prevé alguna regla de discriminación de derechos fundamentales —aun cuando, a la luz de las sentencias del TC se podría avizorar cierta diferenciación, como veremos más adelante—. Finalmente, no nos adscribimos a la posición asumida por algunos autores y que se contrae a determinar el «núcleo cualificado» de los derechos fundamentales de los que se

³⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996, p. 91. En la misma línea, se ha indicado que «Los derechos fundamentales se encuentran ligados a la dignidad de la persona; son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen, asimismo, la condición de su libertad y autodeterminación. Su desconocimiento o conculcación vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona». GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús. «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio». En: AA.VV. (Sempere Navarro y R. Martín Jiménez: Coordinadores). *El modelo español en la Constitución Española de 1978*. MTAS. Madrid, 2003, p. 251.

predican los efectos propios del reconocimiento constitucional y, a partir de ello, establecer los derechos que se derivan de este³⁶.

Ciertamente, los derechos fundamentales no son aquellos que la Constitución reconoce expresamente. Los derechos fundamentales son aquellos que se derivan de la dignidad de la persona dentro de un determinado modelo de Estado. Al respecto, es importante precisar que existen varias teorías sobre los derechos fundamentales que brindan contenido y delimitan los alcances mismos de los derechos fundamentales pero, como indica LANDA, estas teorías se encuentran en las concepciones del Estado, sociedad y economía, y que, conjuntamente con las variables culturales de cada país, determinan su interpretación y aplicación³⁷.

El propio TC ha indicado en muchas ocasiones que los derechos fundamentales, en concordancia con el artículo 3 de la Constitución, no son delimitables taxativamente (Expediente N°. 895-2001-AA/TC):

[...] es bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de «desarrollo de los derechos fundamentales», cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución.

Como hemos dicho, la referencia a la dignidad y cualquier derecho derivado de la condición de persona (artículo 1) y el artículo 3 como la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución, permiten extender la lista de derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución. En este sentido, conviene dedicar algunas líneas a este último tema pues, en materia laboral, tenemos varios tratados sobre derechos fundamentales que vinculan la relación laboral.

No solamente se debe referir a los tratados sobre Derechos Humanos y de Derechos Económicos y Sociales sino, especialmente, a los Convenios Internacionales de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que tienen contenido constitucional y fundamental, tal como ha sido reconocido por el TC y, ciertamente, han vinculado al empleador (especialmente, el TC ha utilizado estos

³⁶ MARTÍN-RETORDILLO, LORENZO y de OTTO Y PARDO, Ignacio. Op. Cit., pp. 71 y ss.

³⁷ LANDA, César. *Teoría del Derecho Constitucional*. Ed. Palestra. Lima, 2003, p. 191.

criterios de interpretación cuando se ha referido a la libertad sindical). Al respecto, el TC ha indicado lo siguiente (Expediente N°. 2209-2002-AA/TC)³⁸:

El Tribunal Constitucional considera necesario advertir que, en materia de interpretación de los derechos constitucionales, el operador judicial no puede olvidar que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la comprensión de las cláusulas que reconocen (o limitan) derechos en ella previstos, deben interpretarse en armonía con lo que sobre ellas hayan realizado los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, en particular, con la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia con competencia en materia de derechos humanos.

2.2 EFICACIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: VINCULACIÓN A LOS PARTICULARES

Una primera aproximación sobre los derechos fundamentales requiere indicar que estos vinculan al Estado en tanto constituyen un tope jurídicamente insuperable³⁹. Los derechos reconocidos en la Constitución tienen el mismo rango, con lo cual no puede hablarse de jerarquías a nivel de derechos fundamentales (desde ya, nuestra posición es de rechazo sobre cualquier postura basada en una jerarquía de derechos fundamentales cuando se presenten conflictos entre tales derechos); ciertamente, sí de derechos fundamentales respecto de derechos reconocidos en normas legales⁴⁰.

Ahora bien, los derechos fundamentales también vinculan y resultan eficaces entre particulares. En primer lugar, el artículo 38 de la Constitución prevé que «Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]». De esta manera, la exigencia respecto de la vigencia y respeto de los derechos fundamentales rebasa el orden público y se extiende a todas las personas y entidades, prácticamente queda asegurada la vigencia entre particulares de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, no existe en la Constitución alguna norma que delimite la aplicación, eficacia y exigencia de los derechos fundamentales frente a

³⁸ En otro caso, el TC ha indicado (Expediente N°. 1268-2001-HC-TC): «[...] el Tribunal Constitucional entiende que, en nuestro ordenamiento jurídico, el denominado derecho internacional de los derechos humanos posee fuerza normativa directa o aplicabilidad directa, en tanto los tratados que lo componen, como cualquier otro, “forman parte del derecho nacional”».

³⁹ DÍEZ-PICAZO, LUIS. «Aproximación a la idea de derechos fundamentales». En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N°. 2. Lima, 2000, p. 221.

⁴⁰ CASTILLO, LUIS. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. UDEP-ARA Ed. Piura, 2003, pp. 45-46.

determinados sujetos, públicos o privados —como puede ser, inclusive, una organización de tendencia—.

En tercer lugar, dada la fórmula de la Constitución de 1993 (numeral 2 del artículo 200⁴¹), la acción de amparo se puede interponer contra la aplicación de un acto normativo, un acto no normativo, una acción u omisión, un acto jurisdiccional —en este último caso, cuando dicho acto contravenga el principio del debido proceso—, provenientes tanto del Estado como de particulares. Como sabemos, la acción de amparo se interpone contra los actos que vulneren o amenacen derechos constitucionales, teniendo por finalidad la reposición a la situación anterior a la trasgresión del derecho constitucional. En esta línea, con la acción de amparo, el afectado busca la tutela de su derecho constitucional lesionado y, si la demanda es estimada por el órgano jurisdiccional, se declara la ineficacia del acto que se considera inconstitucional.

Entonces, en nuestro ordenamiento, puede presentarse una acción de amparo para tutelar derechos reconocidos en la Constitución que son vulnerados por los particulares. No requerimos, por consiguiente, acudir a la doctrina de la eficacia mediata de los derechos fundamentales que ha sido empleada en los sistemas constitucionales donde no se reconoce una acción de garantía cuando el demandado es un particular.

Al respecto, para CUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ, la tesis de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se presenta una aplicación de un derecho por el juez a favor de una parte; por ello, se considera que, finalmente, estamos ante una cláusula inmediata⁴². Por su parte, el criterio del Tribunal Constitucional Alemán es simple: el Tribunal Constitucional no puede permitir que terceros atenten contra derechos fundamentales; de este modo, de manera indirecta o mediata, se han resuelto casos en forma estimatoria si el trasgresor del derecho fundamental fue un tercero⁴³.

⁴¹ La disposición constitucional prevé que «La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular».

⁴² CUADRA-SALCEDO, Tomás y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, E. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 59. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España puede verse en BILBAO UBILLÚS, Juan. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. BOE. Madrid, 1997.

⁴³ HESSE CONRADO y OTROS. *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1986, p. 107. Además, un resumen sobre el tratamiento de este tema en derecho comparado puede verse en ABAD YUPANQUI, Samuel. «Hábeas corpus y amparo contra actos de particulares: una posible defensa de los derechos humanos de las mujeres». En *Revista Ius Et Veritas* N°. 12. Lima, 1996, pp. 125 y ss.

En conclusión, teniendo en cuenta el esquema de la Constitución de 1993, no se debería producir alguna discusión sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Los derechos pueden alegarse contra el Estado o contra los actos u omisiones de los sujetos particulares o terceros. No existe una fórmula constitucional que limite o restrinja la eficacia de los derechos fundamentales contra actos u omisiones de particulares.

El Tribunal Constitucional ha destacado, sobre el conflicto de derechos entre particulares, por ejemplo (Expediente N°. 895-2001-AA/TC):

De este modo, dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

En otro proceso de amparo, el TC señaló sobre este mismo tema:

Este Colegiado considera, por lo tanto, que en cualquiera de los supuestos en que sea observado el procedimiento seguido contra el recurrente, este resulta absolutamente inconstitucional. Ello, no obstante, no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental (Expediente N°. 1058-2004-AA/TC).

Entonces, no cabe alguna duda de que en nuestro ordenamiento puede darse el conflicto de derechos fundamentales entre particulares; finalmente, como ha apuntado el Tribunal Constitucional de Colombia, el abuso del poder, el acto arbitrario también es predicable en las relaciones entre particulares⁴⁴.

A nivel de la jurisprudencia ordinaria laboral, no hemos podido ubicar una ejecutoria que resuelva el conflicto de derechos fundamentales entre particulares a los niveles que se aprecia en el TC, ni mucho menos criterios que establezcan una construcción jurídica sobre interpretación y ponderación de derechos fundamentales.

⁴⁴ Sentencia T-251 de 1993. Esta sentencia aparece citada y comentada por CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. «La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares». En: Op. Cit. «Lecturas...», pp. 74-5.

A lo más, existen ejecutorias laborales donde se aplica un derecho constitucional sobre derechos establecidos en normas de nivel infra constitucional.

2.3. DOBLE CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En palabras de PEREZ LUÑO⁴⁵, los derechos fundamentales cumplen una doble función: en el plano subjetivo, representan una garantía de la libertad individual, y en el plano objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los valores constitucionales proclamados.

En el mismo sentido, se ha indicado sobre el doble contenido de los derechos fundamentales que:

[...] todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido: uno subjetivo, que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que, por tanto, exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional, que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad⁴⁶.

Entonces, el doble carácter de los derechos fundamentales requiere reconocer, entre otras cosas, que los derechos fundamentales son esenciales y ocupan la máxima instancia jerárquica normativa, inspiran y sirven para interpretar las normas jurídicas, son exigibles ante cualquier sujeto incluyendo al Estado, resultan ser indisponibles y, ciertamente, cualquier norma o acto u omisión que contravenga los derechos fundamentales debe ser declarado inválido⁴⁷. En otras palabras, el reconocimiento de los derechos fundamentales genera la apreciación del contenido constitucional de estos como un importante parámetro para la regulación legislativa —solo por normas de nivel primario se debería regular los derechos fundamentales—, la interpretación jurisprudencial y la aplicación vinculante para los diferentes órganos del Estado⁴⁸, así como el respeto y eficacia de los mismos por cualquier persona o entidad, pública o privada.

El TC ha recogido esta visión de la doble dimensión de los derechos fundamentales en diversos procesos, como una técnica para determinar la admisión

⁴⁵ PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1991, p. 25.

⁴⁶ CASTILLO, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. UDEP-ARA Ed. Piura, 2004, p. 482. En la misma línea, puede verse BUSTAMANTE, Reynaldo. Op. Cit., pp. 97 y ss.

⁴⁷ BUSTAMANTE, Reynaldo. Op. Cit., pp. 107-109.

⁴⁸ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y de OTTO Y PARDO, Ignacio. Op. Cit., pp. 25 y ss.

de la acción de amparo. Así, en la sentencia recaída en una acción de amparo laboral que inicialmente delimitó los supuestos de procedencia de las acciones de amparo con ocasión del despido (Exp. N°. 976-2001-AA/TC), destacó el TC sobre el doble contenido de los derechos fundamentales:

Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son solo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan solo un status negativus, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, «en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; [...] el fundamento del orden jurídico y de la paz social» [STC de España 53/1985, Fund. Jur. N°. 4]⁴⁹.

2.4. CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sobre el contenido de los derechos fundamentales, se han elaborado varias teorías. En términos generales, podemos resumir dos. Una primera es la que destaca la existencia de un contenido esencial, un núcleo duro e infranqueable (un «contenido esencial») conformado por aquellas manifestaciones del derecho que lo hacen reconocible en el ordenamiento jurídico, de tal manera que este núcleo debe merecer de tutela jurídica⁵⁰, y es especialmente oponible al ente regulador, y cuyo contenido jurídico, como apunta ABAD YUPANQUI, es indeterminado: «se concreta en relación con cada derecho fundamental»⁵¹. Otra posición —en la cual nosotros nos alineamos, usualmente llamada institucionalista— indica que se debe

⁴⁹ También ha indicado el TC: «En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional» (Exp. N°. 3330-2004-AA/TC).

⁵⁰ PAREJO, Luciano. «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981». En: REDC. N°. 03. Madrid, 1981, pp. 186 y ss. Además, puede verse SOSA, Juan. «Técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales». En: *Actualidad Jurídica* N°. 146. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 135 y ss.

⁵¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. «Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar». En: *Revista Thémis* N°. 21. Lima, 1992, p. 14.

realizar el análisis de la valoración de los derechos fundamentales sobre la base de un equilibrio entre los valores y principios de cada ordenamiento jurídico⁵², de tal manera que no puede aludirse a contenidos esenciales y no esenciales de los derechos fundamentales.

Para nosotros, el contenido de los derechos fundamentales es uno solo, no pueden dividirse los derechos fundamentales entre manifestaciones que son básicas y aquellas que son accesorias o residuales. Ciertamente, lo que expondremos en este punto, centralmente, tiene aplicación frente a las actuaciones del regulador de los derechos fundamentales.

El TC ha utilizado en reiteradas ocasiones la institución del contenido constitucional (Expedientes Nos. 0010-2002-AI/TC, 0014-2002-AI/TC y 050-2004-AI/TC), tanto en acciones de amparo como de inconstitucionalidad laborales, aun cuando lo ha delineado como un concepto procesal, esto es, dentro de un proceso de amparo. Así, ha establecido el TC (Exp. N°. 050-2004-AI/TC, acercándose a la tesis institucional, en el proceso que resolvió sobre la constitucionalidad de la reforma constitucional de la cédula viva)⁵³:

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales.

De otro lado, la teoría del contenido esencial de los derechos ha sido rechazada por un sector de la doctrina en tanto que resulta cuestionable la división dentro de los derechos fundamentales entre aquellos que tienen un contenido esencial y otro no esencial⁵⁴:

[...] los derechos fundamentales cuentan con un único contenido, el cual vincula en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular;

⁵² Un desarrollo sobre el tema puede encontrarse en HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1997.

⁵³ Análisis de los criterios del TC pueden encontrarse en MESÍA, Carlos. «El contenido esencial de los derechos fundamentales. Significado, teorías y jurisprudencia». En: *Revista Gaceta Constitucional* N°. 02. Gaceta Jurídica Ed. Lima, 2008, pp. 19 y ss.; y SOSA, Juan. «Técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales». En: *Actualidad Jurídica* N°. 146. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 135 y ss.

⁵⁴ CASTILLO, Luis. «Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales». En: *Revista de Derecho* N°. 3. UDEP. Piura, 2002, p. 35.

contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su total definición en cada caso concreto, de modo que no existe un único contenido y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental.

En todo caso, se ha indicado que, en tanto la expresión «contenido esencial» no se utilice para referirse a que existen contenidos esenciales y no esenciales de un derecho sino que «siendo uno solo el contenido del derecho constitucional, todo ese contenido es esencial en tanto brota de la propia naturaleza y esencia del derecho mismo»⁵⁵, es posible utilizar tal nomenclatura. En otras palabras, más que aludir a derechos fundamentales protegidos por el amparo, hay que referirse al contenido constitucional de los derechos fundamentales que merecen tutela en una acción de amparo, como destacan MERCADER y NOGUEIRA: «Si bien es cierto que el objeto de la protección en amparo son los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, es el contenido constitucional de tales derechos el que protege el recurso de amparo»⁵⁶.

Desde esta perspectiva, se podría abordar al contenido esencial como una definición que comprende la totalidad del contenido de un derecho fundamental para efectos de que el regulador pueda respetar los límites y alcances de un derecho fundamental, y «entenderse como un mandato explícito —en aquellas constituciones o cartas fundamentales que lo recojan— para controlar la validez o constitucionalidad de cualquier norma que incida en los derechos fundamentales, sea para limitar o regular su ejercicio o para configurarlos»⁵⁷.

En la misma línea, se precisa que el contenido constitucional de cada derecho se debe definir en sus ámbitos de aplicación y límites correspondientes, es decir «[...] mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable»⁵⁸.

Es importante advertir que el Código Procesal Constitucional indica que las demandas de los procesos constitucionales deben estar referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados (artículo 38).

⁵⁵ CASTILLO, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. UDEP-ARA Ed. Piura, 2004, p. 177. También puede leerse SOSA, Juan. «Nota sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales». En *Revista Actualidad Jurídica*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2005, N°. 35, p. 146 y ss.

⁵⁶ MERCADER UGINA, Jesús y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *El recurso de amparo: un enfoque laboral*. Ed. Tirant lo Blach. Valencia, 2005, p. 36.

⁵⁷ BUSTAMANTE, Reynaldo. Op. Cit., p. 161.

⁵⁸ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Citado por CASTILLO, Luis. «Comentarios...». Op. Cit., p. 479.

Nosotros creemos que esta regulación es la intención del legislador por referirse a «un contenido constitucional protegido» de los derechos más que una forma de aludir al contenido esencial o, más bien, a una división de dos tipos de contenidos de derechos fundamentales: uno constitucionalmente protegido y otro excluido de esta protección.

En suma, podemos referirnos al contenido constitucional de derechos fundamentales y cuyo «contenido» será posible delimitarlo en función a cada situación en particular, de tal forma que, mediante un equilibrio de los derechos fundamentales, puede delinearse el contenido constitucional de los derechos involucrados. El TC ha utilizado la institución del contenido esencial en algunas ocasiones para establecer los límites tanto al legislador como la procedencia de las acciones de garantía (por ejemplo, la acción de amparo en sede laboral, como veremos más adelante). Sin embargo, consideramos que el TC no debiera emplear términos —como el contenido constitucional— que inducen a la existencia de una parte de un derecho que no está reconocido en la Constitución, pese a que el derecho como tal se encuentra recogido al más alto nivel normativo.

2.5. CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento constitucional, tanto de las libertades específicas e inespecíficas de los trabajadores, no representa un mero reconocimiento formal a determinados derechos y libertades ni, mucho menos, elimina la dificultad para resolver los conflictos que puedan presentarse entre los trabajadores y el empleador; estamos, siguiendo a PECES-BARBA⁵⁹, ante un reconocimiento constitucional de derechos que son autosuficientes solo con su aspecto ético pero que, con la dimensión jurídica, los convierten en un elemento inseparable para la misma existencia de tales derechos. A ello, agregaríamos nosotros, el reconocimiento enriquece la discusión jurídica y los fundamentos que puedan elaborarse para la resolución de los conflictos que se presentan entre el empleador y los derechos específicos e inespecíficos de los trabajadores que laboran para este.

Estamos, por consiguiente, dentro de los derechos de la máxima jerarquía y que merecen la mayor tutela dentro de un sistema normativo, que pueden ser ejercidos por los trabajadores y, por cierto, también por los empleadores⁶⁰.

⁵⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales (I)*. Eudema Universidad. UCM. Madrid, 1991, p. 170.

⁶⁰ En general, en relación con los conflictos de derechos fundamentales entre particulares, puede revisarse ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC. Madrid, 1993; BILBAO, Juan. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. BOE. Madrid, 1997; BUSTAMANTE,

De las variadas teorías que existen en relación con las técnicas o los procedimientos para encontrar una solución al conflicto de derechos fundamentales, o si se quiere de los aparentes conflictos o de la colisión entre las pretensiones de las partes involucradas en un proceso (las denominaciones varían entre aquellas posturas que aceptan la existencia de conflictos de derechos fundamentales y las que aluden a la dignidad humana como un elemento que impide la existencia de conflictos entre derechos fundamentales pues no puede haber derechos contradictorios entre sí en un sistema constitucional)⁶¹, nosotros nos inclinamos por aquella que se sustenta en la búsqueda del equilibrio o ponderación de derechos fundamentales, en tanto los derechos fundamentales interactúan mediante relaciones de complementariedad y coordinación.

Consideramos que, aun cuando partamos de la premisa de la inexistencia de conflicto de derechos fundamentales (y más se aluda a un conflicto de pretensiones de las partes enfrentadas en el proceso o supuestos conflictos), pues la dignidad implica el ejercicio de derechos que conviven entre sí, ya que la técnica de la ponderación o búsqueda del equilibrio de derechos fundamentales es la que permite una solución a la problemática de determinar qué pretensión se debe amparar.

En esta línea, ponderar supone buscar la mejor decisión cuando el conflicto de derechos fundamentales muestra una concurrencia de razones justificadas del mismo valor, se trata de una suerte de jerarquía móvil —pero sin que se configure una jerarquía real entre los derechos involucrados— que no conduce a la declaración general de invalidez de uno de los valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos por más que, en un caso concreto, sea preciso reconocer una suerte de primacía de un valor constitucional sobre otro⁶². Se trata, en suma, de

Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Edit. Lima, 2004; CASTILLO, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. UDEP-ARA Ed. Piura, 2003; DEL REY, Salvador. «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 03, Madrid, 1995; LANDA, César. *Teoría del Derecho Constitucional*. Ed. Palestra. Lima, 2003; MARTÍN-RETORDILLO, Lorenzo y de OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución*. Ed. Civitas. Madrid, 1992; RODRÍGUEZ, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Ed. Astrea, Bs.As., 2004; VALDÉS DAL RÉ, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003.

⁶¹ Sobre las diferentes técnicas o procedimientos que se han elaborado para encontrar una solución a los conflictos entre derechos fundamentales, pueden verse ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. CEC, Madrid, 1984, pp. 416 y ss.; BUSTAMANTE, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Edit. Lima, 2004, pp. 121 y ss; CASTILLO, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Ed. Palestra. Lima, 2005, pp. 371 y ss.

⁶² PRIETO SANCHIS, Luis. Op. Cit., pp. 129-138.

buscar un equilibrio entre los derechos y valores en juego⁶³, para encontrar cuál es el derecho fundamental que, en el supuesto concreto y específico, se configura sin que pueda apreciarse un derecho aplicable y otro no aplicable⁶⁴.

Ciertamente, este juicio de ponderación de derechos constitucionales es mucho más necesario si se tiene en cuenta que «nuestro ordenamiento constitucional no admite ningún tipo de jerarquía de derechos, ni abstracta ni concreta. Todos los derechos constitucionales —al menos en el caso peruano— tienen un mismo rango⁶⁵». En la misma línea, el TC ha declarado (Exp. N°. 1797-2002-HD/TC): «Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica».

Sin embargo, el TC mantiene, como excepción y como un sistema de establecimiento de cargas probatorias, la tesis de las libertades preferentes (derechos de expresión, información y acceso a la información pública) en determinados supuestos⁶⁶. Para el TC, los derechos fundamentales que fortalecen el sistema democrático deben tener preferencia sobre cualquier otro derecho constitucional, como ocurre con el derecho de información y difusión dentro del centro de trabajo (Exp. N°. 905-2001-AA/TC):

Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales. Lo anterior no implica que ambas libertades tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables. Con anterioridad, este mismo Tribunal Constitucional ha señalado que, con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo.

En materia laboral propiamente, el TC se ha referido a la libertad de expresión, ordenando la reposición de un dirigente sindical que había sido despedido

⁶³ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Ed. La Ley. Bs.As, 2000, p. 63.

⁶⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tabla XIII Ed. Trujillo, 2005, pp. 214-216.

⁶⁵ CASTILLO, LUIS. «Comentarios...». Op. Cit., p. 459.

⁶⁶ Sobre este tema, puede verse MARCIANI, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Ed. Palestra. Lima, 2004.

por realizar algunas declaraciones radiales contra una entidad pública (Exp. N°. 0866-2000-AA):

Después de haber analizado el texto de la entrevista obrante en autos, así como los argumentos expuestos por la emplazada para sancionar al recurrente —léase a la sanción como destitución—, el Tribunal Constitucional estima que no es constitucionalmente suficiente que la sanción se haya impuesto «sobre la base de las opiniones, información y declaraciones emitidas por el actor en una entrevista radial sostenida en una emisora local». En efecto, en la entrevista concedida a Radio Minería se aprecia que lo informado por el actor no pone en riesgo el normal cumplimiento de las funciones de la emplazada [...] En ella, el demandante se limitó a exponer las razones por las que consideraba ilegal que se someta al personal de salud a una evaluación de personal, así como a declarar sobre las represalias de las que había sido objeto el Secretario General del Sindicato, la realización de una próxima asamblea del Sindicato [...] Según el criterio del Tribunal, las restricciones previstas en el inciso d), del artículo 23.º del Decreto Legislativo N.º 276 y el artículo 138.º de su reglamento, no pueden interpretarse en el sentido de que los trabajadores en general o uno de ellos, en particular, puedan ser silenciados en el reclamo de sus derechos (individuales o colectivos).

Retomando el tema de los conflictos de derechos fundamentales, esta situación debe ser apreciada cuidadosamente y la valoración sobre el bien constitucional que debe privilegiarse siempre debe ser casuística atendiendo a las circunstancias particulares y específicas que se verifican en cada caso concreto. No se trata de «jerarquizar» los derechos, sino de coordinarlos y relacionarlos armónicamente⁶⁷, de tal manera que se considera a la Constitución como una unidad que impide un desplazamiento de un derecho fundamental sobre otro⁶⁸. Se trata, entonces, de delimitar adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que se establezcan los alcances y relaciones entre los bienes cuya interpretación es objeto de análisis. En palabras de ALEXY, este principio puede resumirse en: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁶⁹.

⁶⁷ STEIN, Torsten. «Criterios de interpretación de la Constitución». En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Lecturas sobre Temas Constitucionales* N°. 12. CAJ. Lima, 1996, pp. 138 y ss.

⁶⁸ Al respecto, se ha indicado: «No es posible hablar de prevalencia de las libertades comunicativas, sino de ejercicio constitucional de las mismas; por lo que antes que definir prevalencias abstractas o concretas, se debe intentar definir en cada caso concreto el contenido constitucional de los derechos en juego para determinar que es lo que cae dentro de lo constitucionalmente protegible y qué no». En: CASTILLO, Luis. «Comentarios ...». Op. Cit., p. 461.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC. Madrid, 1993, p. 161.

Sobre el tema que comentamos, el Tribunal Constitucional Español (STC 215/1994, Fj 2) ha señalado lo siguiente:

Y se ve obligado —el intérprete— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

El precepto jurisprudencial citado se refiere a la «prevalencia» de bienes constitucionales. El tema es delicado y lo veremos en las siguientes líneas. El análisis del conflicto debe ser apreciando cada supuesto particular, analizando las características que se verifican en cada uno de ellos, de tal manera que las soluciones y reglas que se establezcan sean fruto de previos juicios de valor que conduzcan a fijar una adecuada ponderación de los bienes y valores constitucionales en juego⁷⁰ para la situación particular, sin que se pueda inferir de manera general, a partir de la solución brindada, que un derecho fundamental tiene preeminencia sobre otro.

En esta medida, se ha señalado que la ponderación supone un juego de contrapesos que se debe medir en cada supuesto específico y sin que ello signifique que se busque llegar a un punto intermedio dado que se debe «hallar el «peso específico» de cada interés partiendo, no obstante, de la indubitada premisa de que el equilibrio alcanzado no se encuentra siempre (quizá nunca) en el término medio, puesto que los valores pueden no tener el mismo peso, de manera que el equilibrio se encontraría en un punto más próximo a un extremo que a otro; el equilibrio no consiste, pues, en que cada uno ceda «lo mismo»⁷¹.

El ejercicio de derechos fundamentales del trabajador importa la configuración de una serie de principios que permiten aplicar el juicio de ponderación. Estos principios se basan en la razonabilidad y proporcionalidad: solo se deben limitar derechos inespecíficos o específicos si existe idoneidad, necesidad y proporcionalidad misma⁷²; y que la limitación deba ceñirse a las razones que motivaron la

⁷⁰ MARTÍN RETORTILLO, LORENZO y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. Op. Cit., pp. 120 y ss.

⁷¹ GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER URGUINA, Jesús. «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio». En: AA.VV. (Sempere Navarro y R. Martín Jiménez: Coordinadores). *El modelo español en la Constitución Española de 1978*. MTAS. Madrid, 2003, p. 251. En la misma línea, puede verse GAMONAL, Sergio. «Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos». FCU. Montevideo, 2004, pp. 72 y ss.

⁷² Un estudio prolijo y detallado sobre esta materia puede verse en INDACOCHEA, Úrsula. *Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano entre los años 1996-2006*. Tesis de grado para optar por el título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006, pp. 54 y ss.

restricción⁷³. Para otros, más bien, se debe aludir a la proporcionalidad, adecuación e indispensabilidad⁷⁴: la proporcionalidad supone que existe razonabilidad entre la inaplicación del derecho determinado y la relevancia de los bienes jurídicos que se pretenden con dicha limitación proteger. La adecuación importa que las limitaciones que se puedan realizar a un derecho sean aptas para el empleador. Finalmente, la indispensabilidad comprende utilizar la limitación al derecho como un último recurso en casos extremos —como, ocurre con los derechos preferentes que se han descrito—.

Nosotros consideramos, siguiendo a INDACOCHEA⁷⁵ que, a la luz de lo establecido en el artículo 200 de la Constitución que alude a los principios de proporcionalidad y razonabilidad a la vez⁷⁶, resulta necesario establecer una diferenciación entre ambas categorías, de tal manera que se podría entender que el criterio de razonabilidad debe ser el primero en ser aplicado y, tras él, el principio de proporcionalidad —en el que se aprecian los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad misma—.

La razonabilidad implica la apreciación de una medida determinada y, si esta es justificada, se adecua a las razones que motivaron su implementación y cuya valoración dependerá de las circunstancias que rodea el respectivo entorno social y cultural. En palabras de RUBIO CORREA, la razonabilidad implica que la actuación de las personas «deben cumplir el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad

⁷³ RIVERO LAMAS, Juan. «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo». En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º. 80. Madrid, 1996, p. 986.

⁷⁴ DE LA RIVA, Amalia. «Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos». En: XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU. Montevideo, 2004, pp. 11 y ss.

⁷⁵ INDACOCHEA, Úrsula. «¿Razonabilidad, proporcionalidad, o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación». *Themis* N.º. 55. Lima, 2008, pp. 97 y ss. Con otras palabras, también se ha indicado que «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada por la consecuencia de tal propósito con igual eficacia (juicio de indispensabilidad o estricta necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)». GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER URGUINA, Jesús. «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio». En: AA.VV. (Sempere Navarro y R. Martín Jiménez: Coordinadores). *El modelo español en la Constitución Española de 1978*. Op. Cit., p. 275.

⁷⁶ «Artículo 200.— [...] Cuando se interponen acciones de esta naturaleza con relación a derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo».

frente al actuar humano»⁷⁷. De tal manera que, aquello que no cuenta con causas justificadas en un determinado entorno, será irrazonable y no debiera admitirse en el ordenamiento jurídico.

Con una aproximación desde la buena fe, CONDE MARÍN destaca que «La buena fe constitucional en el contrato de trabajo se entiende a través de los conceptos de razonabilidad, cooperación recíproca, proporcionalidad, respeto a los derechos fundamentales de la persona del trabajador y respeto a los derechos del empresario emanados de sus libertades constitucionales»⁷⁸.

El TC en muchas de sus resoluciones alude a la razonabilidad. En el Expediente N°. 0006-2001-AI, el TC destacó lo siguiente:

El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos.

Tras la apreciación razonable de los derechos fundamentales, podemos encontrarnos ante un conflicto de los derechos. Para ello, se suele atribuir a la ponderación como la herramienta para solucionar todo tipo de conflictos de derechos relacionados con las personas o entre particulares mientras que la razonabilidad se restringiría finalmente al conflicto entre el Estado y particulares⁷⁹; para efectos de este trabajo, nosotros nos referiremos al principio de proporcionalidad que está configurado en la Constitución (artículo 200, conjuntamente con la razonabilidad) como la herramienta que permite apreciar el conflicto entre particulares y ponderar los bienes constitucionales en conflicto dentro de las organizaciones de tendencia.

Entonces la proporcionalidad sería la herramienta que permite la ponderación de derechos fundamentales en conflicto: apreciar, en cada caso concreto, la forma de armonizar los derechos en juego y determinar cuál aplicar. Desde el lado del empleador, se puede decir que «el juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario

⁷⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2005, p. 251.

⁷⁸ CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 119. Además, puede verse, CASAS BAAMONDE, M.E. «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 12. Madrid, 2004, p. 8.

⁷⁹ Al respecto, puede verse INDACOCHEA, Úrsula. «Aproximación al concepto...». Op. Cit., pp. 63 y ss.

para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela»⁸⁰.

De acuerdo con el TC, este principio, en la línea que hemos descrito, comprende tres sub principios (Expediente N°. 1767-2007-PA/TC)⁸¹:

Este principio está estructurado a su vez por tres sub principios: a) Idoneidad: toda medida que implique una intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente válido; b) Necesidad: no debe existir otro medio alternativo que, por lo menos, muestre la misma idoneidad para la consecución del fin propuesto y que sea benigno con el derecho afectado, y, c) Proporcionalidad: el grado de intensidad en el que se realice el objetivo de la medida dictada debe ser equivalente al grado de intensidad en el que se afecte el derecho fundamental.

En el supuesto que estamos trabajando no se puede establecer una clara regla aplicable a todos los conflictos de derechos fundamentales que se pudieran presentar, con la variedad de peculiaridades y circunstancias que rodean cada caso. No se debe, por consiguiente, establecer un claro orden de prioridades o un enunciado de derechos fundamentales que «predominan» sobre otros derechos fundamentales.

En todo caso, se podrían fijar «órdenes» o «reglas» flexibles o bandas de interpretación o ponderación de derechos fundamentales como las descritas⁸² para que, según sea el supuesto específico materia del conflicto, se determinen los bienes constitucionales que, valorados casuísticamente, deben ser ponderados, e identificar qué derecho fundamental resulta aplicable en cada caso concreto. En esta línea, el TC ha indicado (Exp. N°. 2192-2004-AA/TC):

Cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada.

⁸⁰ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, p. 101.

⁸¹ Esta misma consideración puede apreciarse en otras sentencias del Tribunal Constitucional: STC N°. 2192-2004-AA/TC, STC N°. 3567-2005-AA/TC, STC N°. 760-2004-AA/TC, STC N°. 2868-2004-AA/TC, STC N°. 090-2004-AA/TC y STC N°. 3778-2004-AA/TC. Un desarrollo de estos sub principios puede verse en INDACOCHEA, Úrsula. «El principio de proporcionalidad como criterio metodológico para evaluar las limitaciones al contenido de los derechos fundamentales». En: *Revista Gaceta Constitucional* N°. 02. Gaceta Jurídica Ed. Lima, 2008, pp. 35 y ss.

⁸² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC. Madrid, 1997, pp. 225 y ss.

En conclusión, estimamos que la forma de determinar el equilibrio entre derechos fundamentales —o los supuestos conflictos o los conflictos de las pretensiones de las partes involucradas, si no se acepta la teoría de conflictos de derechos— debe implicar la aplicación de una técnica de ponderación o equilibrio de derechos fundamentales, esto es, que en cada caso concreto se pueda delimitar el derecho fundamental que resulta aplicable sin que se pueda concluir de manera general que existe una jerarquía del derecho fundamental determinado como aplicable sobre el otro. En esta línea, los principios de razonabilidad y proporcionalidad —en este orden— debieran ser los criterios a tener en cuenta. Sobre estos temas volveremos más adelante en el Capítulo III.

3. Derechos específicos o laborales del trabajador

3.1. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución de 1993 sigue adscribiéndose a los países que tienen una Constitución que consagra un Estado social y democrático. En primer término, el artículo 43 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre El Estado y la Nación) señala que el Perú es una República «democrática, social, independiente y soberana». En la misma línea, el artículo 58 (ubicado en el Capítulo I del Título sobre el Régimen Económico) precisa que la iniciativa privada «se ejerce en una economía social de mercado».

Por otro lado, se reconocen una serie de derechos de «segunda generación» (derechos al trabajo, seguridad social, educación, etc.), se asigna un papel fundamental al Estado en la vigencia, promoción y respeto de estos derechos y el artículo 3 establece una lista abierta de los derechos que tienen nivel constitucional, al estilo de la Constitución de 1979. Sin duda, se han reducido, con relación a la Constitución de 1979, las referencias al carácter social del Estado. Ello no es una casualidad: responde al interés de los constituyentes de 1993 por volver más sencillo y concreto el texto constitucional⁸³. Esta situación conduciría, de acuerdo a lo señalado por algunos constitucionalistas, a la configuración de un Estado liberal; en efecto, RUBIO⁸⁴ precisa que la Constitución de 1993 presenta características propias de un Estado policía —categoría similar al Estado liberal—:

⁸³ VINATEA RECOBA, Luis. «El tratamiento de los derechos individuales laborales en el texto aprobado por Comisión de Constitución del CCD». En: *Revista Asesoría Laboral*, Lima, mayo de 1993, pp. 7 y ss.

⁸⁴ RUBIO CORREA, Marcial. «El modelo del proyecto constitucional del Congreso Constituyente Democrático». En: *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima*, Año LXXXI, N°. 1, Lima, 1993, pp. 11-16.

El Proyecto —hoy la Constitución de 1993— tiene una concepción de Estado policía del S. XIX y ha tratado de ser coherente con él. La mayoría ha buscado eliminar prácticamente todo rastro expreso de las obligaciones sociales del Estado [...] Algunas expresiones genéricas, como la de la existencia de una «economía social de mercado» no alteran la validez de la afirmación antedicha (el agregado es nuestro).

En nuestra opinión, la Constitución de 1993 mantiene el carácter social del Estado. Ciertamente, se han eliminado varias declaraciones principistas y no hay una profusión de normas que señalen la orientación del Estado peruano; empero, ello no implica que se pueda señalar que la Constitución establezca un Estado liberal. Podemos criticar a la Constitución de «austera», de —prácticamente— desaparecer las normas que consagraban derechos de preceptividad aplazada y de no repetir todas las fórmulas principistas o ciertas obligaciones del Estado. No puede negarse que el texto de la Constitución de 1993 consagra un modelo «social», ciertamente menos «social» que su precedente, pero no existe una completa separación de este modelo, mas sí una «atenuación»⁸⁵:

En suma, el «principio laboralista», y las propias normas de «Estado social» y «economía social de mercado», dentro de las cuáles aquel juega un verdadero rol informador, resulta claramente debilitado por la Constitución del CCD —hoy, la Constitución de 1993— (el agregado es nuestro).

3.2. DERECHOS LABORALES ¿FUNDAMENTALES?

Uno de los cambios que se aprecia, respecto de la Constitución anterior, reside en la ubicación de los derechos laborales dentro de la estructura de la Constitución. En efecto, los derechos laborales se encuentran ubicados dentro del Capítulo II («De los Derechos Sociales y Económicos») del Título I («De la Persona y de la Sociedad»), que se distingue del Capítulo I referido a los Derechos Fundamentales de la Persona. En la Constitución de 1979, todos los derechos laborales estaban considerados expresamente como «Fundamentales».

De acuerdo con la Constitución de 1993, formalmente solo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados «Derechos Fundamentales de la Persona». Ergo, los derechos laborales de la Constitución podrían no ser catalogados como derechos fundamentales, sino como derechos sociales. Sin embargo, consideramos que los derechos laborales continúan siendo derechos fundamentales. A continuación, explicaremos las razones que respaldan esta aseveración.

⁸⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El trabajo y los derechos laborales en las Constituciones actual y futura». En: *Revista Asesoría Laboral* N°. 34. Lima, enero de 1994, p. 16.

En primer lugar, la relación de derechos fundamentales que aparece en el Capítulo I del Título I de la Constitución («De los Derechos Fundamentales de la Persona») no es taxativa. En efecto, el artículo 3 del propio Capítulo I de la Constitución de 1993 precisa —al igual que la Constitución Uruguaya de 1967 y la Constitución de 1979, respecto de los derechos fundamentales— que «La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza [...]». De esta manera, al estar insertos los derechos laborales en la Constitución, son considerados como derechos fundamentales de acuerdo a las disposiciones contenidas en la misma.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el criterio de «fundamentalidad» de los derechos no reside en la «etiqueta» que le asignen los Estados o el nivel de protección institucional o procesal existente en un ordenamiento. El verdadero fundamento está en la relación de un derecho cuestionado, determinada ideológica, teórica e históricamente, con «la dignidad y la libertad de la persona humana»⁸⁶.

En tercer lugar, la Constitución de 1993 no establece ningún trato diferencial a los derechos económicos y sociales con relación a los que aparecen en el Título I de la propia Constitución —es decir, los catalogados como «Fundamentales de la Persona»—. En efecto, todos los derechos reconocidos en la Constitución son protegidos por la acción de amparo (numeral 2 del artículo 200 de la Constitución). La Constitución Española de 1978 sí establece un trato diferenciado: los derechos sociales y económicos no pueden ser tutelados mediante una acción de garantía; en cambio, los considerados como fundamentales sí pueden ser materia de este tipo de acción.

Finalmente, la consideración misma de un estado social —en el sentido que hemos descrito precedentemente— implica el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador, toda una orientación del Estado a favor del equilibrio de las relaciones desiguales, de normas que limiten la autonomía de la voluntad y de disposiciones orientadas hacia aquellos que tienen más necesidades y/o menores capacidades⁸⁷.

La importancia de la constitucionalización de los derechos laborales ha sido expresada por ERMIDA URIARTE⁸⁸. Para este autor, la constitucionalización específica

⁸⁶ SOLOZABAL, Juan. «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales». En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) N° 71, Madrid, 1991, p. 92.

⁸⁷ Como ha destacado BLANCAS BUSTAMANTE, «En el Estado social los derechos fundamentales clásicos experimentan una triple transformación respecto de su posición inicial, en cuanto pueden ser limitados, interpretados y aplicados en función social, es decir, en atención al objeto estatal de procurar un orden social justo». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2007, p. 50.

⁸⁸ ERMIDA URIARTE, Óscar. «La constitucionalización del Derecho Laboral». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, febrero de 1993, pp. 18 y ss.

laboral representa una alta valorización del Derecho del Trabajo y de los intereses y bienes por él tutelados, la consideración «causa-efecto» de los derechos laborales como fundamentales y los efectos en la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos por la doctrina, legislación y jurisdicción interna.

En el ámbito internacional, cabe destacar a la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. De acuerdo con ella, la sola consideración de un país como miembro de este organismo supone que debe reconocer, respetar y promover determinados derechos fundamentales que son objeto de los convenios internacionales —los instrumentos que emite la OIT—: libertad de asociación y sindicalización, reconocimiento de la negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso y obligatorio, abolición del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Como hemos visto, todos estos derechos y principios están reconocidos expresamente en nuestra Constitución de 1993 en los artículos 2.13 (libertad de asociación), 28.1 (libertad sindical), 28.2 (negociación colectiva), 23 (eliminación del trabajo forzoso y obligatorio), y 2.2 y 26.1 (eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación), con excepción de la eliminación del trabajo infantil (aunque, en este caso, debemos reconocer que, desde una interpretación del artículo 23 —el Estado «protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido»—, podría señalarse que también se recoge este valor fundamental).

3.3. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA RELACIÓN LABORAL

Manteniendo la «tradición» de las dos constituciones precedentes, la Constitución de 1993 —pese a su carácter «austero»— mantiene el reconocimiento de los derechos constitucionales de los trabajadores en el contrato de trabajo. Así, el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución anota lo siguiente⁸⁹: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

Con relación a la Constitución de 1979, no se aprecia ninguna variación sobre este precepto. Solamente existe una redacción diferente. Específicamente, el TC ha destacado que, pese a las facultades del empleador dentro del centro de trabajo, debe velarse por la vigencia de los derechos de la persona del trabajador en el seno de la relación laboral (Expediente N.º.1058-2004-AA/TC)⁹⁰:

⁸⁹ En los diarios de debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente y Democrático (CCD) así como en el debate del Pleno del CCD no se debatió sobre este precepto constitucional que tiene su antecedente más remoto en la Constitución de 1933.

⁹⁰ La cita corresponde al despido declarado inconstitucional del trabajador a quien le detectaron que enviaba correos electrónicos pornográficos desde el email de la empresa. Como hemos visto,

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador». Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

Aun cuando volveremos sobre este precepto, conviene indicar que estamos ante un reconocimiento constitucional que no solamente ratifica la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, sino que confiere al empleador un deber de tutela y respeto por la promoción y ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en el centro de trabajo, a tal punto que «el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular el Derecho Constitucional, se proyecta en sentido tuitivo del trabajador»⁹¹.

El reconocimiento de los derechos constitucionales tiene plena repercusión en el centro laboral, no representan casos de laboratorio. Diariamente, los derechos fundamentales de los trabajadores son ejercidos no solamente fuera del centro de trabajo, también los son en el seno de la relación laboral. Los derechos fundamentales, entonces, no carecen, como señalan algunos, de un «matiz laboral»⁹².

Los derechos fundamentales implican, finalmente, que el Estado debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales y ello supone una intervención en las relaciones laborales. Un ejemplo de lo expresado lo constituye la acción de amparo desestimada que se presentó —por diversas entidades de intermediación laboral— contra la nueva Ley de Intermediación Laboral (Ley N°. 27626) y que estableció un sistema más limitado y fiscalizado para la intermediación laboral:

en este caso, el Tribunal Constitucional indicó que se había accedido ilícitamente a los correos (sin conocimiento del trabajador) y lesionado la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (Artículo 2,10 de la Constitución).

⁹¹ SANGUINETI, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo*. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 47.

⁹² LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Ed. Conosur Ltda. Santiago, 1998, p. 154.

[...] como se ha precisado con anterioridad, el contrato se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda de que el objetivo de licitud predicado por la norma fundamental se ve vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido. Ya que ello se ha venido observando a raíz del proceder de las cooperativas recurrentes y las empresas usuarias, el Estado no solo tenía la facultad, sino el deber de intervenir creando una normativa que resultara compatible con los derechos laborales del trabajador (Exp. N°. 2670-2002-AA/TC).

De esta forma, la Constitución de 1993 contiene una expresa garantía al ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores dentro de un contrato de trabajo. El cauce de los derechos fundamentales también está representado por la relación laboral, de tal manera que el contrato de trabajo no representa un «mundo infranqueable» para el ejercicio de derechos constitucionales. La propia Constitución precisa que los trabajadores pueden exigir el respeto de sus derechos fundamentales al empleador.

3.4. LA PROTECCIÓN AL TRABAJO Y DERECHO AL TRABAJO

La Constitución de 1993 sigue reconociendo al principio protector del Derecho Laboral, a través de los artículos 22 y 23, al establecer el derecho al trabajo —al igual que el deber— como una base para el bienestar social y la realización de la persona, así como la indicación del trabajo como objeto de atención «prioritaria» del Estado, protegiendo con énfasis a la madre, menor de edad y discapacitado. Además, se asegura que dentro de la relación laboral se respetan los derechos constitucionales —específicos e inespecíficos— y se reprime toda forma de trabajo forzoso sin la debida retribución.

Es interesante apreciar que la Constitución establece una preferencia o prioridad en la actuación del Estado (artículo 23) hacia la madre —nótese que ya no se efectúa referencia alguna a la mujer como categoría protegida—, al menor de edad —sobre los cuales, al no contar con plena capacidad, es necesario que existan disposiciones que supervisen el trabajo de los adolescentes y controlen el trabajo infantil— y, al discapacitado —sobre ellos, resta por emitirse una serie de disposiciones que realmente permitan un ejercicio adecuado de sus derechos en el centro de trabajo y se establezcan mecanismos que promuevan su contratación—. Nótese, como ya se ha dicho, que se trata de una preferencia al momento de la actuación, pero no una protección exclusiva hacia estas

categorías de trabajadores⁹³, de tal suerte que otras categorías de trabajadores que tienen menores niveles de tutela privada o estatal deben ser incluidas en esta especial atención del Estado.

3.4.1. Marco general: el derecho al trabajo

El derecho al trabajo⁹⁴ ha tenido una interpretación constitucional que ha evolucionado notablemente, a tal punto que es, seguramente, el derecho que suele ser más utilizado por el TC en las sentencias de amparo laborales. Diríamos que, de un derecho interpretado tradicionalmente como programático o de preceptividad aplazada, se ha pasado a un derecho con un contenido concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía.

El TC ha desarrollado tesis evolutivas que han migrado, por consiguiente, de un contenido del derecho al trabajo equivalente a la libertad de trabajo —como concepto genérico— a un contenido del derecho al trabajo concreto y exigible que se manifiesta en el acceso, desarrollo y especialmente en la extinción de la relación laboral.

Conviene precisar que la esfera del deber al trabajo no será materia de análisis. El deber de trabajo descrito en el artículo 22 de la Constitución viene a ser como una obligación general a los ciudadanos sin una sanción concreta, es una suerte de «llamada a la participación en el interés general [...], de lo que se trata es de vincular este deber al principio de solidaridad social»⁹⁵.

Entonces, en primer lugar, estamos ante un derecho que aparece recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos. De los instrumentos más relevantes para efectos de apreciar los alcances del derecho comentado, tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos destaca que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias así como protección contra el desempleo (artículo 23); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación profesional, la ocupación plena y productiva (artículo 6); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el derecho del trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, que

⁹³ BOZA PRO, Guillermo. «Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución». En: *Revista Asesoría Laboral* N°. 37. Lima, enero de 1994, p. 35.

⁹⁴ El artículo 22 de la Constitución indica: «El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona».

⁹⁵ SASTRE, Rafael. *Derecho al trabajo*. Ed. Trota. Valladolid, 1996, p. 95.

importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar (artículo 6).

Todo este contenido forma parte de la Constitución, a tenor de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la propia Carta Magna que introduce a los instrumentos internacionales dentro del marco de la interpretación constitucional.

Ahora bien, es importante diferenciar este derecho al trabajo de la libertad de trabajo recogida en el numeral 15 del artículo 2 de la Constitución. La libertad de trabajo importa la concesión general a favor de toda persona —trabajadores y empleadores— para determinar la forma, lugar, modalidad de trabajo (por cuenta propia o por cuenta ajena), así como la obligación del Estado de no tener ingerencia sobre la libre determinación de las personas. En tanto, el derecho del trabajo viene atado de una actuación estatal de brindar y garantizar las condiciones de trabajo mínimas para que las personas puedan trabajar.

Sobre este tema específico, el TC ha indicado (Exp. N°. 661-2004-AA/TC):

[...] el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo.

En nuestra opinión, el contenido del derecho del trabajo tiene dos aristas: uno general, como principio general, que importa la aplicación de herramientas y mecanismos de protección a favor del trabajador, esto es, el principio protector como pauta de actuación del Estado, algo que podríamos llamar un derecho al empleo; y uno concreto que se expresa en las manifestaciones o etapas del desarrollo de la relación laboral (contratación, promoción, extinción, etc.), una suerte de derecho al trabajo.

En relación con esta primera manifestación del derecho al trabajo, el propio TC ha indicado:

El Derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22° y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos fundamentales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica (0628-2001-AA/TC).

En las siguientes líneas, nos dedicaremos a describir el contenido específico que ha brindado el TC al derecho al trabajo.

3.4.2. Contenido del derecho al trabajo

Para el TC, el derecho al trabajo tiene un contenido laboral definido, concreto y exigible: acceso (por ejemplo, la aplicación del principio de primacía de la realidad), desarrollo (el derecho a la promoción o ascenso) y extinción (la reposición ante despidos sin expresión de causa) en las relaciones laborales: todas estas etapas del contrato laboral están comprendidas dentro de este contenido. No estamos, por consiguiente, ante un derecho programático.

Veamos primero la interpretación sobre el acceso a las instituciones laborales. En tanto acción de amparo, el demandante debe basarse en una norma constitucional para interponer la referida acción. En la gran mayoría de ocasiones, el TC ha indicado que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22 y 23 de la Constitución⁹⁶ y, sobre ellos, ha declarado fundadas las acciones de amparo (Expediente N°. 991-2000-AA/TC)⁹⁷:

El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho., base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.

En esta línea, el TC, sobre la base del principio de primacía de la realidad derivado del derecho al trabajo, le brinda un contenido tal que permite a un trabajador que estaba excluido de derechos laborales acceder al reconocimiento de sus derechos laborales y ser incorporado a la planilla con una reposición al centro de trabajo.

Sin embargo, en una ocasión, el TC señaló que el principio de primacía de la realidad referido no se encontraba recogido en la Constitución y que, por ello,

⁹⁶ Sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad por el TC, se puede ver TOYAMA, Jorge. «El principio de primacía de la realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional». En: AMAG y SPDTSS. *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Lima, 2004, pp. 33 y ss.

⁹⁷ La misma referencia aparece en los Expedientes Nos. 525-99-AA/TC-Cajamarca, 598-2000-AA/TC-Puno. 731-99-AA/TC-Loreto, entre otros.

no cabía el reconocimiento constitucional de esta institución vía una acción de amparo (Exp. N.º 1857–2004–AA/TC). Al respecto, indicó:

En nuestra Constitución no existe una mención expresa al principio de primacía de la realidad en cuanto tal, por lo que no se encuentra directamente protegido, sino solo de modo indirecto; su protección es, evidentemente a nivel legal. En la misma línea de lo anterior, el artículo 38º del Código Procesal Constitucional señala que:

Artículo 38º.— Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

Por otro lado, el criterio del TC sobre los alcances del derecho al trabajo también se extiende a los supuestos de concursos, ascensos o promociones que no son otorgados por los empleadores al personal:

[...] debe entenderse que la relación laboral surgida entre el actor y la emplazada —independientemente de que se haya suscrito un contrato a plazo fijo— es de duración indeterminada, toda vez que, como alega el recurrente a fojas 223 de autos, la convocatoria al mencionado concurso público no señaló plazo de contratación alguno para el puesto sometido a prueba, argumento que no ha sido contradicho ni desvirtuado por la demandada. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, al haberse dado por concluida la relación laboral, se ha vulnerado el derecho al trabajo previsto por el numeral 22º de la Carta Magna (Exp. N.º. 2226-2003-AA/TC)⁹⁸.

Finalmente, tenemos el tema más controvertido. El TC ha interpretado —en un tercer momento en el proceso de brindar un contenido específico al artículo 22 de la Constitución— que el derecho al trabajo reconocido en la Constitución otorga al trabajador protección contra un despido sin expresión de causa, fraudulento y nulo, y ello implica que el trabajador tenga derecho a ser repuesto en una acción de amparo. Sobre este tema, volveremos más adelante al referirnos al artículo 27 de la Constitución.

⁹⁸ Al respecto, en otro proceso, el TC indicó lo siguiente: «Que por el contrario los vicios o irregularidades alegados por la parte demandada respecto del Concurso en que resultó ganador el demandante, no han sido en ningún momento demostrados y en todo caso el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 12.2 de la Directiva de Concurso Interno de Personal por parte de la Gerencia General en lugar de avalar dichas suposiciones, la debilitan pues reflejan que el demandado ha tenido en todo momento la inexcusable intención de dejar sin nombramiento al demandante» (Exp. 0008-1997-AA/TC).

3.5. LA REMUNERACIÓN: ALCANCES E INTANGIBILIDAD

3.5.1. Aspectos generales

Antes que nada, conviene indicar las más relevantes normas internacionales sobre derechos humanos que tratan a la remuneración: la Declaración Universal de Derechos Humanos, que destaca el derecho a la no discriminación salarial y la remuneración equitativa y justa para el trabajador y su familia que permitan una vida digna y, de ser necesario, ella se complete con otros medios de protección social (artículo 23, y en la misma línea el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que indica que toda persona tiene derecho a una remuneración, relacionada con la capacidad y destreza del trabajador (artículo XIV).

Sobre el particular, la Constitución precisa (artículo 24):

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de trabajadores y de los empleadores.

En primer lugar, es importante destacar que el contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador. La remuneración es uno de los elementos esenciales de la relación laboral.

La remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que constituye un derecho fundamental. Ciertamente, el artículo 24 de la Constitución contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual. Sin embargo, de otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fija un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial y, finalmente, se indica —en el propio artículo— que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, reconociendo una remuneración mínima vital⁹⁹.

⁹⁹ Un alcance sobre el contenido de este artículo puede verse en MARCENARO, Ricardo. *El trabajo en la nueva constitución*. Ed. Cuzco S.A. Lima, 1995, pp. 113 y ss.; ZAVALA COSTA, Jaime. «Remuneraciones y jornada de trabajo». En: *Revista Asesoría Laboral* del mes de enero de 1994, pp. 21 y ss. y;

3.5.2. Alcances de la remuneración y de los beneficios sociales

En primer lugar, las normas aluden a la remuneración. En el ámbito legal, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por Decreto Supremo N°. 003-97-TR, indica que el contrato de trabajo se caracteriza por ser subordinado, remunerado y con una prestación personal del trabajador.

Consideramos que la remuneración es todo lo que percibe el trabajador como contraprestación por los servicios prestados, sea en dinero o en especie. Además, la remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o un beneficio patrimonial¹⁰⁰ para el trabajador —ya sea en dinero, bienes o servicios— sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega ni tampoco, ciertamente, la denominación que se les dé a los conceptos entregados¹⁰¹. De otro lado, no se considera remuneración aquellos conceptos que se encuentren excluidos legalmente o que, por definición, no ingrese dentro esta institución¹⁰².

Las normas laborales tienen una definición concreta sobre la remuneración. Así, el artículo 6 de la LPCL señala que es remuneración «para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición». A partir de lo expuesto en la LPCL, podemos apreciar que estamos ante una definición genérica, abierta y amplia sobre los alcances del concepto remunerativo y que se aprecia en la mayoría de las legislaciones en América Latina¹⁰³.

sobre la remuneración mínima vital en concreto, puede apreciarse la *Revista Asesoría Laboral* del mes de abril de 2000, pp. 15 y ss.

¹⁰⁰ LÓPEZ BASANTIA; Justo. «El Salario». En: AA.VV. (Coordinadores: DE BUEN, Néstor y MORGADO, Emilio). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. AIADTSS-UNAM. México, 1997, p. 447.

¹⁰¹ En el mismo sentido, puede verse MORALES, Pedro. «Remuneraciones». En: *Revista Actualidad Laboral*. Lima, junio de 1999, p. 9.

¹⁰² La Constitución garantiza el acceso a una remuneración mínima vital y, por ello, consideramos que no resulta incompatible con la Constitución que, a nivel legislativo, se excluya del carácter remunerativo a ciertos conceptos siempre que tales conceptos no formen parte de la remuneración mínima vital.

¹⁰³ A título de ejemplo, puede verse el artículo 128 del Código de Trabajo de Colombia, el artículo 95 del Código de Trabajo de Ecuador, el artículo 133 de la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, los artículos 457 y 458 de la Ley de Consolidación de Leyes de Trabajo de Brasil, el artículo 361 del Código de Trabajo de Honduras y el artículo 141 del Código de Trabajo de Panamá. Al respecto puede verse OIT. *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. OIT. Lima, 2000.

Así, las prestaciones que percibe el trabajador como contraprestación por los servicios prestados deben ser calificadas, en principio, dado el concepto «totalizador» y la «vis atractiva»¹⁰⁴ o la concepción total y comprensiva de cuantos beneficios perciba como contraprestación de sus servicios¹⁰⁵, como remunerativas. Si existiera alguna duda sobre los alcances de un concepto que percibe el trabajador, debería privilegiarse por el carácter remunerativo de la misma¹⁰⁶. Ciertamente, se debe analizar en cada caso para determinar si un concepto tiene carácter remunerativo (las normas prevén una relación taxativa de conceptos que no califican como remuneración).

De otro lado, la Constitución indica que el pago de las remuneraciones y beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. Evidentemente, la cobranza y su enunciado tienen su base en el carácter protector del Derecho Laboral, de tal manera que el crédito laboral tiene preferencia sobre una acreencia civil más antigua y pública (como puede ser una hipoteca inscrita en registros públicos). Desde nuestra perspectiva, los beneficios sociales son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente: no importa su origen (legal —heterónimo— o convencional —autónomo—); el monto o la oportunidad de pago; la naturaleza remunerativa del beneficio; la relación de género-especie; la obligatoriedad o voluntariedad; etc. Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal.

En otras palabras, consideramos que los beneficios sociales se deben apreciar con independencia de la fuente u origen, la cuantía, la duración, los trabajadores comprendidos, etc. Esta es, por lo demás, la posición que se aprecia en los procesos laborales donde los jueces emplean una concepción amplia sobre el alcance del término beneficios sociales. Ciertamente, debe tener un contenido patrimonial claro, en dinero o en especie.

Sobre este tema, quienes defienden el sistema económico del derecho sostienen que el privilegio laboral no puede imponerse sobre garantías reales que son públicas y denotan un comportamiento diligente del acreedor, máxime si las deudas laborales suelen estar ocultas y generarse al cese de la relación laboral.

¹⁰⁴ Las frases corresponden a MONEREO PÉREZ, a propósito de la fórmula legal española, muy parecida a la peruana. Respecto del contenido de la reforma española, véase MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*. Civitas. Madrid, 1996, pp. 13 y ss.

¹⁰⁵ MERCADER UGINA, Jesús. *Modernas tendencias en la ordenación salarial*. Ed. Arazandi. Pamplona, 1996, p. 97.

¹⁰⁶ Un análisis mayor puede verse en TOYAMA, Jorge. «Conceptos extraordinarios en la liquidación de beneficios sociales: naturaleza y tributos aplicables». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, mayo de 1998, pp. 12 y ss.

Nosotros, al respecto, consideramos que el crédito laboral debe ser protegido pues estamos ante acreedores más débiles, con un poder de información reducido y los créditos tienen carácter alimentario y esencial para el trabajador. En tanto no exista un sistema que tutele al personal (como un fondo de garantía salarial), no resulta posible que el crédito laboral ceda ante uno civil.

3.5.3. Remuneración Mínima Vital

Sobre este tema, RUBIO CORREA¹⁰⁷ menciona que las remuneraciones mínimas son las cantidades que el estado fija por norma jurídica como el menor pago posible a un trabajador en el país, o en una determinada parte del país. Esto porque se supone que si bien el mercado debe fijar las remuneraciones, funciona imperfectamente con los trabajadores de menores ingresos y la remuneración que les fijaría sería irrisoria.

El Convenio de la OIT sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (Nº. 26)¹⁰⁸, señala que todo miembro de la OIT que ratifica el convenio se obliga a establecer métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados, para estos efectos queda en libertad, previa consulta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, de determinar a quiénes se les aplicarán los salarios mínimos (Art. 1 y 2).

El Convenio de la OIT sobre la protección del salario, 1949 (Nº. 95)¹⁰⁹, prevé que el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda valorarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar (Art. 1). De otro lado, el Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura, 1951 (Nº. 99)¹¹⁰, dispone que todo miembro deberá, antes de adoptar una decisión sobre la fijación de salarios mínimos, consultar preliminarmente con las organizaciones interesadas más representativas de empleadores y de trabajadores (Art. 3, Inc. 2). Finalmente, el Convenio sobre la

¹⁰⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. Tomo II, p. 220.

¹⁰⁸ Este convenio ha sido ratificado por el Perú con fecha 04 de abril de 1962.

¹⁰⁹ Este convenio no ha sido ratificado aún por el Perú. Sin embargo, tiene la calidad de recomendación para el Estado peruano.

¹¹⁰ Convenio ratificado el 15 de diciembre de 1959 por el Perú.

fijación de salarios mínimos, 1970 (N°. 131)¹¹¹ complementa los Convenios Nos. 26 (1928) y 100 (1951)¹¹². Estos instrumentos tienen como finalidad asegurar la protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, de manera especial en los países en vías de desarrollo.

En el caso de salario mínimo o Remuneración Mínima Vital (RMV) peruano, se debería tender a su reajuste gradual y periódico, según la necesidad de compensar la pérdida de poder adquisitivo o los aumentos de productividad. El reajuste de los salarios debería vincularse a los aumentos de la productividad del trabajo y la inflación, como criterios principales, y el reajuste sería mediante la negociación colectiva¹¹³. Sobre este último tema, cabe advertir que el Estado no ha dispuesto un diálogo social cuando ha determinado el monto de una RMV pese al mandato constitucional —coincidente con las recomendaciones de la OIT—, toda vez que las remuneraciones mínimas se han fijado unilateralmente por el Estado sin contar con la participación de trabajadores y empleadores y, más todavía, sin que existan estudios que fundamenten y respalden objetivamente los alcances de los montos aprobados.

3.5.4. La intangibilidad salarial: la reducción de remuneraciones

El TC se ha pronunciado sobre la reducción de remuneraciones. El TC emitió sentencias que resultaron contradictorias en sus considerandos y conclusiones, relativas a la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales; concretamente, sobre la posibilidad de suscribir acuerdos de reducción de remuneraciones entre empleadores y trabajadores por encima de los mínimos legales¹¹⁴.

El TC expidió resoluciones en los Expedientes N°. 2906-2002-AA/TC Arequipa y N°. 009-2004-AA/TC Arequipa del 20 de enero de 2004 y 21 de mayo de 2004, respectivamente. En ambas resoluciones se discutía sobre la constitucionalidad de la rebaja de remuneraciones por acuerdo de las partes.

¹¹¹ Este convenio aún no ha sido ratificado por el Perú. Sin embargo, tiene la calidad de recomendación para el Estado peruano.

¹¹² Convenio ratificado por el Perú el 15 de diciembre de 1959.

¹¹³ Organización Internacional del Trabajo. «Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, 2004-2006». Informe Preliminar, Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, Diciembre 2003, p. 91.

¹¹⁴ Un análisis de estas sentencias puede encontrarse en GONZALES, César. «La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos». En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004, pp. 135 y ss. Además, sobre el principio de irrenunciabilidad, NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2000, pp. 107 y ss.

En el primer caso (Expediente N°. 2906-2002-AA/TC Arequipa), el TC declaró nulo un acto del trabajador que importaba una rebaja de sus remuneraciones:

La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia —y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia—, se perjudique.

En el presente caso, debe distinguirse entre la rebaja de categoría, la rebaja de sueldo y la rotación del trabajador de un área a otra; en los dos primeros casos, evidentemente se trata de hechos que no pueden ni deben ser tolerados en nuestro ordenamiento jurídico, pues están en abierta contradicción con el artículo 23° de la Constitución, como se ha expuesto en el fundamento 2 de la presente sentencia, y es concordante con su artículo 26°, inciso 2), que dispone que constituye un principio de la relación laboral el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, principio que no ha sido respetado en autos, razón por la cual cabe amparar la demanda en tal extremo.

Entonces, en esta primera sentencia, el TC dispuso que los acuerdos de rebaja de remuneraciones, suscritos entre empleador y trabajador, transgredían la Constitución, en tanto afectan la dignidad del trabajador, y además suponen una transgresión al principio de irrenunciabilidad de derechos, y no son, por ende, válidos.

Por otro lado, en una segunda ocasión (Expediente N°. 009-2004-AA/TC Arequipa), el TC declaró que los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos mientras no afecten las normas mínimas imperativas y no transgredan, por ello, la Constitución:

En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N.º 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30.º, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR, y el artículo 49.º de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, el actor manifiesta que fue compelido por la empleada a firmar dicho convenio.

En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por su carácter sumario, no es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo. En todo caso, en este extremo, este Colegiado deja a salvo el derecho del recurrente para que pueda ejercerlo en sede ordinaria.

En la primera resolución, el TC resalta la protección constitucional ante los actos propios del trabajador que constituyan una renuncia de derechos que le hayan sido conferidos por la Constitución o las leyes, más aún si en esos casos ha existido coacción, amenaza o violencia. Asimismo, al referirse a la reducción de remuneraciones y otros actos cuestionados en la demanda, el TC señala que «se trata de hechos que no pueden ni deben ser tolerados en nuestro ordenamiento jurídico, pues están en abierta contradicción con el artículo 23° de la Constitución...» y termina aludiendo al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

En la segunda resolución —posterior en el tiempo— que estamos comentando, sin embargo, el TC señala, sobre este mismo tema, lo siguiente:

[...] la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley N°. 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30°, inciso b), del Texto Único ordenado del Decreto Legislativo N°. 728 (aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR), y el artículo 49° de su reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N°. 001-96-TR), que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido.

Como vemos, en esta segunda resolución el TC deja claramente establecido que sí es posible que la remuneración sea reducida, siempre que se cuente con el consentimiento del trabajador, aspecto que la primera sentencia parecía desconocer; habría que agregar a ello que la rebaja no podría producirse por debajo del monto establecido como remuneración mínima vital, que sería el mínimo que no podría ser objeto de disposición por parte del trabajador.

Se podría intentar hilvanar explicaciones y señalar que, en la primera resolución, el aspecto central fue la existencia de una voluntad viciada del trabajador debido a las amenazas que supuestamente habría realizado la empresa. En suma, estaríamos ante actos nulos o fraudulentos, que motivaron la creación del denominado despido fraudulento, tipo no contemplado expresamente por la normativa vigente, pero analizado y sancionado por el TC y que, de acuerdo al propio TC,

tiene un precedente inicial en la Sentencia recaída en el Exp. N°. 628-2001-AA/TC¹¹⁵. Esta sería la razón central de la primera sentencia del TC: si se verifica que existe un acto de disposición del trabajador bajo amenaza o coacción, este es nulo (ello se aprecia en los antecedentes de esta sentencia pero, desafortunadamente, en los considerandos no aparece como relevante la existencia de actos nulos por amenaza o violencia sobre la voluntad del trabajador).

Obviamente, la voluntad del trabajador debe haberse originado válidamente. Cuando se aprecie uno de los denominados vicios de la voluntad —como la violencia o el error— por la doctrina civil, estaremos ante supuestos de ineficacia estructural del acto jurídico que determinan la nulidad o anulabilidad del acto de disposición del trabajador. En estos casos, no estamos ante un supuesto de renuncia porque no existe un acto válido del trabajador: aquí deberían aplicarse las disposiciones sobre nulidad o anulabilidad para enervar los efectos del acto de disposición. La renuncia, entonces, supone un acto de disposición del trabajador que nació válidamente, sin ningún vicio en la prestación de su voluntad.

De aceptarse esta explicación del TC, no habría, en rigor, contradicción de criterios entre ambas sentencias. No obstante ello, en la medida en que las partes determinantes de las sentencias son los considerandos y la parte resolutive, estimamos que existe una contradicción de criterios entre las dos sentencias analizadas. Al ser la segunda sentencia posterior en el tiempo, así como por recoger el criterio adecuado, estimamos que la directiva rectora debe ser la dispuesta en la segunda sentencia.

Entonces, para el TC los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos en la medida en que: i) no exista un acto de amenaza, violencia o coacción que hubiera viciado la voluntad del trabajador, y ii) el monto de la remuneración luego de la reducción no sea inferior del mínimo legal vigente¹¹⁶.

¹¹⁵ En este supuesto, ante la alegación del demandante de que fue obligado a firmar la carta de renuncia previo traslado a una localidad distinta e inclusión en la liquidación de beneficios sociales de que fue obligada a suscribir la respectiva carta, el TC señaló que «El derecho al trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes [...] Por lo que sus lineamientos constitucionales [...] no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica».

¹¹⁶ Cuando menos en una ocasión, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N° 1781-2005 LIMA), ha declarado que la Ley N°. 9473 porque fue «derogada» tácitamente por la Constitución de 1979. Así, ha señalado lo siguiente: «Tercero.— Que, la Ley 9463 no resulta aplicable al caso concreto en tanto la Constitución de mil novecientos setenta y nueve la derogó tácitamente al proteger de manera adecuada los derechos laborales de los trabajadores, por lo que el pacto de reducción de remuneraciones debe ser analizado de acuerdo a las circunstancias, habiendo la Sala Superior determinado vicios

Consideramos, finalmente, que el TC debiera tener mayor cautela en la emisión de sus resoluciones para evitar contradicciones, así como una precaución sobre el contenido y fundamento de las resoluciones que dictamina. Nuestro supremo intérprete de la Constitución no puede darse el lujo de emitir sentencias contradictorias y que creen inestabilidad en las relaciones laborales.

3.6. LA JORNADA DE TRABAJO:

LA LIMITACIÓN DE LAS JORNADAS ATÍPICAS DE TRABAJO

El artículo 25 de la Constitución reconoce el derecho a la jornada y descansos remunerados, estableciendo que la jornada máxima de trabajo no puede exceder de 8 horas diarias o 48 horas semanales e indicando la validez de las jornadas atípicas de trabajo¹¹⁷.

El TC se ha pronunciado sobre las jornadas atípicas de trabajo. Inicialmente, con una declaración general de inconstitucionalidad y luego estableciendo una delimitación de los supuestos de procedencia de estos regímenes atípicos.

En un primer momento, el TC declaró inconstitucional la existencia de jornadas atípicas en la minería e indicó que un trabajador minero no podía laborar más de ocho horas diarias. ¿La razón de ello?: la necesidad de proteger su salud e integridad personal y conciliar la vida personal y familiar del trabajador con sus labores. En la sentencia del TC donde un sindicato cuestionó una jornada atípica (recaída en el Expediente N°. 4635-2004-AA/TC), se declaró inconstitucional la jornada atípica minera, que supone compensaciones de días y horas de trabajo (por ejemplo, laborar 12 horas en 4 días continuos y luego descansar 3 días seguidos, de tal manera que se guardaba la proporción de 48 horas semanales, o trabajar 15 días continuos y descansar los siguientes 15 días), sobre la base de la necesidad de asegurar horas razonables de trabajo y descanso cuando existan situaciones laborales riesgosas. De este modo, inicialmente, el TC estableció que las jornadas en el sector minero no podían exceder de 8 horas diarias y consideró como inconstitucionales a las jornadas atípicas mineras.

en la voluntad del trabajador». Nosotros consideramos que esta resolución no debería tener validez pues el Tribunal Constitucional —intérprete de la Constitución— ha declarado la vigencia de la Ley N°. 9463 y porque, lo más relevante, no existe alguna derogación tácita de la Constitución sobre la indicada norma pues el derecho a una «remuneración adecuada» responde a una política de Estado y un fin por alcanzar pero no representa una prohibición para acordar una reducción de una remuneración.

¹¹⁷ «Artículo 25°. La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo».

Cabe precisar que, anteriormente, el TC sostenía que las jornadas atípicas tenían validez y no contaban con un límite expreso en relación con su extensión y duración¹¹⁸.

La resolución recaída en el Exp. N.º. 4635-2004-AA/TC en mención generó una serie de dudas e incertidumbre acerca de cómo conciliar lo señalado por el TC con la realidad económica y social del sector minero, así como con los convenios internacionales de trabajo reconocidos por el país. En ese sentido, el propio TC, mediante resolución aclaratoria del 11 de mayo de 2006, delimitó los alcances de sentencia señalando que los regímenes atípicos en minería son válidamente aplicables en tanto se reúnan los siguientes requisitos: (i) una evaluación caso por caso (en un proceso judicial o administrativo) teniendo en cuenta las características del centro minero: subterráneo, a tajo abierto o centro de producción; (ii) deben cumplirse con las condiciones de seguridad laboral necesarias; (iii) deben otorgarse garantías para la adecuada protección de la salud de los trabajadores y su alimentación; (iv) se deben conceder descansos adecuados al esfuerzo físico desarrollado en jornadas superiores a la ordinaria; (v) debe brindarse tratamiento especial para el trabajo nocturno —jornada inferior a la diurna—; y, (vi) debe haberse pactado mediante convenio colectivo que la jornada no puede exceder de 8 horas. Cabe señalar que, de no estar presentes estas condiciones particulares, la jornada de trabajo no puede superar las 8 horas diarias.

Además de los requisitos señalados, siguiendo con lo establecido por el Convenio N.º. 01 de la OIT, la jornada atípica minera —así como, en general, cualquier jornada atípica— se sujeta a que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas o un periodo más corto, no exceda de 8 horas diarias o 48 por semana en promedio —si la jornada comprende 2 semanas, se calcula el promedio de horas en función de dicho número y, en caso la jornada comprenda periodos de 3 semanas, el promedio se calcula en función de 3 semanas—; en este sentido, se permiten las jornadas atípicas conocidas como 4 x 3 (4 días con

¹¹⁸ El TC reconoció este giro jurisprudencial (Exp. N.º. 4635-2004-AA/TC): «Si bien hasta la fecha los criterios de la jurisdicción constitucional consideraron que el sistema acumulativo 4 x 3 y 4 x 2 (5 x 2) podía ser compatible con el artículo 25.º de la Constitución (Exp. N.º 1396-2001-AA/TC), a partir del presente caso y considerando el contexto del trabajo que realizan los trabajadores mineros, así como el parámetro constitucional descrito en los fundamentos precedentes; y teniendo en cuenta que un sistema excepcional y temporal no puede convertirse en permanente, así como la dimensión objetiva de los derechos fundamentales —que en el presente caso se manifiesta en el respeto a una jornada de ocho horas diarias como máximo, a una jornada semanal razonable de trabajo y al derecho al descanso— y los fines de los procesos constitucionales (artículo II del Código Procesal Constitucional), el criterio del Tribunal Constitucional, en adelante, será el expuesto en la presente sentencia, y que establece que para los trabajadores mineros el máximo de duración de la jornada laboral será de ocho horas diarias».

12 horas diarias de trabajo por 3 días de descanso) y las de 14 x 7 (14 días con 10 horas diarias de trabajo por 7 días de descanso), las mismas que constituyendo una excepción deben ser implementadas de manera razonable y justificada.

Sin duda, estamos de acuerdo con la finalidad del TC. El Estado y las empresas deben orientar sus políticas a favor de conciliar la vida familiar y laboral y proteger la salud del trabajador. Sin embargo, las jornadas atípicas son una realidad mundial y tienen reconocimiento en normas internacionales y nacionales; se trata de jornadas que son distintas a las ocho horas pero que respetan en promedio las 48 horas semanales. Naturalmente, se aplican cuando existen condiciones que así lo justifican, y usualmente son el trabajo en zonas alejadas del hogar (trabajo minero, petrolero, pesquero, etc.). En estos casos, el trabajador labora jornadas extendidas y luego goza de descansos prolongados compensatorios (por ejemplo, los señalados como 4 x 3 o 14 x 7), respetándose tanto los días de descansos semanales como las horas máximas de trabajo.

Estas jornadas permiten que el trabajador pueda retornar a su hogar en los días de descanso y conciliar, justamente, el trabajo en zonas alejadas con el descanso y dedicación efectiva a la familia. Hay, entonces, razonabilidad y necesidad para fijar jornadas atípicas. Si una empresa no brinda condiciones de salubridad adecuadas o abusa de la jornada laboral o no paga las horas extras respectivas, la autoridad debe prohibirle las jornadas atípicas e imponerle sanciones severas. Sin embargo, si la empresa cumple con todos los parámetros de seguridad, brinda beneficios al personal, tiene políticas de responsabilidad familiar e incluso el propio personal es el que solicita las jornadas atípicas, las mismas debieran aplicarse válidamente.

Cabe destacar que, en la acción de amparo del TC que declaró inconstitucional las jornadas atípicas, existe un argumento adicional del TC. El convenio colectivo de trabajo vigente en la empresa minera establecía una jornada típica, pero por acuerdo entre las partes, se establecieron jornadas atípicas, y ello afectó el carácter vinculante de los convenios colectivos. En nuestra opinión, solamente con este argumento, el TC pudo declarar inválidas las jornadas atípicas.

En el cuadro siguiente, detallamos los principales efectos y consecuencias de esta sentencia del TC y su aclaratoria:

Jornadas atípicas mineras

Temas	Posición del TC
Aplicación de la sentencia	La sentencia sobre jornadas atípicas mineras es aplicable para el personal que labora en minas subterráneas, directamente en actividades extractivas en minas de tajo abierto, y en centros de producción minera y, a la vez, estén afectos riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad. El criterio se extiende a toda atípica que se establezca en cualquier actividad económica.
Jornadas prohibidas	Cualquiera que exceda el tope de 48 horas semanales en promedio en ciclos de hasta tres semanas: 14 x 7 (12 hrs. diarias): al tratarse de un régimen de 21 días (14 x 7) a razón de 12 horas, el promedio semanal es de 56 horas. En este sentido, el régimen no se ajusta a los criterios del TC (este régimen, en forma excepcional sí es reconocido por el Convenio OIT N°. 01). 24 x 4 (8 hrs.): el régimen atípico no se ajusta a los parámetros establecidos por el TC, en la medida en que supera el ciclo de 3 semanas y se excede de 48 horas semanales.
Algunas jornadas permitidas	a) Jornadas ordinarias o típicas (8 horas diarias o 48 horas semanales), que es la aplicable a la gran mayoría de empresas; b) 4 x 3 (12 Hrs.): el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas o un periodo más corto, no excede de 8 horas diarias o 48 por semana; c) 14 x 7 (10 hrs.): al tratarse un régimen atípico cuyo promedio semanal no supera 48 horas, se ajusta a lo ordenado por el TC y, por tanto, su implementación resultaría válida.
Acuerdos de mayor jornada minera	No sería válido un acuerdo con cada trabajador o sindicato en este sentido, en aplicación del principio de irrenunciabilidad.
Requisitos para validez de las jornadas atípicas	Debe evaluarse caso por caso (en un proceso judicial o administrativo) teniendo en cuenta las características del centro minero: subterráneo, a tajo abierto o centro de producción. Debe cumplirse con las condiciones de seguridad laboral necesarias. Otorgarse garantías para la adecuada protección de la salud de los trabajadores y adecuada alimentación. Conceder descansos adecuados con el esfuerzo físico desarrollado en jornadas superiores a la ordinaria. Brindarse tratamiento especial para el trabajo nocturno —jornada inferior a la diurna—. Si se ha pactado mediante convenio colectivo que la jornada no puede exceder de 8 horas. De no estar presentes estas condiciones, la jornada no puede superar las 8 horas diarias.
Convenios individuales y convenios colectivos	Un convenio individual (jornada flexible, atípica) no puede dejar sin efecto un convenio colectivo de trabajo (jornada típica).

En definitiva, se aprecia, en lo relativo al tratamiento de las jornadas atípicas, que diversas posiciones aparecen reflejadas en los criterios del TC. Primero, que permiten las jornadas atípicas sin limitaciones, luego que prohíben las jornadas atípicas y finalmente que admiten las jornadas atípicas pero con limitaciones.

3.7. LOS DERECHOS COLECTIVOS

La Constitución de 1993 reconoce, al igual que su precedente, los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga. Estos derechos colectivos no han tenido un dilatado desarrollo a nivel de la jurisprudencia del TC, y se ha registrado un mayor tratamiento en el caso de despidos con afectación a la libertad sindical.

La libertad sindical —negativa y positiva, individual y colectiva— se encuentra garantizada por la Constitución, aunque con una fórmula muy escueta, especialmente comparada con la Constitución de 1979: el Estado reconoce el derecho, cautela su ejercicio y lo garantiza (artículo 28.1). Por ello, habría que acudir a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para otorgar el contenido suficiente a la libertad sindical, en atención a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En efecto, sobre la libertad sindical¹¹⁹, el TC ha destacado en varias oportunidades la relevancia de esta libertad y sus manifestaciones a través de los Convenios Internacionales de Trabajo de la OIT —en aplicación de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución—, para determinar el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical¹²⁰. Ciertamente, la libertad sindical debe ser abordada no solo desde el plano individual (derechos del trabajador, libertad sindical individual), sino institucional (derechos del sindicato, libertad sindical colectiva)¹²¹.

De manera general, el TC ha precisado sobre la libertad sindical (Exp. N°. 008-2005-PI/TC, aunque en este caso definiendo de manera general, sin acudir a los Convenios de OIT sobre libertad sindical):

¹¹⁹ Sobre la libertad sindical, puede leerse ERMIDA URIARTE, Óscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Ed. FCU. Montevideo, 1999; y, OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Ed. Tecnos. Madrid, 2004. Un interesante trabajo sobre la libertad sindical y su desarrollo en el Perú, puede encontrarse en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, 2007.

¹²⁰ A título de ejemplo, pueden apreciarse las sentencias del TC recaídas en los Expedientes Nos. 1124-2001-AA/TC y 3311-2005-AA/TC.

¹²¹ MERCADER UGINA, Jesús y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *El recurso de amparo: un enfoque laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 39.

En ese contexto, implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de *homo faver-homo politicus*, referido a aspectos tales como:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical.
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.
- El derecho a que el Estado no interfiera —salvo el caso de violación de la Constitución o la ley— en las actividades de las organizaciones sindicales.

Además, frecuentemente, la libertad sindical ha sido invocada como un fundamento central del TC en diversos procesos de amparo que abordaba un despido laboral en el cual la libertad sindical era alegada, inclusive utilizando los Convenios de la OIT sobre libertad sindical. Así, el TC ha señalado (Exp. N°. 1124-2001-AA/TC):

Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

De otro lado, la Constitución de 1993 prevé que los sujetos colectivos pueden celebrar un convenio colectivo de trabajo con «fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado» (numeral 2 del artículo 28), de tal suerte que su carácter normativo se extiende a las relaciones individuales de trabajo¹²². Antes de ello, el propio artículo constitucional reconoce al derecho de negociación colectiva, debiendo el Estado, incluso, fomentarlo —en este sentido, la fórmula de la actual Consti-

¹²² Sobre este tema, el TC ha indicado: «Cuando las partes pactan respetar dicha jornada en un convenio colectivo que, conforme al inciso 2.º del artículo 28.º de la Constitución, tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado, en modo alguno se puede considerar que tales derechos no vinculen a las partes que celebraron tal convenio colectivo» (Exp. N°. 4635-2004-AA/TC).

tución es más protectora que el precedente—¹²³. Sobre la base de este fomento a la negociación colectiva, el TC reconoció la validez de la intervención del Estado para favorecer la negociación por rama de actividad en el sector de construcción civil (Exp. N°. 0261-2003-AA/TC)¹²⁴:

En consecuencia, durante el desarrollo de su actividad laboral, el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa, y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. En ese sentido, deberán expulsarse de nuestro ordenamiento jurídico aquellas normas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil, y de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo.

Sobre el derecho de huelga, la Constitución apunta que se debe ejercer «en armonía con el interés social» y que la ley determinará sus excepciones y limitaciones (artículo 28.2). Al respecto, la fórmula empleada es sumamente flexible y otorga al legislador la potestad de optar por diversos modelos de huelga, titularidad del derecho, extensión y limitaciones a su ejercicio —especialmente cuando se trata de los llamados servicios esenciales, etc.¹²⁵—. El TC ha definido a la huelga a partir de la delimitada concepción de la legislación, sin acudir a los criterios internacionales —como los de la OIT—:

Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en

¹²³ Al respecto, puede verse NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2000, pp. 69 y ss.

¹²⁴ En el mismo sentido, puede verse la sentencia recaída en el Exp. N°. 0785-2004-AA/TC: «el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo y que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado».

¹²⁵ Un interesante trabajo puede encontrarse en CORTES CARCELÉN, Juan Carlos. «La huelga en la Constitución de 1993». En: *Revista Asesoría Laboral* N°. 37. Lima, enero de 1994, pp. 30-33.

forma voluntaria y pacífica —sin violencia sobre las personas o bienes— y con abandono del centro de trabajo.

Por ende, huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.

Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley (Exp. N°. 008-2005-AA/TC)¹²⁶.

3.8. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Desde la perspectiva laboral, los principios suelen ser conceptuados como las pautas generales, las directrices que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación —inspirando sus contenidos—, interpretación y aplicación —integrando lagunas—¹²⁷. Desde la óptica constitucional, se suele definir a los principios como reglas genéricas carentes de un supuesto de hecho en tanto contienen preceptos «macro jurídicos» que debieran cumplirse pero que, dada la generalidad, pueden ser regulados en diversos contenidos y según los casos concretos que se puedan apreciar¹²⁸.

En la misma línea, el TC ha indicado que los principios son (Exp. N°. 008-2005-PI/TC): «[...] aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas».

¹²⁶ En la misma línea, en el Exp. N°. 3311-2005-AA/TC, se precisó: «El Tribunal Constitucional deja claramente establecido que el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga, debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador. En tal sentido, nuestro sistema jurídico proscribire, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos. Incurrir en tales actos comporta un ejercicio ilegítimo de los derechos».

¹²⁷ PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, p. 99.

La Constitución de 1993¹²⁹ ha recogido los fundamentales principios que estaban incorporados en el texto de la precedente Constitución¹³⁰. Seguidamente, detallaremos solamente al principio de *indubio pro operario*. Los principios de irrenunciabilidad de derechos y de igualdad serán desarrollados en el Capítulo III dado que resultan íntimamente relacionados con los problemas típicos que se suelen presentar en los empleadores ideológicos.

El principio de *indubio pro operario* incide en la función tuitiva del Derecho Laboral, rasgo inherente y distintivo de la disciplina, y que, entre otros aspectos, presidiría el proceso de elaboración de las normas laborales, que les imprimiría imperatividad absoluta y que guiaría su proceso de interpretación y aplicación. Conviene, por tanto, distinguir entre el principio «pro operario» y el principio «in dubio pro operario» aplicable solo al proceso de interpretación de la norma laboral¹³¹.

El primer caso, esto es, la oscura o ambigua determinación de los hechos, no ofrece en estricto un problema de interpretación normativa, sino más bien constituye una cuestión de prueba o demostración de una alegación procesal que debe regirse por las reglas procesales de distribución de la carga probatoria y de determinación de quién debe soportar su insuficiencia¹³².

Al respecto, una crítica importante es la fórmula empleada: indica la Constitución que solamente cuando existe una duda insalvable, puede acudir al principio de favorabilidad. Como se ha dicho¹³³, se ha tratado de relegar la aplicación de este principio, de tal manera que se deben emplear todos los métodos de interpretación posibles y, solamente cuando persista la duda, resolverse el conflicto por la vía de favorabilidad. En este sentido, habría un retroceso con relación a la fórmula empleada por la Constitución de 1979 que no establecía limitación alguna.

¹²⁹ El artículo 26 de la Constitución indica:

«En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

Igualdad de oportunidades sin discriminación.

Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma».

¹³⁰ Al respecto, puede leerse NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ed. Ara. Lima, 1997, pp. 107 y ss.

¹³¹ ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón: «La vigencia del principio pro operario». En: AA. VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*. MTSS, Madrid, 1990, p. 850.

¹³² DESDENTADO BONETE, Aurelio: «¿Existe realmente el principio in dubio pro operario?». En: *Relaciones Laborales* N° 14, Editorial La Ley, Madrid, 2003, p. 20.

¹³³ NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. «Introducción...». p. 130.

Sobre el principio de *indubio pro operario*, se ha señalado que, dada la falta de limitación, este principio se aplicaría a toda disposición en materia de trabajo como las normas estatales o autónomas e, inclusive el contrato de trabajo¹³⁴. Nosotros no estamos de acuerdo con lo expresado, creemos que solamente es materia de este principio las normas y no los actos no normativos —como es un contrato de trabajo—; para estos últimos habría que aplicar las disposiciones respectivas del Código Civil.

Para el TC, más bien, el principio de *indubio pro operario* comprende no solamente los actos normativos sino los actos no normativos —y tal vez hasta los hechos normativos—; al respecto, el TC ha precisado que «La noción de “norma” abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.» (Exp. N°. 008-2005-PI/TC). Creemos que el TC ha extendido indebidamente la noción de norma —equivalente a actos normativos— a actos no normativos como los contratos de trabajo.

El TC ha interpretado de modo más favorable la extensión de los puntos adicionales que gozaba un trabajador discapacitado en los concursos para las evaluaciones de personal. En rigor, en este caso, existe una laguna que ha sido resuelta por los mecanismos de integración por el TC (Expediente N°. 337-97-AA/TC):

Que la Constitución Política de 1993, en su Artículo 23° consagra el principio de atención prioritaria al trabajo, protegiendo especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan, así como en el inciso 3 del Artículo 26° sostiene la interpretación más favorable al trabajador, en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma legal.

Que, el artículo 2° del Decreto Supremo N°. 001-89-SA acuerda una bonificación de 15 puntos sobre el puntaje global obtenido en los concursos convocados por los organismos del Sector Público, para acceder a las vacantes en los tres grupos ocupacionales existentes en los mismos; es entendido e interpretado así, de conformidad con el Artículo 7° del Convenio N° 159 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución legislativa N° 24509, que señala que «Las Autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar, y evaluar los servicios de colocación, empleo, y otros afines, a fin de que las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo [...]»; conforme lo dispone el artículo 15 de la Ley 25398 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la vigente Carta Política del Estado.

¹³⁴ BOZA PRO, Guillermo. «Los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución». En: *Asesoría Laboral* N°. 37. Op. Cit., p. 37.

Por otro lado, en el expediente N°. 990-97-AA/TC, se aplicó el principio de *indubio pro operario* para la interpretación de la ausencia de un supuesto en el proceso de evaluación y dicha falta de regulación normativa fue interpretada de la manera más favorable al trabajador, utilizando el sustento constitucional respectivo:

Que, de autos se aprecia que el actor fue calificado por su jefe inmediato con treinta y dos puntos, tal como consta del documento que corre en autos a fojas ciento cuarenta y ocho y luego esta puntuación fue modificada a veinticuatro puntos por el jefe inmediato superior, entiéndase que el jefe inmediato es el que labora directamente con el trabajador y como tal es el facultado a calificar, así se establece en el Reglamento de Evaluación, no obstante también puede entenderse que el jefe inmediato superior sí puede ratificar «contrario sensu», también puede no hacerlo como sucedió en el presente caso, pero al no existir norma que indique tal opción, por la regla del «in dubio pro operario» se debió promediar ambas calificaciones, obteniendo como resultado veintiocho puntos, el cual hubiese permitido que el actor continúe trabajando, ya que su nota hubiese sido aprobatoria; en tal sentido en mérito a este principio constitucional consagrado en el inciso 3) del artículo 26° de la Carta Magna vigente, la presente acción resulta amparable.

Finalmente, en una ocasión, el TC ha admitido una demanda de amparo sobre la base de la aplicación del principio de condición más beneficiosa previsto en el numeral 3 del artículo 26 de la Constitución que alude al principio de *indubio pro operario*:

[...] a la fecha del cese, el accionante había adquirido la protección prescrita en el artículo 1° de la Ley N.° 24041, sustentada en el principio de protección al trabajador, cuyo tenor es la aplicación de la condición más beneficiosa al trabajador, y consagrado por la Constitución en su artículo 26°, inciso 3) (Expediente N°. 2132-2003-AA/TC-Piura).

De un lado, no existe relación entre la condición más beneficiosa —que actúa ante una sucesión peyorativa, o cual importa la existencia de dos actos o hechos en el tiempo— y el principio de *indubio pro operario* —que se aplica ante una duda en la interpretación de una sola norma—. De otro lado, ninguno de estos principios resulta aplicable en un despido de un trabajador que supone previamente la aplicación del principio de primacía de la realidad.

El principio de *indubio pro operario* tiene un reducido marco de actuación: solamente en caso de duda sobre la interpretación de una norma se debe escoger por aquella que favorece al trabajador. Por lo tanto, cuando se discute sobre la valoración de pruebas en un proceso judicial, cuando se debe brindar

una solución concreta en caso de ausencia de normas, cuando el empleador o el Estado suprimen o reducen un beneficio o cuando el trabajador acepta una condición menos ventajosa que la prevista legalmente, estamos fuera del alcance del principio de indubio pro operario. De pronto, en los casos mencionados, se podría aplicar principios y reglas basadas en el principio protector del Derecho Laboral pero no el principio de indubio pro operario.

3.9. EL DERECHO DE ESTABILIDAD LABORAL: LA SENTENCIA LABORAL EMBLEMÁTICA DEL TC

Sin duda, los criterios del TC sobre la constitucionalidad de los despidos laborales han sido los que mayor repercusión han tenido en las relaciones laborales. De un lado, las normas laborales prevén el pago de una indemnización, pero el TC ha dispuesto que determinados casos de despido puedan ser cuestionados mediante una acción de amparo que culmina en la reposición del trabajador. De otro lado, el TC varió sus criterios desde fines del 2002: de admitir la constitucionalidad de los despidos sin expresión de causa, a cuestionar la validez de estos despidos.

En tanto que uno de los temas relevantes en las organizaciones de tendencia es el término de la relación laboral cuando los trabajadores entran en conflicto con la ideología del empleador, este tema será abordado con mayor profundidad.

Como se conoce, fue la sentencia del TC correspondiente al Expediente N°. 1124-2001-AA/TC del 11 de julio de 2002, la misma que fue materia de una Resolución Aclaratoria del 16 de setiembre de 2002, la que marcó el inicio del nuevo criterio jurisprudencial en materia de estabilidad laboral que importó la inaplicación de las normas legales que disponían el pago de la indemnización ante despidos incausados y fraudulentos. En este caso, ante la alegación de una amenaza de despidos arbitrarios, las organizaciones sindicales de una empresa de telefonía interpusieron una acción de amparo por trasgresión al derecho al trabajo, libertad sindical, igualdad ante la ley, debido proceso, legítima defensa y tutela jurisdiccional efectiva. Esta acción de amparo, en última instancia, fue declarada fundada por el TC que ordenó la reposición de los trabajadores sindicalizados despedidos en forma incausada, así como la abstención de la empresa de incurrir en posteriores despidos.

Cabe indicar que, pese a lo dicho por el TC, las acciones de amparo que se resolvieron con anterioridad a la sentencia comentada no declararon la inconstitucionalidad de las normas legales que prevén el pago de la indemnización como mecanismo de protección ante un despido, y cuando el TC declaró fundada una demanda y ordenó la reposición, lo hizo sobre la base de otros derechos

constitucionales vulnerados (debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, etc.) conjuntamente con el derecho al trabajo¹³⁵.

Ahora bien, inicialmente la sentencia que ordenó la reposición de trabajadores despedidos recaída en el Exp. N°. 1124-2001-AA/TC dispuso que todo despido arbitrario era inconstitucional —con o sin expresión de causa al momento del cese— pero, posteriormente, esta sentencia fue aclarada mediante una Resolución de fecha 16 de setiembre de 2002, que delimitó la primera resolución, de tal manera que los despidos sin expresión de causa, nulos y fraudulentos eran inconstitucionales y se dejaron sin efecto las referencias al despido arbitrario (se redujo, entonces, el ámbito de aplicación de los despidos inconstitucionales). Este sentido fue convalidado por la sentencia que fijó los criterios centrales del TC en materia de despidos (Exp. N°. 976-2001-AA/TC), y finalmente tenemos la sentencia que estableció los parámetros procesales de procedencia de las acciones de amparo (Exp. N°. 206-2005-AA/TC). Para el TC, la Constitución reconoce como derechos fundamentales laborales la protección contra los despidos incausados, fraudulentos y nulos, dentro de un marco donde el artículo 27 de la Constitución indica expresamente que la forma de protección constitucional contra el despido arbitrario lo determina y fija el legislador. Esta será la temática central que abordaremos.

De manera previa al ingreso del estudio de los criterios del TC sobre la protección ante un despido, conviene precisar que se ha excluido, en forma adecuada, al personal calificado como de confianza. En esta línea, por la posición que ocupan, el personal de confianza no tiene acceso a la acción de amparo que importa una reposición al centro de trabajo, sino al reclamo de una indemnización (vía ordinaria)¹³⁶. Al respecto, consideramos que, en rigor, el TC podría referirse, en el régimen laboral privado, al personal de dirección pues este ocupa cargos directivos, y dado que el personal de confianza no necesariamente ocupa puestos de alta dirección y comprende a todos aquellos que manejan información reservada, emiten informes relevantes, etc. (puede incluirse a la secretaria del gerente general u obreros)¹³⁷.

¹³⁵ Hemos registrado un solo caso donde se declaró fundada la demanda de amparo sobre la exclusiva lesión al derecho del trabajo (Sentencia recaída en el Exp. N°. 111-96-AA/TC) pero luego, por una extraña fe de erratas, fue modificada en su parte resolutive al establecerse que se declaraba fundada la acción pero no se ordenaba la reposición del trabajador.

¹³⁶ El TC ha indicado: «En buena cuenta, los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades» (Exp. N°. 1651-2005-AA/TC).

¹³⁷ Un alcance mayor sobre las diferencias entre el personal de dirección y confianza puede verse en DEL RIO, Dalia. «Personal de dirección y confianza en el régimen laboral de la actividad privada

El actual artículo 27 de la Constitución de 1993 prevé que «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario». Hay una variación respecto de la Constitución de 1979. No existe un precepto general sobre la estabilidad laboral, y por ello nos encontramos ante una disposición concreta y específica: una protección frente al despido arbitrario que será desarrollada por el legislador.

Del texto constitucional fluye la regulación expresa de la estabilidad laboral de salida, es decir, se garantiza al trabajador la protección frente al «despido arbitrario» y ello es una manifestación de este tipo de estabilidad. Pese a lo dicho, siguiendo a NEVES¹³⁸, la estabilidad laboral de salida importa el reconocimiento de la estabilidad laboral de entrada. Sin la estabilidad de entrada, la estabilidad de salida no tendría mayor contenido en la medida en que los trabajadores no alcanzarían la estabilidad laboral.

Para el TC, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22° de la Constitución, supone la imposibilidad de que un trabajador sea despedido sin una causa justa, de tal manera que cualquier despido sin expresión de causa, resulta atentatorio con la Constitución:

Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa (Exp. N°. 1124-2001-AA/TC).

En nuestra opinión, la Constitución solo desarrolla los lineamientos genéricos, buscando «contener» solamente disposiciones generales que aspiran a ser permanentes pero que son susceptibles de regulación a nivel primario (estabilidad

en el Perú». En: IX Jornadas de Derecho de la Empresa. Temas actuales de derecho de la empresa (RAMÍREZ, Lorena: Coordinadora). Universidad de Piura. Ed. Palestra. Lima, 2006, pp. 121 y ss. y; TOYAMA, Jorge. «Tiempo de trabajo. Hacia una limitación de las facultades del empleador». En: *Revista Actualidad Jurídica*. N°. 150. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2006, pp. 13 y ss.

¹³⁸ NEVES MUJICA, Javier. «La estabilidad laboral en la Constitución de 1993». En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. CAJ. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N°. 11. Lima, 1995, p. 48.

de salida) y, de otro, se deriva y permite que la ley regule materias que pueden variar en el tiempo de acuerdo a las circunstancias (estabilidad de entrada).

El TC estima que el despido incausado o sin expresión de motivo supone una lesión a la libertad de trabajo, y no se brinda la protección adecuada ante el despido arbitrario¹³⁹. No se puede, sin embargo, dejar de tener en cuenta que el derecho al trabajo (artículo 22) tiene en la propia Constitución un desarrollo que es el mandato al legislador para regular la protección contra el despido arbitrario (artículo 27). Así, no puede existir una lectura aislada del derecho al trabajo sin tener en consideración la delegación legal de brindar la protección adecuada ante el despido (artículo 27); se puede afirmar que el artículo 22 de la Constitución prevé un contenido genérico que es desarrollado o delimitado por el artículo 27 al referirse a la delegación legal sobre el desarrollo de la protección ante un despido.

Entonces, cuando el legislador ha indicado que la protección contra un despido arbitrario es el pago de una indemnización tarifada, ha observado el mandato constitucional. Al respecto, se ha indicado:

La opción legislativa por la improcedencia de los despidos que no se adecuan a los requisitos formales exigidos es —pese a las críticas que puedan hacerse— una opción legal y constitucionalmente válida [...] y sobre todo, en cuanto el legislador ha tenido buen cuidado en salvar los mínimos de inconstitucionalidad, sancionando con nulidad los despidos que vulneren derechos fundamentales¹⁴⁰.

Sobre este tema, el propio TC abordó el contenido de los derechos fundamentales que han sido configurados a nivel legislativo (Exp. N°. 1417-2005-AA):

Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

¹³⁹ Al respecto, se ha indicado que «en el caso del despido incausado el empleador niega de antemano y en único acto la posibilidad de que el trabajador ejerza su derecho de defensa y se someta a un debido proceso» CORTES, Juan Carlos y PIZARRO, Mónica. «El derecho a no ser despedido sin expresión de causa». En: *Revista Dialogo con la jurisprudencia* N°. 49. Gaceta Jurídica. Lima, 2002, p. 93.

¹⁴⁰ GALIANA MORENO, Jesús. «Algunas consideraciones sobre la improcedencia del despido por razones formales». En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997, p. 97.

Si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos «en blanco», es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de «libre configuración de la ley por el legislador», conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, este goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

En España, hasta las reformas del año 1994 se construyó la doctrina jurisprudencial de los despidos radicalmente nulos, por los cuales se sancionó, ante una falta de regulación precisa en las normas legales, que la reposición era la protección adecuada ante un despido incausado, ante un despido verbal. Luego, cuando las normas legales reformularon el sistema legal del Estatuto de Trabajadores e indicaron que los despidos por lesión de forma (léase incausados) no concedían la reposición al centro de trabajo, sino el pago de una indemnización y devenidos o reposición a opción del empleador, parte de la doctrina española criticó esta variación pero no se consolidó y, a la fecha, la mayoría admite que no existe una lesión a un derecho fundamental cuando nos encontramos ante un despido incausado. El sistema español, donde se reconoce a nivel constitucional el derecho al trabajo (al igual que el Perú, pero sin que tenga un contenido constitucional exigible mediante una acción de amparo), no impone como inobservancia a los supuestos de incumplimiento de los requisitos formales del despido —llamados despidos improcedentes— la reposición al centro de trabajo, pues se confiere al empleador la posibilidad de optar entre la reposición al centro de trabajo o el pago de la indemnización¹⁴¹. Ciertamente, debemos reconocer que hay quienes inicialmente criticaron la modificación legal por afectar a los trabajadores y no responder a conferir una reparación adecuada ante un despido¹⁴², pero también hay otros —que, entendemos, es la posición que habría ido consolidándose— que

¹⁴¹ Por todos, véase MARTÍN VALVERDE, ANTONIO. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 2001, pp. 721 y ss.

¹⁴² GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN. *Los supuestos de readmisión en el despido*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996, pp. 151 y ss. En la misma línea, PEDRAJAS, ABDÓN. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Ed. Trotta S.A., Madrid, 1992, pp. 303 y ss.

la apoyan y la consideran como válida dentro del esquema normativo¹⁴³, hasta se ha dicho que la nulidad de los despidos improcedentes ha pasado a ser una «curiosidad histórica»¹⁴⁴. Más todavía, los pocos pronunciamientos judiciales no han cuestionado la nueva protección legal¹⁴⁵.

Lo que se exige en nuestra Constitución es una protección adecuada contra el despido, y esta existe: el pago de la indemnización. No se vacía de contenido a la estabilidad laboral si no se sanciona con la reposición los casos de despidos incausados. El contenido constitucional de la estabilidad laboral supone una protección que, en función al mandato constitucional y a las normas internacionales ratificadas por el Perú tienen contenido diverso (reposición, indemnización, seguro de desempleo y otra forma de protección) y no único (como lo declara el TC).

En efecto, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que cada legislación determinará la forma de protección contra el despido arbitrario. Pues bien, expresamente, el artículo 7.d del Protocolo Adicional anota que cada legislación establecerá el mecanismo de protección contra el despido arbitrario (reposición, indemnización, seguro de desempleo, etc.). Ante ello, el TC ha indicado que el Protocolo Adicional no es aplicable pues es una norma mínima que puede ser mejorada por la normativa interna (aplicación de la norma más favorable)¹⁴⁶. Nos preguntamos ¿cuál es la norma más favorable nacional que contempla el derecho a la reposición ante un despido incausado? No existe alguna norma expresa. Más bien, se ha desplazado la norma aplicable (Protocolo Adicional de la Convención Americana) por una interpretación aislada del contenido de la protección adecuada ante el despido incausado¹⁴⁷.

Estimamos que el TC no ha utilizado adecuadamente los criterios de interpretación normativa. En efecto, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución expresamente anota que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre la materia aprobados por el Perú. En esta línea, el contenido del derecho al trabajo y de

¹⁴³ Una reseña puede verse en ROMÁN VACA, Eduardo. «El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la «Reforma de 1994». En: AA.VV. (Coordinador: Jaime CASTIÑEIRA). *Presente y futuro de la regulación del despido*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997, pp. 383 y ss.

¹⁴⁴ ALONSO OLEA, Manuel. «Introducción general al despido y a sus causas». En AA.VV. *Estudios sobre el despido*. ACM. Madrid, 1996, p.12.

¹⁴⁵ RIERA, Carlos. *El despido nulo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 138.

¹⁴⁶ Véase la Sentencia recaída en el Exp. N°. 1124-2001-AA/TC (Fundamento N°. 12).

¹⁴⁷ En el mismo sentido, puede verse NEVES MUJICA, Javier. «Los conceptos y los efectos de la sentencia del Caso Telefónica». En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N°. 49. Lima, octubre de 2002, p. 49.

la estabilidad laboral, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución, respectivamente, debe ser interpretado de conformidad con lo previsto en los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional, que se refieren a los mismos derechos. En suma, se delega a cada país la posibilidad de regular la protección que estime conveniente ante un despido arbitrario.

El legislador peruano ha optado por la indemnización a favor de todo trabajador despedido. Así, como se ha indicado, nos encontramos ante un esquema legislativo «no por razones naturales (o intrínsecas), sino porque esta es la opción de política jurídica cristalizada en la ordenación legal del despido injustificado»¹⁴⁸.

En este sentido, resulta ajustado a la Constitución que el artículo 27 indique que la protección contra el despido arbitrario será precisada por el legislador. Y el legislador peruano ha establecido que la protección se contrae en el pago de una indemnización tasada «sin margen para que el juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen ex lege causados por el despido o derivados sin más de este, indemnizándose la ruptura culpable del contrato y no los perjuicios que esta cause, que pueden no existir, aunque normalmente existan»¹⁴⁹.

Para conocer el contenido de un derecho fundamental, se debe acudir a las normas internacionales y, si estas establecen una determinada regulación, ella se debe observar por el TC para apreciar la constitucionalidad de un dispositivo de nivel primario. De no haber regulación en las normas internacionales, recién sería posible interpretar el contenido de un derecho fundamental a partir del propio texto constitucional.

Reiteramos, entonces que, al existir un tratado internacional que no contempla a la reposición como una sola fórmula de protección contra el despido arbitrario, sino que se prevé un contenido genérico, no se puede limitar el criterio de interpretación y establecer una excluyente protección ante el despido incausado: la reposición al centro de trabajo. En suma, para la apreciación del contenido del derecho al trabajo, el TC ha inaplicado para nuestro sistema jurídico el Protocolo Adicional, y brindado un contenido único al despido incausado: la reposición al centro de trabajo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ MONEREO PÉREZ, Luis y MORENO VIDA, María Nieves. «Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo». En: AA.VV. (Director: Efrén Borrajo Dacruz). *La reforma del Estatuto de los trabajadores*. Tomo II. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1994, p. 376.

¹⁴⁹ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE Ma. Emilia. «La improcedencia del despido (Art. 56)». En: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte Años Después*. Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid, 2000, p. 1167.

¹⁵⁰ En algunas ocasiones el TC ha descrito el contenido de derechos fundamentales sin tener en cuenta los tratados internacionales. Al respecto, puede verse la sentencia recaída en el Exp. N°. 008-2005-PI/TC, en la cual se declaró constitucional la Ley Marco del Empleo Público, Ley N°. 28175,

Algunos sostienen que el Protocolo Adicional prevé la causalidad del despido como contenido del derecho al trabajo, en la medida en que dicho pacto indica que todo trabajador tiene derecho a «La estabilidad [...] en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación». En tal sentido, se indica que el propio Protocolo Adicional contiene la institución de la causalidad en el despido¹⁵¹; sin embargo, consideramos que la instauración de la causalidad del despido no trae consigo que, en caso de trasgresión, la protección sea exclusivamente la reposición en el centro de trabajo. Es el propio Protocolo que prevé que la protección puede ser la indemnización, reposición, seguro de desempleo u otra forma prevista legalmente. Hay, pues, un abanico de protección laboral que debe ser determinado por el legislador en cada país.

Por lo demás, el Convenio OIT 158 (no ratificado por el Perú, pero que tiene el carácter de una recomendación) no prescribe la reposición como medio de reparación al centro de trabajo. Al respecto, se ha dicho, en función al referido convenio que «Nada impide, por tanto, al legislador nacional regular los aspectos reparadores cuando el empresario incumple la formalidad previa al despido disciplinario, y ello a través, en nuestro caso, de una alta indemnización compensatoria por la resolución contractual injustificada»¹⁵².

Finalmente, un argumento que podría tomarse en cuenta a favor del criterio del TC, se contrae en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad descritos en el artículo 200 de la Constitución, en tanto se indicase que un despido sin expresión de causa no se adecuaría a los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. Nosotros, ante ello, consideramos que la constitución sí reconoce una protección al trabajador ante un despido incausado que se relaciona con el pago de la indemnización y ello, a nuestro parecer, cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

donde se describen la libertad sindical, negociación colectiva y huelga en forma detallada a partir de una interpretación de las normas internas.

¹⁵¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Diálogo con la jurisprudencia* N°. 49. Lima, octubre de 2003. Ed. Gaceta Jurídica, p. 30. En la misma línea, GARCÍA GRANADA, Fernando. «El derecho al empleo y el despido arbitrario». En: *Revista Derecho y Sociedad* N°. 19. Lima, PUC, 2004, pp. 251-52.

¹⁵² MIÑAMBRES PUIG, César. «El despido disciplinario verbal y el convenio número 158 de la OIT». En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). *Op. Cit.*, p. 102.

CAPÍTULO II

LOS EMPLEADORES IDEOLÓGICOS

De los temas más interesantes del Derecho Constitucional destaca el conflicto o ponderación de derechos fundamentales entre particulares y, del Derecho Laboral, las controversias derivadas de las relaciones de sujeción entre el trabajador y el empleador. Estos dos temas naturalmente confluyen en el centro de trabajo: los derechos fundamentales de los trabajadores que laboran en relación de dependencia de un lado, y de otro lado, la libertad de empresa del empleador que le confiere facultades y prerrogativas para dirigir y modificar la prestación de servicios.

Pero, donde se aprecia con mayor intensidad el conflicto de derechos fundamentales que describimos es en las organizaciones de tendencia o empleadores ideológicos, en donde usualmente el ideario del centro laboral tiene tal carga ideológica que modula las relaciones laborales e, inclusive, puede motivar hasta la preferencia de la libertad ideológica de la organización sobre los derechos fundamentales del trabajador¹. Los supuestos más comunes de empleadores ideológicos son las iglesias, partidos políticos, sindicatos y medios de comunicación, en los cuales los trabajadores pueden tener límites al ejercicio de sus derechos fundamentales dada la naturaleza de estas entidades jurídicas.

En este Capítulo II, queremos describir, justamente, a los diferentes tipos y modalidades de estas organizaciones de tendencia, concentrándonos en la estructura de las organizaciones de tendencia, así como las posiciones o puestos

¹ Y, con ello, la modulación de una manifestación de la dignidad: «La libertad ideológica consiste en el derecho de la persona a mantener unas determinadas ideas, pensamientos o creencias, así como a manifestarlas libremente; configurándose como el fundamento de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes». PAZ, Sebastián. «Libertad Sindical y Libertad Ideológica». En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Vol. III. Ed. Aranzadi, Navarra 1999, p. 2747.

que pueden calificar como de tendencia y la vinculación que se genera entre un trabajador y el contenido axiológico de un centro laboral de tendencia. Por consiguiente, los conflictos de derechos fundamentales que se puedan apreciar al interior de estas organizaciones así como las relaciones de sujeción o dependencia jurídica laborales no serán abordados en este Capítulo II, y cuyo tratamiento jurídico se encauza dentro de la teoría del conflicto de derechos fundamentales y las relaciones laborales generales, respectivamente.

1. Características generales de los empleadores ideológicos

1.1. LA FIGURA DEL EMPLEADOR

De manera general, se puede afirmar que la facultad del empleador de autonomar las relaciones laborales se deriva de la libertad de empresa (artículo 59) y que usualmente se contrae en un doble contenido: a la fundación de empresas por aportes privados, y una ordenación económica que supone una facultad para decidir sobre sus objetivos y su planificación (gestión)². Esta libertad de empresa más el ejercicio de otros derechos fundamentales de los integrantes de la organización de tendencia como la religión, expresión, etc. brindan el soporte constitucional para la actuación de los empleadores ideológicos.

La libertad de empresa ciertamente está regulada por el Estado. Estamos ante una libertad reconocida, pero que tiene una serie de regulaciones que, en materia laboral, muestra una mayor limitación por el lado de la protección de los derechos laborales³.

Una precisión que queremos detallar se contrae en la expresión «empleador» que utilizaremos. Los laboristas que han abordado el tema que nos ocupa emplean el término «empresas ideológicas»⁴. En nuestra opinión, en rigor, no debería utilizarse la expresión «empresas». De acuerdo con lo expuesto por la doctrina nacional y extranjera⁵, empleador es la persona que adquiere el derecho

² RIVERO LAMAS, Juan. «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo». En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N.º. 80. Madrid, 1996, p 983.

³ Un desarrollo sobre este tema, puede encontrarse en ARCE, Elmer. La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. PUCP. Lima, 1999, pp. 93 y ss. y GUAMÁN, Adoración. *La libertad de información del trabajador*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 37 y ss.

⁴ Por todos, véase GIMENO, Blat. *Relaciones laborales en las empresas ideológicas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1995.

⁵ Por todos véanse SANGUINETTI, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. Lima, 1988. pp. 120 y ss. y RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. *Derecho del Trabajo* Vol. I. Tercer Curso (1990-91). Materiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, p. 72.

a la prestación de los servicios del trabajador y tiene la potestad de organizar la actividad laboral, asumiendo, a la vez, una serie de obligaciones y es una de las más importantes el pago de la remuneración.

De la definición anotada, se puede concluir que resulta indiferente analizar la naturaleza jurídica del empleador —si es una persona natural o jurídica, si hay fin lucrativo, si tiene habitualidad en las actividades que desempeña o si es un ente público o privado—. La calidad del empleador está «funcionalizada» a la del trabajador: será empleador quien reciba la prestación de servicios de un trabajador, fruto de un contrato de trabajo. Entonces, la calidad de empleador es, pues, la resultante de una determinada posición jurídica, la de recibir los servicios de los trabajadores. Como destacan PALOMEQUE y ALVAREZ⁶, «no existe un concepto autónomo de empleador», y no es la calidad de empleador un «requisito diferencial en el contrato de trabajo, ni a la hora de concluirlo ni durante la ejecución del mismo».

Así, basta con tener capacidad jurídica —reseñada precedentemente— para ser empleador en una relación laboral: lo único determinante es recibir una prestación subordinada de servicios, sin importar su denominación, constitución jurídica, fines de lucro, dimensión, etc.⁷.

El contrato de trabajo siempre se constituye entre un trabajador y un empleador —puede ser una persona natural o jurídica—. Ciertamente, en la mayoría de los casos, una empresa o una persona jurídica se comporta como empleador; sin embargo, de esta constatación no podemos inferir que toda persona jurídica o empresa sea un empleador, ni que solamente una persona jurídica o empresa pueda tener la condición de empleador.

En esta línea, un punto importante que debe tenerse en consideración es la distinción entre los conceptos de empleador, patrón, persona jurídica, empresa y centro de trabajo⁸. De plano, el término «patrón», modernamente, no es aceptado por ser arcaico y propio de las edades Antigua y Medieval. Por otro lado, el centro de trabajo denota el lugar geográfico donde el trabajador presta sus servicios o, en todo caso, al conjunto de trabajadores y/o bienes y servicios necesarios para la actividad productiva. En consecuencia, estas dos acepciones no deben, siquiera, identificarse con el sujeto que recibe la prestación de servicios del trabajador.

⁶ PALOMEQUE, Manuel y ALVAREZ, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1993, p. 558.

⁷ Interesantes estudios sobre este tema, pueden verse en: AA.VV. *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. MTAS. Madrid, 1996 y DESDENTADO, Elena. *La personificación del empresario laboral*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2006.

⁸ Al respecto, puede leerse RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, CRUZ VILLALON, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op. Cit. p. 71 y ss. y MARTÍN VALVERDE, Antonio y Otros. *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1991, p. 189.

Por otro lado, no siempre las calidades de empleador y empresa coinciden dado que no todo empleador es una empresa —esta última denominación tiene evidentes connotaciones mercantiles⁹—. Existen muchas entidades que no tienen la calidad de empresas, pero que son empleadores: asociaciones civiles o religiosas —la finalidad económica lucrativa no es un rasgo de las actividades del empleador—, cooperativas, fundaciones, sindicatos de trabajadores, etc. Pero, tampoco toda empresa es un empleador porque aquella puede no tener trabajadores por cuenta ajena en relación de dependencia o subordinación.

Finalmente, no todo empleador es una persona jurídica. Ejemplos de lo expuesto lo constituyen una persona natural, una sociedad conyugal o una asociación de hecho que contratan trabajadores. Asimismo, no toda persona jurídica es un empleador; al igual que el caso de las empresas, puede existir una persona jurídica que no tenga trabajadores —como puede suceder en una asociación civil—.

De lo expuesto, podemos colegir que el calificativo de empleador (de origen francés, según coincide la mayor parte de la doctrina) es el término del Derecho Laboral que, propiamente, corresponde a todo aquel que recibe la prestación de servicios de un trabajador.

A su vez, la calificación de empleador puede ser conferida a cualquier persona —natural, jurídica o de hecho— que requiera los servicios de un trabajador. No hay, pues, límites, exclusiones ni requisitos para tener la condición de empleador.

1.2. LA FIGURA DEL EMPLEADOR EN EL ORDENAMIENTO Y JURISPRUDENCIA PERUANAS

Las normas peruanas siguen los criterios descritos en el numeral 1.1. precedente, al considerar la calidad de trabajador en función a los servicios que este presta sin analizar la condición de los empleadores. En efecto, el artículo 4 —ubicado en el Título denominado «Del Contrato de Trabajo»— del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, hoy Ley de Productividad y Competitividad Empresarial —en adelante LPCL—, precisa que «en toda prestación de servicios remunerados y subordinados, se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo». A continuación, el siguiente artículo anota que «Los servicios para ser de naturaleza laboral deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural».

⁹ El Tribunal Constitucional ha señalado que (Expediente N.º 0018-2003-AI/TC) «que la expresión 'empresa' alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo».

De esta forma, el contrato de trabajo se configura como tal sin que exista necesidad de analizar la figura del empleador. La LPCL precisa que la existencia de una prestación de servicios subordinados y remunerados por una persona natural constituye un contrato de trabajo. La calidad de empleador la puede tener una empresa, una asociación civil, una sucesión, una cooperativa de trabajadores, etc.

La única alusión a las facultades del empleador, de manera expresa, se ubica en el Título referido al contrato de trabajo —artículo 9 de la LPCL—. La mencionada disposición anota que «Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente [...]».

La LPCL indica, como sujeto del contrato de trabajo, al empleador. Nótese que no interesa el estudio de la naturaleza del empleador ni se emplea el término empresa o persona jurídica —solo se detallan las facultades que este tiene en la relación laboral—.

En nuestro ordenamiento existen otras normas que también se refieren al empleador como sujeto de la relación laboral. Ejemplos de lo expuesto lo constituyen el Decreto Supremo N°. 001-98-TR de 20 de enero de 1998 —dispositivo que señalaba la obligación de llevar libros de planillas a los empleadores—; el Decreto Legislativo N°. 713 de 8 de noviembre de 1991 —norma que regula los descansos físicos remunerados—; y el Decreto Supremo N°. 010-73-TR de 26 de julio de 1973 —reglamento que trata sobre los fondos sociales de los artistas y que señala que empleador es toda persona (con o sin personalidad jurídica) que contrate con un artista—.

Analicemos ahora la jurisprudencia laboral. La jurisprudencia laboral peruana no tiene un concepto rígido sobre la noción de empleador: la figura del empleador es determinada por la «recepción» de los servicios de un trabajador y, además, utiliza el criterio de unidad o vinculación económica en los casos de servicios prestados a varios empleadores.

Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia recaída en el Expediente N°. 1518-81 de 28 de octubre de 1981, emitida por el ex Tribunal de Trabajo de Lima¹⁰, que señaló que «la calidad de empleador no solo corresponde a las personas naturales o jurídicas que persiguen un fin económico sino a las que ejercen cualquier actividad lícita; de tal manera que, habiendo existido de parte de la demandada una prestación de servicios remunerados de la actora, nacen las obligaciones puntualizadas en la legislación laboral común».

¹⁰ *Revista Actualidad Laboral*. Lima, mayo de 1982, p. 42.

Por otro lado, la jurisprudencia ha resuelto varios casos en los que una persona —que formalmente no era una empresa— contrató a varios trabajadores para que, indistintamente, presten servicios en favor de ella y de otras personas. En estos casos, los jueces laborales consideraron que, en virtud del criterio de vinculación económica, todas las personas para quienes los trabajadores prestaron servicios, son empleadores y, por tanto, deudores de las acreencias de estos trabajadores¹¹.

1.3. MARCO GENERAL DE LOS EMPLEADORES IDEOLÓGICOS

Las organizaciones de tendencia o empleadores ideológicos son entidades que se caracterizan por tener un ideario que es el contenido esencial de tales organizaciones y que buscan el sostenimiento y difusión de la ideología en la sociedad. Naturalmente, estamos ante una comunión de intereses que supera cualquier marco ideológico individual: nos encontramos ante una ideología colectiva o institucionalizada que encuentra sustento en la libertad ideológica constitucional.

En estos casos, la «actividad productiva» y consecuente organización están supeditadas al «contenido axiológico del ideario» a tal punto que, inclusive si se apreciara un ánimo de lucro este quedaría desplazado a un segundo plano dado que lo relevante y distintivo en estas organizaciones es la ideología¹². Lo expresado, además, importa el reconocimiento del Estado de una manifestación interna que se concreta en una garantía de inmunidad respecto del ejercicio ideológico de tal forma que no puede existir autorizaciones o limitaciones y, de otro lado, un reconocimiento en sentido positivo de la dimensión externa que supone en la manifestación pública del ideario así como realizar labores de proselitismo libremente¹³. Como veremos más adelante, se trata, más que de la concreción del derecho fundamental a la libertad de empresa, de la manifestación de libertades ideológicas, religiosas, políticas, etc. y que se instrumentaliza en una determinada organización:

Este tipo de empresa va más allá de ser un simple producto de la libertad de empresa, son la expresión, o mejor, una vía de ejercicio de derechos constitucionales fundamentales, como la libertad ideológica, el pluralismo político, la libertad de religión, la libertad sindical y también la libertad de expresión. En definitiva, la empresa de tendencia es la expresión de una determinada

¹¹ Un estudio sobre el tema puede encontrarse en SUMAR GILT, Paul. «Grupos de empresas y derechos laborales». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, agosto de 1993, p. 13.

¹² CASTILLO, Luis. *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 420.

¹³ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis. «Las libertades de la conciencia en el ordenamiento español». En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* N.º. 2/23. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2003, p. 148.

concepción ideológica, siendo un instrumento mediático para actuar en un determinado marco social para intentar influir sobre el mismo, naturalmente en la dirección marcada por dicha ideología política, sindical o religiosa¹⁴.

Entonces la ideología debe ser el eje central de la organización de tendencia, la visión y misión del centro laboral debe tener el contenido axiológico relacionado con el ideario, a tal punto que lo esencial es el fortalecimiento y difusión ideológica. Así, si un empresario decide fabricar objetos religiosos y quisiera que el personal se adhiriera a la ideología que profesa, no nos encontramos ante una entidad ideológica. En otras palabras, una entidad ideológica tiene un ideario que lo constituye y sostiene y la ideología es lo central y esencial, puesto que en función de la misma existe¹⁵, a tal punto que lo relevante es que se verifique una manifestación o expresión externa de la ideología del empleador¹⁶ más que la existencia de una ideología determinada —que puede ser o no difundida públicamente—.

Las organizaciones de tendencia, además, están impregnadas de su calificación de empleador y ello implica la generación de una serie de relaciones entre el personal de estas entidades y la ideología del centro de trabajo ideológico, de tal forma que las relaciones que se aprecian tienen una sujeción más intensa del trabajador típico de tendencia al contenido ideológico que la usualmente observada en la generalidad de las empresas. En estos casos, el ejercicio «del poder empresarial organizacional no se presumirá “a priori” arbitrario o contrario a derecho si está funcionalizado a la consecución de un fin, como es el de la mejor adaptación de los recursos humanos a las necesidades de la empresa y, consiguientemente a la permanencia futura de esta»¹⁷.

Ahora bien, el alcance del contenido ideológico dependerá del marco constitucional y social de cada realidad jurídica, social y cultural, de tal manera que es posible que una concepción ideológica pueda ser aceptada en un sistema y rechazada en otra, aun cuando se trate de sociedades abiertas y democráticas. Así, por ejemplo, una clínica abortista, configurada así como empresa de tendencia

¹⁴ GORELLI, Hernández. «Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (en torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de julio)». En: *Revista Actualidad Laboral* N.º. 6. Febrero de 1997. Ed. La Ley. Madrid, 1997, p. 111.

¹⁵ OTADUY, Jorge. *La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados*. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1985, pp. 188–9.

¹⁶ CASTILLO, Luis. Op. Cit., p. 426.

¹⁷ LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999, p. 100.

en cuanto dedicada únicamente a la interrupción del embarazo¹⁸, representa una concepción válida en una determinada sociedad, pero que puede ser rechazada por otras que más bien proscriben este tipo de conductas.

Además de lo dicho, las organizaciones de tendencia deben cumplir con los requisitos legales previstos en cada ordenamiento para su funcionamiento. No es posible, por ende que, sobre la exclusiva base de la libertad de empresa así como el ejercicio de derechos fundamentales, se pueda constituir una organización de tendencia, tal como ha recordado el TC (Expediente N° 1972-2007-AA/TC):

La libertad de empresa en cambio es el ejercicio de actividades múltiples que por derecho le corresponde a toda persona natural o jurídica, pero sometida a determinados requisitos, impuestos por ley en forma tal que cualquier empresa cuando desea desempeñar alguna actividad empresarial debe de cumplir con los requisitos exigidos legalmente en razones de interés social lo que no constituye propiamente delimitación de derechos sino mas bien condicionamientos necesarios para que se ejercite dicho derecho sin posibilidades de agraviar a los eventuales destinatarios de los servicios que tal ejercicio ofrece¹⁹.

Conjuntamente con las entidades de contenido ideológico —como una iglesia o sindicato—, se deben considerar aquellas otras entidades de segundo nivel o ejecutoras del ideario de la entidad, o que fortalecen su presencia en un determinado entorno o que son su sostenimiento. Nos referimos a una clínica o posta médica, un colegio, una dependencia de asistencia legal, etc. que son sostenidas, por ejemplo, por una iglesia o congregación religiosa, y que comparten la misma identificación ideológica. Se debe apreciar, naturalmente, más que una relación de cooperación o coordinación entre las organizaciones²⁰, una

¹⁸ SEGALÉS, Jaime. *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 217. Sobre este tema, en nuestro país, puede verse AA.VV. *La cláusula de conciencia* (Fabiola Morales: compiladora). Fondo Editorial del Congreso. Lima, 2003, y AA.VV. *Hacia la cláusula de conciencia en el Perú*. (Rosa Zeta: compiladora). Universidad de Piura. Piura, 2002.

¹⁹ En la misma línea, el TC ha indicado que la libertad de empresa no solamente contempla como límite que no debe ser lesiva a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas (artículo 59 de la Constitución) pues «estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, y que se convierte en un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres» (Expediente N°. 3330-2004-AA/TC).

²⁰ Estudios interesantes sobre los diferentes niveles de organizaciones empresariales e ínter empresariales pueden verse en AA.VV. *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas* (María Fernández López: Coordinadora). Ed. Trotta. Madrid, 2004; AA.VV. *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. (Juan García: Coordinador). MTAS. Pamplona, 1996; y, DESDENTADO, Elena. *La personificación del empresario laboral*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2006.

de jerarquía o vinculación tal que estas entidades ejecutoras son una extensión o una ampliación de las organizaciones ideológicas.

En los casos de estas organizaciones de segundo nivel, hasta puede existir un interés o un ánimo de lucro, pero se trata de organizaciones «portadoras y defensoras de una determinada carga ideológica», «organizaciones-soporte ideológico» u «organizaciones institucionalmente expresivas de una ideología», o «destinadas directa y predominantemente a la pública difusión de una cierta ideología»; no basta, por tanto, que tuviesen «un matiz en alguna medida ideológico»²¹; son una suerte de sucursales o filiales de la organización principal ideológica. Por el contrario, si nos encontramos ante entidades que son extensiones de las organizaciones de tendencia, pero que tienen solo fines económicos o no vinculados al ideario, no deberían ser consideradas como organizaciones de tendencia ni, como apunta GORELLI, analizando las finalidades y objetivos de la organización²², así como la forma como se expresan públicamente.

Ahora, resulta conteniente necesario apreciar algunas características de las organizaciones de tendencia que serán descritas en los siguientes puntos²³.

1.4. LOS EMPLEADORES IDEOLÓGICOS: ALCANCES DE LA FIGURA

Los empleadores ideológicos o de tendencia tienen su nacimiento doctrinario en Alemania. A través de la expresión «tendenzbetrieb» alemana, a inicios de la década de los 70', la doctrina y la legislación alemanas comenzaron a referirse a los supuestos donde, en determinados centros de trabajo, resultaba razonable el límite de ciertos derechos de los trabajadores en la medida en que tales centros contaban con objetivos netamente ideológicos —comunidades religiosas, partidos políticos, entidades educativas, etc.—.

²¹ CASTILLO, Luis. Op. Cit., pp. 432-33.

²² Siguiendo a GORELLI tenemos que «Si la empresa está destinada a la difusión de la ideología del titular, no habría duda de que se trata también de una empresa ideológica: un ejemplo muy claro sería un colegio profesional, dependiente de una Orden religiosa, cuyo objetivo fuese la educación dentro de un determinado marco ideológico. Por el contrario, si se trata de una empresa puramente instrumental, cuya finalidad sea la de generar medios económicos que ayuden a la empresa ideológica, habría que concluir que se trata simplemente de una expresión del derecho de libertad de empresa, pero no es una empresa de carácter ideológico, pues su objetivo es puramente económico y no la difusión de un ideario político, sindical o religioso». GORELLI, Juan. Op. Cit., p. 114.

²³ En torno a los empleadores ideológicos o de tendencia, estudios completos pueden verse en GIMENO, Blat. *Relaciones laborales en las empresas ideológicas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1995; y, CALVO GALLEGOS, Francisco Javier. *Contrato de trabajo y libertad ideológica*. Consejo Económico y Social. Madrid, 1994.

De las definiciones que se han vertido sobre los empleadores ideológicos, podemos destacar la de GIMENO²⁴. Este autor anota que estamos ante un empleador ideológico cuando nos encontremos ante cualquier «organización que sea instrumento o vehículo de la libertad de manifestación del pensamiento de un mínimo de personas agrupadas en torno a unos objetivos a conseguir».

De la definición citada, podemos inferir que los empleadores ideológicos o de tendencia se caracterizan por una plena identificación entre las convicciones, creencias, opiniones, pensamientos, apariencia física, etc. de las personas —como hemos visto, empleadores persona natural o jurídica— que se comportan como empleadores y las actividades del propio centro de trabajo. Prácticamente, la ideología es el fundamento y la razón de ser de las actividades del empleador; y ello genera que hasta la estructura y la organización del centro ideológico se diseñen sobre el ideario del empleador ideológico²⁵. El centro de trabajo se convierte, de esta forma, en un instrumento o una expresión del empleador de una determinada orientación ideológica, fruto de la libertad genérica de empresa que, a su vez, dependería, en última instancia, del derecho de propiedad, la libertad de empresa y el derecho a la asociación.

Así, en estos centros de trabajo, al existir una «fuerte o plena carga ideológica» en su origen, se aprecian modulaciones y límites el ejercicio de las libertades y derechos de los trabajadores que prestan servicios para tales empleadores y dicha carga se manifieste públicamente, sea apreciable con facilidad²⁶, en tanto que se trata de la fase externa de la libertad ideológica²⁷. No estamos, por consiguiente,

²⁴ GIMENO, Blat. Op. Cit. P, 70. Además, entre otros, pueden verse APARICIO, Joaquín. «Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador». En: *Autoridad y democracia en la empresa*. APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Antonio. Ed. Trotta. Madrid, 1992, p. 77 y ss. y, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; CRUZ VILLALON, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda. *Derecho del Trabajo I*. Vol. II. Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Laboral de la Universidad de Sevilla, pp. 189-90.

²⁵ Siguiendo a APARICIO, «estas organizaciones quizá tengan como rasgo más específico el ser creadoras o sustentadores de una determinada ideología y en función de la misma existen, hasta el punto de que ideología y estructura interna tienen una estrecha relación, tan estrecha que la propia estructura organizativa no es sino una forma de manifestación de la ideología». APARICIO, Joaquín. «Relación de Trabajo y Libertad de Pensamiento en las Empresas Ideológicas». En: AA-VV. *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacon y del Peso y Calvo*. UCM. Madrid, 1980, p.293.

²⁶ Al respecto, GORELLI destaca que «Esta finalidad sede ser públicamente reconocida; es decir, que no se trata de un criterio subjetivo en el sentido de que la empresa entienda que defiende una ideología, sino que debe ser un hecho externamente constatable, o lo que es igual, que debe aparecer al exterior como defensora de una concreta ideología». GORELLI, Juan. Op. Cit., p. 113.

²⁷ Sobre las dos dimensiones de la libertad ideológica, se ha señalado que «La esfera interna estaría formada por el derecho de cada persona a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida, entendido este derecho como uno de los valores fundamentales reconocidos a nivel constitucional. Esta dimensión se identifica con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con la libertad de

ante cualquier centro de trabajo —dado que, finalmente, todo empleador tendría, cuando menos, una mínima carga ideológica en la figura del empleador— pues los empleadores ideológicos son creadores o sustentadores de una determinada ideología y en función a ella subsisten²⁸.

Lo usual será que esta libertad ideológica que sustenta al empleador sea ejercida a favor del interés de la organización, de modo tal que los poderes empresariales se ejercen generalmente ante todo el colectivo laboral, ante todos los trabajadores²⁹, aunque, ciertamente, no puede descartarse que se ejerza también ante ciertos trabajadores (por ejemplo, una objeción de conciencia opuesta por un profesor de religión en un colegio religioso). Como hemos advertido, la libertad de organización es la relevante para respaldar la creación y funcionamiento de un empleador ideológico. En este sentido, prácticamente, la ideología misma del empleador ingresa dentro del objeto del contrato³⁰ a tal punto que se podría restringir o limitar las libertades inespecíficas de los trabajadores. En el siguiente cuadro, resumimos lo que hemos venido exponiendo hasta este momento.

Empleadores ideológicos

Elementos determinantes	Características
Ideología como «objeto social»	Ánimo de lucro irrelevante
Sostenimiento y difusión pública de un ideario	La organización + estructura adecuadas al ideario
Ejercicio de un derecho fundamental: religión, opinión, educación, etc. + libertad de empresa, propiedad y organización	Adecuación o alineamiento ideológico de categorías de trabajadores

ideas y con la libertad de creencias, y supone la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. La dimensión externa, por su parte, ha de verse desde la perspectiva de la razón de ser del derecho fundamental, que se traduce en el diseño de un sistema de protección que se concreta en la existencia de una espera de libertad, necesaria para que cada idea u opinión trascienda libremente al exterior». PAZ, Sebastián. «Libertad Sindical y Libertad Ideológica». En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* Vol III. Ed. Aranzadi, Navarra 1999, p. 2747.

²⁸ ROJAS RIVERO, Gloria. *La libertad de expresión del trabajador*. Ed. Trotta. Madrid, 1991, p. 191.

²⁹ RIVERO LAMAS, Juan. Op. Cit., p. 984.

³⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. «Libertad ideológica y prestación de servicios». En: *Revista Relaciones Laborales* N.º. 7/1985, pp. 70-5.

2. Las organizaciones de tendencia: concreción de derechos fundamentales

2.1. LOS COMUNITARISTAS Y LOS EMPLEADORES IDEOLÓGICOS

Desde cierta perspectiva, los empleadores de tendencia pueden ser una expresión de los derechos de la minoría. Habrá que analizar cada empleador ideológico para determinar si la ideología que fundamenta al centro de trabajo es o no minoritaria o si, dentro de la propia organización de tendencia, se aprecian manifestaciones minoritarias y contradictorias al ideario de tal organización. Un claro ejemplo de empleador ideológico sería una comunidad o congregación religiosa minoritaria en un determinado Estado. En este sentido, una corriente ideológica que ha abordado este tema son los comunitaristas.

Grosso modo, los comunitaristas ostentan la tesis «de lo particular» y reconocen todas las orientaciones ideológicas, destacando el derecho de las minorías. Ahora bien, primero interesa, para efectos del trabajo, anotar el elemento de pertenencia. La comunidad de personas que se unen en torno a un determinado ideal enunciando la idea de pertenencia sería, según WALZER³¹ y en términos laborales, un empleador ideológico en la medida en que todo el centro de trabajo funciona en torno a un ideal y los trabajadores de tendencia deberían adherirse o, en todo caso, no oponerse a los ideales que rigen en el centro de trabajo y que constituyen la base de la idea de pertenencia, según los criterios que expondremos en el siguiente capítulo.

Siguiendo a KYMLICKA, la tendencia «tradicional» ha sido considerar que la teoría y dogmática de los derechos humanos es suficiente, mediante la consagración de derechos universales, inalienables y absolutos, para proteger el derecho de las minorías. Empero, como apunta este autor³², los derechos humanos no habrían sido el instrumento que permita una adecuada protección a los derechos de las minorías: no sería suficiente consagrar los derechos universales de igualdad, no discriminación, libertad de expresión, etc., es necesaria una teoría de los derechos de las minorías que suponga un activo papel del Estado en la creación de reglas que permitan «asegurar la voz de las minorías» por medio de activos mecanismos de representación política, políticas de discriminación inversa, etc. de tal manera que exista libertad e igualdad entre los grupos culturales e ideológicos.

Para el referido autor, el principio de igualdad y la actuación de la equidad deberían importar el ejercicio de ciertos derechos específicos de grupo. Por ejemplo,

³¹ WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. FCE. México, 1993, p. 75 y ss.

³² KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Ed. Paidós. Barcelona, 1996, pp. 16 y ss.

en el caso concreto de la relación laboral, anota que se debería conceder a todas las personas la posibilidad de elegir un número de días al año para dedicarlas a sus creencias religiosas³³. De este modo, si en nuestro país los feriados religiosos están en función a la práctica del catolicismo, KYMLICKA propondría que las personas no católicas elijan otros días para dedicarlas a su fe religiosa; en concreto, los musulmanes, judíos, testigos de Jehová, etc. tendrían la posibilidad de no laborar los días feriados de acuerdo a su calendario religioso.

En este sentido, el citado autor auspiciaría el descanso en días religiosos de los empleadores ideológicos que tienen un marcado ideario religioso. Aunque, como vimos, no necesariamente los empleadores ideológicos son expresión de las minorías, puede existir un empleador ideológico católico —que, en nuestro país es la religión mayoritaria— o sintoísta —que, en el Perú sí sería minoría—. En rigor, para efectos de analizar la teoría de KYMLICKA a nuestro trabajo, el supuesto sería el de un empleador ideológico que tiene trabajadores que no suscriben la orientación ideológica de su empleador.

Sin perjuicio de lo expresado, creemos que la propuesta de KYMLICKA es extrema por las connotaciones sociales y los efectos que produciría tanto en el seno del empleador ideológico como en toda la organización productiva. Si, por ejemplo, una norma estatal señalara que los trabajadores descansan los días de festividad de la religión mayoritaria del país, los trabajadores de una religión minoritaria deberían trabajar los días de festividad religiosa de la mayoría y descansar los días de festividad de acuerdo a sus creencias religiosas; en esta línea, una oficina tendría que «abrir» sus puertas para que sus trabajadores no católicos trabajen en la Semana Santa cristiana.

Al respecto, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Braunfeld contra Brown* (1961), declaró que era válida una ley estatal que ordenaba el cierre de centros de trabajo los domingos y ello no transgredía la libertad de culto en la medida en que no impedía discriminaciones abominables entre diferentes religiones³⁴. Sin perjuicio de ello, hay que tener en consideración que la actual jurisprudencia norteamericana, atendiendo a la férrea defensa que ejerce sobre la libertad religiosa, exige una acomodación razonable del empleador a la religión del trabajador de tal forma que su prestación de servicios se efectúe en armonía con sus obligaciones religiosas³⁵.

³³ KYMLICKA, Will. Op. Cit., pp. 162-3.

³⁴ WITT, Elder. Op. Cit., p. 126.

³⁵ BILBAO UBILLOS, Juan. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. BOE. Madrid, 1997, pp. 711 y ss.

En contrario criterio, el Tribunal Constitucional Español (Sentencia 19/1985) declaró que un empleador no estaba obligado a otorgar permiso a un trabajador que, por su religión, debía guardar culto determinados días laborables³⁶. La referida sentencia indicó lo siguiente sobre el descanso dominical (FFJJ, 3 y 4):

Tal día es el que por mandato religioso y por tradición ha de ser acogido por estos pueblos; esto no puede llevar a la creencia de que se trata del mantenimiento de una institución con origen causal único religioso, pues aunque la cuestión se haya debatido [...] es inequívoco [...] que el descanso dominical es una institución laboral y secular, que si comprende el domingo como regla general de descanso, es porque ese día de la semana es el consagrado por la tradición.

Así, parecería claro que, en el supuesto comentado, las libertades de los trabajadores se verían «absolutamente sacrificadas»³⁷, pues estos no tendrían el derecho para descansar los días que les imponen sus creencias religiosas. Aquí, entonces, predominaría la libertad de organización del empleador. A lo más, se podría exigir un intento del empleador de «acomodar» la prestación laboral al descanso no ordinario del trabajador por su religión particular dado que «tiene que cooperar para acomodar, en la medida de lo posible y sin que ello perjudique a la empresa, el ejercicio legítimo de sus derechos, en particular de los derechos fundamentales que forman parte de él como persona y ciudadano»³⁸. Finalmente, como anota el propio KYMLICKA en una obra posterior, siempre deben existir conexiones entre el pluralismo cultural y el individuo, el marco cultural y el Estado³⁹.

2.2. EMPLEADORES IDEOLÓGICOS:

MANIFESTACIÓN DEL PLURALISMO DEMOCRÁTICO

Los empleadores ideológicos son una manifestación del carácter democrático y plural del Estado. En efecto, por medio de los empleadores ideológicos se garantiza la existencia de ideales políticos, religiosos, laborales, sociales, etc. que pueden ser ejercidas individual y colectivamente. Para el caso que nos ocupa, este ejercicio sería colectivo.

³⁶ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas. Madrid, 1986, p. 115 y ss.

³⁷ CASTRO JOVER, ANTONIO. «Libertad religiosa y descanso semanal». En: *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, Vol. VI, Edersa. Madrid, 1990, pp. 300 y ss. En el Capítulo III nos referiremos al criterio de los tribunales peruanos sobre esta materia.

³⁸ CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 734.

³⁹ KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Ariel, Barcelona, 1990, p. 257.

Si bien no encontramos —en el ámbito constitucional— una expresa mención al carácter plural del Estado, la sola configuración de un Estado social y democrático (artículo 43 de la Constitución), el reconocimiento del derecho de asociación sin autorización previa (artículo 2.13), así como la participación —individual o asociada— en la vida social, cultural, económica y política del país (artículo 2.17), el propio reconocimiento de los derechos en los cuales se sustenta un empleador ideológico como fundamentales (libertades religiosa, política, periodística, etc.) y el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y de promover el bienestar general (artículo 44)⁴⁰, permiten inferir la existencia de un Estado plural que promueve la formación, sostenimiento y actividades proselitista en forma colectiva, y es una de las manifestaciones de ella: las organizaciones de tendencia o los empleadores ideológicos. En este sentido, se puede indicar que estamos ante entidades cuyo objeto social «consiste en ofrecer al público un producto caracterizado ideológicamente»⁴¹, de tal manera que si se ejerce «eficazmente» tal objeto social en su «defensa están comprometidos constitucionalmente los poderes públicos»⁴².

De lo expresado, para efectos de este punto de este trabajo, interesa resaltar que las organizaciones de tendencia son expresión de la democracia de un país, en tanto que, especialmente, importa el reconocimiento de diferentes —y hasta opuestas— opciones ideológicas de las personas a través de organizaciones o entidades de soporte, así como la participación de estas personas en la vida económica, social, cultural del país. En esta línea, se ha dicho que «la finalidad de estas organizaciones, tendentes a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del país, supera el ámbito del interés particular del trabajador individual para convertirse ella misma en expresión de una libertad, compartida por varios ciudadanos, fundamental, protegible en igual medida, al menos, que la libertad individual del trabajador»⁴³.

⁴⁰ Estudios profundos sobre estas disposiciones, y en general todo el articulado de la Constitución de 1993 pueden encontrarse en AA.VV. *La Constitución Comentada* (Walter Gutiérrez: Director). Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2005 (2 tomos) y; RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999 (seis tomos).

⁴¹ SEGALÉS, Jaime. *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 373.

⁴² APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Grau. *Autoridad y democracia de la empresa*. Ed. Trotta. Madrid, 1992, p.12.

⁴³ OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 281. En la misma línea, FERNÁNDEZ y CALVO destacan la importancia de las organizaciones de tendencia: «El primero, por su carácter de manifestación del pluralismo político, sindical, religioso y, en sentido amplio, ideológico de toda sociedad; en segundo lugar, por su naturaleza de cauce o instrumento a través del cual se exteriorizan, ejercitan y manifiestan derechos fundamentales individuales y colectivos de protección constitucional, lo

Así las cosas, la tendencia o ideología de las organizaciones de tendencia presenta una doble vertiente. En primer lugar, precisa para su existencia del pluralismo. Las diferentes tendencias surgen en el seno de una realidad social garante de la libertad y se concretan a través de formaciones sociales llamadas «intermedias» (organizaciones religiosas, partidos políticos, centros de investigación o discusión, etc.), para designar el espacio que ocupan entre el individuo y el Estado. Sin embargo, una vez formalizada, el ideario de la organización exige para la consecución de su finalidad una cierta dosis de unitarismo: la homogeneidad ideológica interna resulta por tanto condición para el desarrollo y difusión del ideario⁴⁴.

Finalmente, no existe una regulación especial sobre las organizaciones de tendencia en nuestro país. En la legislación comparada tampoco se aprecia una profusa regulación sobre tales empleadores, tanto en el ámbito de normas fundamentales como en el ámbito legislativo. De los estudios que hemos realizado, probablemente Alemania sea el país donde existe una regulación expresa sobre el tema, un rico tratamiento jurisprudencial y un tratamiento doctrinal⁴⁵. Así, en Alemania, tanto la *Betriebsverfassungsgesetze* (BetrVG) de 1952 y como la Ley de Constitución de la Empresa y del *Mitebestimmungsgesetz* (MbG) han tratado sobre los empleadores ideológicos, distinguiendo a las comunidades religiosas y sus dependencias caritativas y educativas que tienen plena protección, y los demás empleadores ideológicos que tienen fines políticos, sindicales, artísticos, educativos, científicos, etc.

Por otro lado, tanto en Italia, Francia, Estados Unidos como en España se puede apreciar un tratamiento especialmente doctrinal y jurisprudencial sobre los empleadores ideológicos, pero sin que se aprecie una normatividad especial que verse sobre las relaciones laborales en este tipo de empleadores.

que en ocasiones convierte a algunas de ellas en el epicentro de sistemas normativos o auténticos ordenamientos autónomos o independientes del Estado; y, en tercer lugar, y lo fundamental, porque las mismas sirven de soporte para una actividad dirigida directa y predominantemente a la difusión de un determinado sistemas de valores, creencias e ideas». FERNÁNDEZ, María y CALVO, Javier. «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones religiosas». En: *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Núm. 59. 2001, p. 128.

⁴⁴ OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 183.

⁴⁵ Al respecto, puede verse CALVO GALLEGOS, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 35 y ss.; GIMENO, Blat. Op. Cit., pp. 32 y ss.; y, DAUBLER, Wolfgang. *Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1994.

2.3. LAS ORGANIZACIONES DE TENDENCIA Y EL MARCO CONSTITUCIONAL

El empleador ideológico representa la concreción específica del ejercicio de derechos fundamentales de las personas que integran la organización, que tienen que ver con una determinada postura ideológica del empleador. En efecto, en la medida en que los empleadores que estamos analizando tienen como eje central el contenido ideológico, puede inferirse que el referido ideario se sustenta en el ejercicio de un derecho fundamental de las personas jurídicas así como las personas naturales que integran dicho empleador, usualmente sustentado —o vinculado— a la libertad ideológica.

Si bien en la Constitución de 1993 no se reitera la referencia de la Constitución de 1979 sobre la atribución de derechos fundamentales a favor de las personas jurídicas, consideramos que resulta posible que las personas jurídicas puedan ejercer ciertos derechos fundamentales en función a sus características particulares, de modo tal que los derechos fundamentales no están reservados para las personas naturales exclusivamente.

Naturalmente, quedan reservados determinados derechos que son inherentes a la persona física —como el derecho a la vida o la integridad física— pero, en primer lugar, los derechos que fluyen como consecuencia de la libertad de asociación, de la libre empresa y la propiedad deben ser reconocidos⁴⁶. Así, el TC ha destacado la procedencia de derechos fundamentales de las personas jurídicas (Exp. N°. 4972-2006-PA/TC)⁴⁷:

En la lógica de que toda persona jurídica tiene o retiene para sí un conjunto de derechos, encuentra un primer fundamento la posibilidad de que aquellos de carácter fundamental les resulten aplicables. En el plano constitucional, por otra parte, existen a juicio de este Colegiado dos criterios esenciales que permiten justificar dicha premisa: a) La necesidad de garantizar el antes citado derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación, y b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un

⁴⁶ En esta línea, GARCÍA destaca que «si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se le reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de estos fines». GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Universidad de Murcia. Murcia, 2003, p.169.

⁴⁷ Un análisis de esta sentencia puede verse en LEÓN, Jorge. «Notas sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas». En: *Diálogo con la jurisprudencia* N°. 110. Ed. Gaceta Jurídica N°. 110. Lima 2007, pp. 41 y ss.

derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas.

En esta misma línea, el TC ha reconocido los derechos fundamentales de las personas que integran una entidad (STC 007-2006-PI, Caso «Calle de las Pizzas») al destacar que: «[...] la restricción constituye una intervención o limitación de la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales de la zona restringida (los miembros de la asociación demandante) [...]».

La base del sustento de las organizaciones de tendencia no solo es la libertad de empresa o el derecho de propiedad reconocidos en la Constitución —como sucede en la generalidad de las empresas— sino también el ejercicio individual y asociado (colectivo) de las libertades recogidas en la Constitución como la religión, opinión, expresión, conciencia, información, etc. (Art. 2), esto es, las organizaciones de tendencia son la expresión del ejercicio de derechos fundamentales de las personas que la sostienen (fundadores, asociados, afiliados, dirigentes e integrantes en general).

En estos casos, no solamente se trata del ejercicio de la libertad de empresa, al igual que el derecho de propiedad⁴⁸ o el derecho de asociación, es decir, de derechos fundamentales atribuibles a una persona jurídica⁴⁹, sino que, también

⁴⁸ PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid, 1992, p. 421.

⁴⁹ El TC ha establecido una lista ejemplificativa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas (Exp. N°. 4972-2006-PA/TC):

- «a) El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63)
- b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4)
- c) El derecho de acceso a la información pública (Artículo 2, inciso 5)
- El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (Artículo 2, inciso 5, párrafo segundo)
- El derecho a la autodeterminación informativa (Artículo 2, inciso 6)
- El derecho a la buena reputación (Artículo 2, inciso 7)
- La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (Artículo 2, inciso 8)
- La inviolabilidad de domicilio (Artículo 2, inciso 9)
- El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Artículo 2, inciso 10)
- La libertad de residencia (Artículo 2, inciso 11)
- El derecho de reunión (Artículo 2, inciso 12)
- El derecho de asociación (Artículo 2, inciso 13)
- La libertad de contratación (Artículo 2, inciso 14)
- La libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59)
- El derecho de propiedad (Artículo 2, inciso 16)
- El derecho a la participación en la vida de la nación (Artículo 2, inciso 17)
- El derecho de petición (Artículo 2, inciso 20)
- El derecho a la nacionalidad (Artículo 2, inciso 21)
- El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (Artículo 19)
- La libertad de iniciativa privada (Artículo 58)

nos encontramos ante el ejercicio colectivo de derechos fundamentales: se trata, más bien de derechos inespecíficos —en oposición a los derechos clásicos o específicos como la libertad de empresa o propiedad y parafraseando la terminología española sobre derechos fundamentales de los trabajadores— de las personas que forman parte de organización de tendencia que sustentan y sostienen la práctica ideológica.

Visto así, el conflicto de derechos fundamentales entre el trabajador y la organización de tendencia surge entre el derecho de propiedad, asociación o la libertad de empresa (derechos de la persona jurídica) y la libertad de pensamiento individual y la libertad de pensamiento que podemos llamar institucional o colectiva⁵⁰ (léase los derechos fundamentales de las personas naturales que integran la organización de tendencia) con los derechos fundamentales de los trabajadores que laboran en un centro ideológico laboral. Entonces, el «enfoque de los derechos fundamentales» de las organizaciones no debe ser solamente económicos o propios de una persona jurídica, sino que debe considerarse aquellos los que «pertenecen a la persona del empleador» —léase las personas que son propietarias o afiliadas a la organización de tendencia— o aquellos que se ejercen en forma colectiva dado que «es obvio que debe exigirse igualdad de tratamiento en función de esa circunstancia»⁵¹.

En este sentido, cuando estamos ante una empresa periodística que opta por una determinada tendencia política, las actividades y el contenido ideológico de esta empresa serán válidas en la medida en que se sustentan en el artículo 2.4 de la Constitución de 1993 que reconoce las libertades de opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante un medio de comunicación social, en este caso de las personas que integran la organización de tendencia. Del mismo modo, cuando una entidad religiosa se constituye como tal, estará dentro del plano de la libertad religiosa de las personas que integran esta entidad (artículo 2.3 de la Constitución). El sindicato de trabajadores que se organiza por los trabajadores encontrará sustento en el artículo 28.1 de la Constitución al igual que un partido político (artículos 2.17 y —especialmente— 35 de la Constitución), en ambos casos en relación con las personas que integran estas organizaciones de tendencia. Más todavía, cuando estamos ante entes colectivos, es usual que nos encontremos ante el ejercicio del derecho de asociación (artículo 2.13 de la Constitución) o la

La libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59)

La libre competencia (Artículo 61)

La prohibición de confiscatoriedad tributaria (Artículo 74)

El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Artículo 139°, inciso 3)».

⁵⁰ OTADUY, Jorge. *Op. Cit.*, p. 183.

⁵¹ RODRÍGUEZ, Jorge. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Ed. Astrea. Bs.As., 2004, p. 112.

libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución), dado que los empleadores ideológicos no excluyen una finalidad lucrativa —en tanto accesoria—.

Así las cosas, se puede indicar que las libertades de asociación y de empresa o el derecho de propiedad solamente constituyen instrumentos para el ejercicio de derechos fundamentales de las personas que son propietarias, promotoras, etc. de los empleadores ideológicos⁵²; si la finalidad económica predominara, no estaríamos ante empleadores ideológicos dado que los empleadores ideológicos buscan mantener y difundir sus convicciones ideológicas a través de diversos instrumentos. Para simplificar la exposición, a lo largo de este trabajo nos referiremos a los derechos fundamentales de una organización ideológica cuando, en estricto, debemos aludir a los derechos fundamentales de las personas que son propietarias, afiliadas o promotoras de tal organización.

Ciertamente, ni la Constitución ni las normas infraconstitucionales cuentan con referencias expresas sobre los empleadores ideológicos y los derechos fundamentales de los trabajadores. En esta línea, en nuestro ordenamiento jurídico, los empleadores ideológicos, empleando una terminología jurídica, son figuras atípicas o innominadas. Pese a ello, por las fórmulas genéricas constitucionales sobre las libertades de contratación, de asociación, religiosa, de opinión y expresión, de creación de empresa, etc., podemos señalar que existe la libertad para que los empleadores ideológicos tengan reconocimiento jurídico en nuestro ordenamiento.

El llamado pluralismo permite que el empleador tenga una marcada orientación ideológica. En última instancia, por este pluralismo, se construye una teoría para los empleadores ideológicos. Por lo demás, la Constitución reconoce expresamente las libertades sindical —para la creación de sindicatos—, política —para la formación de partidos políticos—, de enseñanza —para la constitución de centros educativos—, etc. que suponen el reconocimiento de una libertad de organización de los empleadores en torno a una determinada ideología.

Por otro lado, no existen disposiciones expresas —constitucionales y legales— sobre las libertades, derechos y limitaciones de los trabajadores de tendencia que prestan servicios para un empleador ideológico. En este sentido, a los trabajadores de tendencia se les aplica el régimen común pero con las peculiaridades que genera la prestación de servicios para un empleador ideológico. Como veremos, la prestación de servicios en un puesto de tendencia importaría una restricción

⁵² EL TC ha señalado en este sentido: «Por otra parte, porque quienes integran las personas jurídicas retienen para sí un interminable repertorio de derechos fundamentales nacidos de su propia condición de seres dignos, no siendo posible que dicho estatus, en esencia natural, se vea minimizado o, peor aún, desconocido, cuando se forma parte de una persona jurídica o moral» (Exp. N°. 4972-2006-PA/TC).

a las libertades de los trabajadores y una protección de la libertad empresarial y organizativa del empleador ideológico⁵³. El marco sobre el cual partiremos será, casi exclusivamente, de carácter constitucional, valorando los derechos constitucionales de los trabajadores y de los empleadores en juego.

En definitiva, el nivel en que se tratará en este trabajo a las organizaciones de tendencia se contrae en los derechos fundamentales, de tal forma que el consiguiente conflicto se producirá entre dos derechos fundamentales: los de la organización de tendencia (como personas jurídicas propiamente dicha y de los integrantes de la misma) y los del trabajador que labora en tal organización.

3. Derechos fundamentales en las organizaciones de tendencia

Al igual que cualquier centro de trabajo, el trabajador no supedita ni suspende la exigibilidad de sus derechos fundamentales al inicio, desarrollo, ejecución o extinción del contrato de trabajo, en tanto no contravenga con las operaciones esenciales de la empresa. Así las cosas, aun cuando la configuración constitucional de los derechos del empleador importa el reconocimiento de un «ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva», este hecho no permite un ejercicio irrestricto de las facultades de empleador inclusive en los casos de las organizaciones de tendencia dado que, antes que nada, nos encontramos ante derechos fundamentales⁵⁴.

Antes que trabajador, estamos ante una persona y esta condición no se pierde en una relación de sujeción propia del contrato de trabajo, de tal suerte que los derechos fundamentales se ejercen dentro de las relaciones laborales. En esta misma línea, más que el reconocimiento del artículo 23 de la Constitución sobre la vigencia de derechos fundamentales en el centro laboral⁵⁵, importa la sola condición de persona del trabajador. Inclusive, podría, ciertamente, no existir el artículo 23 en la Constitución, pero igualmente los trabajadores tendrían la posibilidad de invocar la vigencia y respeto de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales.

En esta línea, resulta útil citar al Tribunal Constitucional (TC), que ha resuelto lo siguiente sobre la natural comprensión de la expresión «persona» a un «trabajador» (Expediente N°. 0410-2002-AA/TC):

⁵³ ROJAS RIVERO, Gloria. Op. Cit., p. 184.

⁵⁴ PRADO, Javier. «El juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral (a propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional)». En: *Revista sobre temas laborales*. N°. 39. Sevilla, 1996, p. 64.

⁵⁵ Art. 23 de la Constitución de 1993: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

A estos efectos, el concepto «persona», en los términos que señala el inciso 2) del artículo 200.º de la Constitución, engloba a cualquier particular, independientemente de que a este se le haya encargado o no la prestación de un servicio público o que, respecto a este, el afectado se encuentre en una relación de subordinación. Los derechos constitucionales, como antes se ha dicho, deben respetarse en las relaciones entre particulares y, en caso de que se abuse de ellos o resulten vulnerados, las puertas del amparo están abiertas para que en esa sede se dispense la tutela correspondiente.

Como hemos visto, la adecuación supone un ejercicio de ponderación de derechos pues la regla debe ser la búsqueda del reconocimiento del derecho fundamental del trabajador y, en cada caso, apreciar y modular la adecuación del mismo en el centro de trabajo de tal forma que, como apunta LYON-CAEN, las adecuaciones sean las mínimas necesarias, las «estrictamente finalizadas y necesarias para el buen funcionamiento de la empresa»⁵⁶. Así, el TC ha afirmado que, pese a las facultades del empleador, debe velarse por la vigencia de los derechos de la persona del trabajador en el seno de la relación laboral (Expediente N.º.1058-2004-AA/TC)⁵⁷:

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce [...]. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

El razonamiento del TC descrito es aplicable a las organizaciones de tendencia. Consideramos que, en estos casos se debe aplicar las reglas relativas al conflicto de derechos fundamentales entre particulares, a tal punto que los intereses ideológicos del centro laboral deben tener la misma prevalencia que los intereses ideológicos del trabajador⁵⁸, aun cuando, tras el análisis de los intereses encontrados —a diferencia de lo que usualmente sucede con un empleador ordinario—, resulte que

⁵⁶ Cita recogida de DEL REY, Salvador. «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general». En: *Revista Relaciones Laborales* N.º. 01. Madrid, 1995, p. 207.

⁵⁷ La cita corresponde al despido declarado inconstitucional de un trabajador a quien le detectaron que enviaba correos electrónicos pornográficos desde el email de la empresa. En este caso, el Tribunal Constitucional indicó que se había accedido ilícitamente a los correos (sin conocimiento del trabajador) y lesionado la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (Artículo 2,10 de la Constitución).

⁵⁸ CASTILLO, Luis. Op. Cit., pp. 445-46.

debe aplicarse el ideario de la organización de tendencia, en tanto que tal medida «sea inevitable para salvaguardar la normal actividad ideológica de esos entes, garantizada constitucionalmente»⁵⁹, de tal manera que los derechos fundamentales de los trabajadores quedan desplazados frente al ideario del centro laboral por constituir, siguiendo a GHEZZI y ROMAGNOLI, «una verdadera incongruencia en caso de incompatibilidad con las respectivas orientaciones ideológicas»⁶⁰.

Naturalmente, existe una adecuación o «ejercicio de condicionamiento» del trabajador al ingresar a una estructura orgánica y funcional ideológica definida por el empleador en ejercicio de la libertad de empresa —y de las libertades ideológicas en el caso de una organización de tendencia— y en tanto que la prestación de servicios se ejecuta por cuenta ajena, «los derechos del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, mayores y más específicos si se trata de empresas ideológicas o de tendencia cuya función o fin social consiste en la transmisión de un ideario»⁶¹. Sobre estas organizaciones, inclusive se ha indicado que, a diferencia de otras formas comunes empresariales, lo usual son las limitaciones a los derechos fundamentales⁶².

En los casos de las organizaciones de tendencia, las limitaciones que puedan establecerse al ejercicio de las libertades individuales de los trabajadores «realza la vertiente colectiva» de estas mismas libertades «ya que es el derecho de la empresa a salvaguardar su ideología el interés que prevalece»⁶³. El conflicto se puede producir si el ideario del centro y los conocimientos o ideas del trabajador son divergentes. En realidad, se trata de un conflicto entre dos libertades que tienen un mismo fundamento: por ejemplo, la libertad de expresión del pensamiento, aunque situada en planos diferentes, uno el institucional y el otro, individual⁶⁴.

⁵⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. «Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo». En: AA.VV. *El trabajo y la Constitución* (Alfredo Montoya: Coordinador). Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea. MTAS. Madrid, 2003, p. 550.

⁶⁰ Citados por FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. CES. Sevilla, 2007, p.78

⁶¹ CASAS BAAMONDE, María. «Evolución constitucional y Derecho del Trabajo». En: AA.VV. *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales* (Abdón Pedrajas: Coordinador). Ed. Lex. Nova. Valladolid, 2000, p. 88.

⁶² SALA FRANCO destaca al respecto que «Estas limitaciones solo podrán producirse, de un lado, respecto de aquellas prestaciones de trabajo en estas empresas directa o inmediatamente conectadas con ese ideario que serán siempre excepcionales y, de otro lado, no jugarán con igual fuerza los intereses de estas empresas respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores en el momento de la selección que durante la relación laboral». SALA FRANCO, Tomás. «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral». En: AA.VV. «Trabajo y libertades públicas (Efrén Borrajo: Director)». Revista *La ley-Actualidad*. Madrid, 1999, p. 207.

⁶³ CONDE MARÍN, Emilia. Op. Cit., p. 375.

⁶⁴ MORENO, Gloria. Op. Cit., pp. 136-137.

De esta forma, estamos de acuerdo con lo indicado por RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ⁶⁵ sobre el conflicto de libertades en los empleadores ideológicos, en tanto que, en el seno del empleador ideológico, se produce un conflicto de libertades ideológicas: la individual de los trabajadores y la colectiva de la organización de tendencia⁶⁶.

Ciertamente, las modulaciones y restricciones de los trabajadores que laboran en estos centros laborales son más intensas que las apreciadas en la generalidad de empleadores, ello en tanto no puede afectarse el contenido axiológico del ideario⁶⁷. Frente a una común u ordinaria relación de trabajo, la ideología del trabajador o, en general, el alineamiento del trabajador al ideario del centro de trabajo será frecuentemente un motivo de adecuación o acomodación, y en función de la posición ocupada y funciones desarrolladas por el trabajador, pueden ser hasta necesarias la sintonía plena de la ideología del trabajador con el ideario de la organización para la selección y vigencia del contrato laboral, constituyendo este trato «una excepción a la regla de no discriminación y vigencia de este derecho fundamental»⁶⁸.

En tanto nos encontramos ante organizaciones de tendencia, es necesario que el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores no entre en abierta contradicción con el ideario del centro de trabajo. En estos casos, como ha apuntado el Tribunal Constitucional Español, «la doctrina referente a las empresas de tendencia despliega toda su virtualidad en el ámbito de las relaciones laborales privadas y, en particular a la enseñanza, permite la modulación de los derechos del profesorado en consonancia con el ideario educativo de los centros privados, cuya libertad de creación comporta la posibilidad de dotarlos de un carácter u orientación propios» (Sentencia N.º. 38/2007 del 15 de febrero).

Por otro lado, en los centros de tendencia, todos los derechos constitucionales específicos laborales que hemos descrito en el Capítulo I precedente resultan

⁶⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. *Igualdad y discriminación*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986, pp. 223 y ss.

⁶⁶ En la misma línea, se ha indicado que «el conflicto no se plantea entre libertad de pensamiento del trabajador y libertad de empresa, sino entre libertad de pensamiento individual y libertad de pensamiento institucional del grupo». MORENO, Botella. *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. FUE. Madrid, 2003, p. 280. y que «En estas empresas se pueden enfrentar dos tipos de derechos, de un lado, la libertad ideológica del trabajador individual y, de otro, la misma libertad en su vertiente colectiva». RIERA, Carlos. *El despido nulo*. Tirant Monografías. Valencia, 1999, p.197.

⁶⁷ CASTILLO, Luis. Op. Cit., p. 420.

⁶⁸ REYES, Francisco. «Contrato y relación de trabajo». En: *Veinte Años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 2001, p. 202.

aplicables: nada obsta para que los principios generales laborales, los derechos individuales y los colectivos puedan extenderse en un centro de trabajo ideológico a favor de los trabajadores dependientes que laboran por cuenta ajena. El único derecho que no podría extenderse, en los empleadores que no generan rentas de tercera categoría, es la participación anual en las utilidades en el trabajo⁶⁹.

En efecto, en tanto no generen rentas de tercera categoría afectas al impuesto a la renta, los empleadores ideológicos no se encuentran obligados a distribuir utilidades laborales. El Decreto Legislativo N°. 892 —norma que regula el reparto de utilidades— estipula que se encuentran obligadas al reparto de utilidades entre sus trabajadores las empresas que generan rentas de tercera categoría⁷⁰; de este modo, en tanto que una entidad tenga —por ejemplo— el carácter de una asociación sin fines de lucro —es decir, una organización estable de personas naturales que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo—, este supuesto no se aplica por exoneración expresa del Art. 19 de la Ley del Impuesto a la Renta, en tanto no genera renta que se encuentre gravada por el referido Impuesto.

Pese a ello, el Ministerio de Trabajo en ciertas fiscalizaciones considera que las entidades no lucrativas, que tienen sus balances contables positivos, deben distribuir utilidades laborales. Ante ello, en un caso concreto de un colegio católico —es decir, un empleador ideológico—, la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N°. 1608-02 LIMA⁷¹, ha establecido que las entidades sin fines

⁶⁹ Artículo 29° de la Constitución: «El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación».

⁷⁰ El Decreto Legislativo N°. 892 define en su artículo 1° su propio ámbito de aplicación de la siguiente manera «El presente Decreto Legislativo regula el derecho de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de renta de tercera categoría».

⁷¹ La indicada sentencia destaca: «[...] CUARTO.— Que, el Decreto Legislativo 892 vigente a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y siete y reglamentado por Decreto Supremo 009-98-TR establece lo concerniente al derecho de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan renta de tercera categoría, de lo que puede colegirse que todas las empresas cuyas actividades desarrollan dichas rentas están obligadas a repartir utilidades entre sus trabajadores por cuanto estos con su trabajo contribuyeron a generarlas, en resguardo del derecho consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Constitucional.

QUINTO.— Que, los acotados dispositivos no son aplicables al caso concreto, en tanto que la actora no constituye una empresa cuya naturaleza sea lucrativa pues no tiene por exclusivo objeto obtener ganancias a fin de que estas sean distribuidas entre sus accionistas, participacionistas o titulares según sea el caso, por el contrario se trata de una institución educativa religiosa no afecta al impuesto a la renta —supuesto básico 2 y 4 remiten los porcentajes de distribución de utilidades a la renta imponible del ejercicio gravable— toda vez que constituye una institución perteneciente a una orden religiosa de la Iglesia Católica siéndole de aplicable el Decreto Ley 23211 del veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta que aprobó el acuerdo suscrito el diecinueve de julio de mil

de lucro no constituyen empresas en la medida en que no tienen por objeto obtener ganancias a fin de distribuirlas entre sus asociados. Naturalmente, si se trata de un empleador ideológico que genera rentas afectas al impuesto a la renta —como ocurre con un medio de comunicación que adopta la forma de una sociedad anónima abierta—, los trabajadores sí tienen derecho a percibir utilidades laborales.

En síntesis, los trabajadores mantienen su condición de persona en el centro de trabajo y ello importa la vigencia de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos al interior del centro; sin embargo, en los centros de trabajo ideológicos, los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador requieren de una adecuación o modulación en función al ideario de la organización de tendencia, tal como veremos en el Capítulo III.

4. Algunos típicos empleadores ideológicos

4.1. LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PRIVADAS

En este caso, el típico conflicto ideológico que se plantea se contrae entre la libertad de empresa y las personas que son propietarias o promotoras del centro educativo sustentado en un ideario y el ideario del profesor del centro. Al respecto, las interrogantes centrales serían dos: ¿puede el profesor tener libertad de cátedra en un centro ideológico, o debe ajustarse al ideario del centro?, ¿si el trabajador tiene una conducta privada extra laboral contraria a los ideales del centro educativo, este último puede terminar la relación laboral válidamente? Sobre esto último, fue de conocimiento público un caso donde un colegio religioso terminó la relación laboral con un profesor de secundaria porque este tenía una relación de concubinato, contraria al ideario del empleador.

En primer lugar, en torno a este tema, el artículo 15 de la Constitución de 1993 reconoce el derecho de toda persona, natural o jurídica, de promover y conducir instituciones educativas, así como transferirlas. Pero, antes que ello, la libertad de las personas que constituyen instituciones educativas, en este plano, representa una concreción de la libertad de conciencia, expresión, enseñanza

novecientos ochenta entre la Santa Sede y La República del Perú, respecto de las exoneraciones, beneficios tributarios y franquicias para la Iglesia Católica [...].

SIXTO.— Que en tal sentido, al haberse advertido que el centro educativo accionante no constituye una empresa, ni existe renta imponible para el cálculo de la participación de las utilidades entre los trabajadores al estar exonerado de dicho impuesto, se concluye que no está obligado al reparto de utilidades entre sus trabajadores, por lo que la sanción de multa [...] no se encuentra arreglada a ley [...] tal obligación no le es exigible por haberse acreditado que el mencionado centro educativo no constituye una empresa [...].».

y difusión del pensamiento (numerales 3 y 4 del artículo 2 y artículo 13 de la Constitución de 1993⁷²).

Ahora bien, y siempre en el ámbito constitucional, debemos resaltar que se confiere plena capacidad para la constitución de centros educativos con determinados idearios, siempre y cuando se sigan con los lineamientos generales determinados por el Estado (artículo 16 de la Constitución). De este modo, tenemos entidades educativas donde, esencialmente, se aprecian importantes grados de influencia ideológica religiosa. En estos colegios, se conservan y difunden, en forma obligatoria, ciertas orientaciones religiosas a los alumnos, los mismos que estudian en estos por voluntaria decisión de los padres —derecho paternal que tiene reconocimiento constitucional, en el artículo 13 de la Carta Magna—. Finalmente, como se ha dicho, el derecho reconocido a los titulares del centro docente de impartir una enseñanza ideológica, es el resultado de la suma de voluntades de cada uno de los padres para que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones⁷³. En esta línea, el Tribunal Constitucional Español ha indicado lo siguiente⁷⁴:

[...] el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues también comporta una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso.

⁷² «Artículo 2. Toda persona tiene derecho [...]

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [...].

«Artículo 13. La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo».

⁷³ OTADUY, Jorge, Op. Cit., p. 193.

⁷⁴ STC N.º. 38/2007 del 15 de febrero de 2007, por la cual se declara procedente el despido de una profesora de religión por tener una relación afectiva con una persona que no era su esposo.

Es importante advertir, siguiendo a ROJAS⁷⁵, que lo relevante no debería ser la formación ideológica, dado que, en tanto ente educativo, la característica primordial es el desarrollo de la personalidad, el respeto de los principios democráticos y el reconocimiento de los derechos y deberes de las personas. Este es un lineamiento general que se deriva de la propia Constitución cuando esta indica que la enseñanza se imparte con sujeción a los principios constitucionales y los fines del centro educativo (artículo 14). En otras palabras, debe existir una convivencia armónica entre el ideario del centro educativo con, cuando menos, los principios constitucionales sin que ello importe un límite a la potestad de la organización educativa —y de los padres— de disponer las orientaciones morales, religiosas, cívicas, etc.⁷⁶.

Entonces, hasta este nivel, las posibles modulaciones de los derechos fundamentales del personal administrativo y docente en las organizaciones educativas de tendencia pueden venir desde tres fuentes: «primero, del respeto a la libre formación de la conciencia de los alumnos, segundo, del respeto a la libertad de conciencia del titular del centro (y su consiguiente derecho a establecer ideario), y tercero, y de manera indirecta, del respeto a la libertad de conciencia de los padres en su manifestación como derecho a elegir la formación religiosa que prefieran para sus hijos⁷⁷».

Ante lo dicho, tenemos la libertad de cátedra de los docentes que, si bien está ubicada en el artículo 18 de la Constitución⁷⁸ que está referido a las universidades, no cabe duda que pudiera aplicarse en otras instancias educativas, con las limitaciones y graduaciones que explicaremos. En este sentido, si bien se admite que, a nivel universitario resulta atendible plenamente la libertad de cátedra teniendo en cuenta la edad y grado cultural de los asistentes, tampoco puede desestimarse que, en instancias educativas inferiores, existan determinados niveles de libertad de cátedra. Además, esta libertad de cátedra supone la libertad de conciencia, expresión, enseñanza y difusión del pensamiento (numerales 3 y 4 del artículo 2 y artículo 13 de la Constitución de 1993). Así, tenemos la propia libertad de

⁷⁵ ROJAS RIVERO, Gloria. *La libertad de expresión del trabajador*. Ed. Trotta. Madrid, 1991, p. 199.

⁷⁶ Al respecto, se ha indicado que «El ideario no tiene un mero carácter instrumental respecto del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, sino que se trata de un derecho autónomo, no limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, extensible a los diversos aspectos de su tarea». OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 283.

⁷⁷ LLAMAZARES, María. *La libertad de conciencia en el sistema educativo inglés*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, 2002, p. 206.

⁷⁸ «Artículo 18°. La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia».

expresión ya citada que sería un importante fundamento para respaldar determinados niveles de libertad de enseñanza que pudiera tener un profesor que se dedica a la enseñanza no universitaria.

Por la libertad de cátedra, el profesor tiene plena libertad de pensamiento y expresión sobre el contenido del curso asignado, siempre y cuando se respete el derecho de discrepancia y no se aleje de la función social que cumple⁷⁹. La libertad de cátedra es una consecuencia, finalmente, de una sociedad plural y de la libertad ideológica de cada profesor en manifestar sus ideas sin ninguna intromisión, y por esta expresión de una sociedad plural y abierta se ha señalado que «la libertad de cátedra ha de ser más resistente respecto de la libertad ideológica del centro, que la libertad ideológica de la enfermera respecto de cualquier empresa de tendencia»⁸⁰.

Lo ideal, ciertamente, es una pacífica convivencia en el centro educativo de tendencia, una armónica relación entre el ejercicio de los derechos del trabajador (libertad de cátedra), el centro educativo (el sostenimiento y difusión del contenido axiológico del ideario) y los padres de familia (educación deseada de sus hijos), es decir, una «articulación recíproca entre todos los derechos de los padres, alumnos y profesores y el derecho del titular del centro, respetando siempre el contenido esencial de cada uno de ellos»⁸¹. Nuevamente, el análisis sobre la forma como se debe resolver estos casos es casuístico de tal manera que «se han de ponderar todos los intereses en juego para que ni la libertad de cátedra ahogue las facultades organizativas de los centros docentes o su ideario, ni estas facultades o el ideario dejen en su mero “flatus vocis” aquella libertad»⁸².

Dentro del plano de las relaciones laborales, podemos describir brevemente los alcances de estas organizaciones de tendencia en torno a los derechos fundamentales de los trabajadores. Así, en el acceso al empleo, las posibilidades y facultades que tiene el empleador para indagar sobre la ideología del trabajador son mucho mayores que la usualmente admitida para la generalidad de los procesos de selección y reclutamiento, a tal punto que a los requerimientos académicos y objetivos se adiciona el juicio de valor sobre las conductas, creencias y vida personal del trabajador que ocupará un cargo de tendencia a tal punto que la contratación de un profesor de religión puede exigir una valoración sobre su idoneidad que contenga

⁷⁹ LEÓN, Ricardo. «Libertad de cátedra: ¿monopolio del docente?». En: *Revista Thémis* N°. 16. Lima, 1990, pp. 73 y ss.

⁸⁰ SEGALÉS, Jaime. Op. Cit., p. 221.

⁸¹ Vidal, Carlos. *La libertad de cátedra: un estudio comparado*. Centro de Estudio Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001, p. 248.

⁸² TARRAGA, José. «Indicios y prueba en el despido objetivo con vulneración de derechos fundamentales (libertad de cátedra)». En: *Aranzadi Social* N°. 9/2001. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2001, p. 28.

«la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia entendida, en último término, sobre todo como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores»⁸³.

Ciertamente, la capacidad del empleador en los procesos de selección de personal se debe restringir a la información relacionada con el ideario de la organización de tendencia, es decir, a indagar en tanto «dichos aspectos personales sean absolutamente imprescindibles para el correcto desarrollo de la tarea a la que van a ser destinados»⁸⁴. Ahora bien, los requerimientos sobre información íntima del trabajador pueden ir más allá en el caso de los profesores de religión, pues en estos casos «el carácter espiritual de la prestación de los profesores» importa que exista, más que una buena fe laboral, «un deber genérico de lealtad, de ahí que sea una relación de especial confianza, que se enmarca en un área singularísima, en la que el deber de discreción, de consideración y reserva se extiende también al acatamiento»⁸⁵. La necesaria adecuación del profesor de religión al contenido axiológico del centro de trabajo de tendencia importa que exista un proceso de indagación tal en los exámenes de admisión al empleo que se puede hablar de una suerte de «igualación» de la ideología del trabajador con el ideario de la organización de tendencia.

Ahora veamos el tema de las libertades que pueden tener los profesores que laboran en estos centros educativos ideológicos, ya dentro del desarrollo de la relación laboral. Sobre el tema, queremos comenzar con una interesante sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el conflicto entre la libertad de cátedra y el ideario del centro educativo. La sentencia (STC 51/1981, FJ, 10) señala lo siguiente:

La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino solo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º. 38/2007 del 15 de febrero.

⁸⁴ CASTILLO, Luis. Op. Cit., pp. 448-449. En la misma línea, se ha indicado que «Se llega a colegir la posibilidad de empleos en los cuales los componentes religiosos pueden ser considerados como factores determinantes de la capacidad del trabajador para ocupar el puesto de trabajo concreto, siendo razonables las preguntas del empleador respecto al credo de quien solicita la ocupación en aras a conocer si su ideología coincide o no con la tendencia de la misma». FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. CES. Sevilla, 2007, p.75.

⁸⁵ BRIONES, Irene. «Profesores de religión católica según el acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto». En: *Aranzadi Social* N.º. 6/2004. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2004, p. 38.

objetivo, no resulten contrarios a aquel. La virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menos en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios.

En suma, el ideario del Colegio, como apunta la sentencia del Tribunal Constitucional Español, supone un respeto a la ideología del centro educativo, pero no una subordinación y deber de obligación del mismo. A partir de la sentencia anotada, se puede colegir determinadas pautas del trabajo ideológico en los centros educativos. En primer lugar, resultaría cuestionable que el centro educativo obligue a los profesores a optar por el mismo ideario o difundirlo como propio, a convertirse en un «apologista» de tal ideología⁸⁶, salvo que se trate del personal plenamente identificado con el ideario de la organización —como ocurre con el profesor de religión en un colegio religioso—. En esta línea, no podría el centro educativo, en principio, requerir al profesor sobre su vida privada y extra laboral en la medida en que el profesor no la propague o difunda entre los alumnos del centro educativo, o desde otra perspectiva, no se admitiría como válida el cuestionamiento de un centro educativo sobre la condición personal y privada de un profesor fuera del centro de trabajo.

Dada las características del centro laboral, en general los profesores sí estarían impedidos de difundir o tener conductas que contravengan el ideario del centro educativo. No se podría, por ejemplo, tratándose de un colegio regentado por protestantes católicos, alentar a los alumnos para que adopten la religión musulmana o que el profesor falte verbalmente el respeto⁸⁷, ante sus alumnas, de determinados símbolos o costumbres que son propios de la religión del centro educativo⁸⁸.

⁸⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. *Igualdad y discriminación*. Madrid, 1986, p. 228. Además, APARICIO, Joaquín. «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas». En: AA.VV. *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje al profesor Bayón Chacón y del Peso Calvo*. U.C.M. Madrid, 1980, p. 92.

⁸⁷ Sobre los alcances de la expresión respeto se ha dicho que «no debe entenderse como equivalente a «veneración» o a «acatamiento», sino, en una acepción igualmente correcta del vocablo, como «consideración» o «atención». BRIONES, Irene. «Profesores de religión católica según el acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones, dos derechos en conflicto». En: *Aranzadi Social* N.º. 6/2004. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2004, p. 78.

⁸⁸ En palabras de GORELLI, «El trabajador que desarrolla su prestación dentro de una empresa que sea considerada como de tendencia o ideológica, no puede dañar a la empresa denigrando o ridiculizando públicamente la ideología de la misma y ello pese a que haga uso de un derecho constitucional y dentro de los límites ordinarios del mismo». GORELLI, Hernández. «Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (en torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de julio)». En: *Revista Actualidad Laboral* N.º. 6. Febrero de 1997. Ed. La Ley. Madrid, 1997, p. 111.

Dentro del desarrollo de la prestación laboral, conviene volver sobre la libertad de cátedra anteriormente descrita. Debe tenerse en cuenta que los alcances y límites de la libertad de cátedra deben analizarse en cada caso en concreto, para apreciar diferentes niveles de ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, apreciándose las circunstancias que rodean el caso y los valores que entran en juego en cada caso⁸⁹.

De este modo, la libertad de cátedra en una universidad será más amplia y podría permitir al profesor indicar cuál es su ideario y el mismo resultar ser diferente al que caracteriza a la universidad; por otro lado, la libertad de un profesor de nivel inicial en un colegio religioso será mucho menor y no podría comentar su ideario contrario al del centro educativo⁹⁰ pero, en el caso del profesor de religión del colegio religioso sí se exige una alineación de la libertad de cátedra al contenido ideológico del colegio. Por cierto, el análisis es casuístico como todo supuesto de conflicto de derechos fundamentales. Por ejemplo, si una profesora de literatura difundiera y promoviera públicamente su condición, o proclamara su calidad de «atea»⁹¹ ante los alumnos y realizara labores de proselitismo contra el ideario de la organización de tendencia; en estos supuestos, la actuación de la profesora sí tiene incidencia en el desarrollo de la relación laboral dado que, si bien puede tener una conducta privada, está impedida de difundir idearios que atentan contra la ideología del centro de trabajo.

Finalmente, un tema importante, sobre el cual regresaremos más adelante, se contrae en la posibilidad de los profesores que laboran en centros educativos religiosos de tener determinadas conductas extra laborales que podrían atentar contra el ideario que es el soporte ideológico del centro de trabajo. En este punto,

⁸⁹ Así, inclusive en estos casos, será necesario trasladar los criterios que hemos descrito en el Capítulo I sobre conflictos de derechos fundamentales. Baste recordar que «Todos aquellos límites que pretendan imponerse al ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales, habrán de adecuarse necesariamente al juicio de indispensabilidad, y habrá que determinar, en todo caso, si la restricción, además de legítima, es ponderada y proporcional al objetivo propuesto». BADIOLA, Ana. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2003, p. 289.

⁹⁰ Al respecto, se ha indicado que «Aquellos docentes que tengan a su cargo asignaturas con contenidos propiamente «educativos y formativos» sufrirán modulaciones más intensas que los que tengan a cargo asignaturas de «simple transmisión de conocimientos». CASTILLO, Luis. Op. Cit., p. 454. En la misma línea, se puede tener en cuenta «El caso de los reserved teachers (específicamente contratados en razón de su cualificación para impartir enseñanza religiosa confesional en esos centros), y el del Director, en relación con cuyo nombramiento, han de tenerse en cuenta la habilidad y capacidades del candidato para preservar y desarrollar el carácter religioso de la escuela». LLAMAZARES, María. Op. Cit., p. 206.

⁹¹ BILBAO UBILLOS, Juan. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. BOE. Madrid, 1997, p. 512.

se trata de valorar la conducta privada y sus repercusiones en la prestación de servicios laborales.

De las conductas privadas, puede ser interesante aquella que se relaciona con la posibilidad de un profesor de un colegio católico de divorciarse o tener una concubina, atentando contra conocidas reglas católicas. Al respecto, los tribunales franceses han llegado a conocer un caso donde un colegio cuestionó el divorcio de una profesora y su posterior segundo matrimonio —solamente civil— a los meses de dicho divorcio, y por esta razón extinguió el vínculo laboral. En este caso, la *Cour de Cassation* dispuso que la terminación del contrato de trabajo era válida en la medida en que las condiciones religiosas se habían incorporado al contrato de trabajo formando parte esencial y determinante del mismo; por ello, el divorcio y posterior matrimonio atenta contra el principio de indisolubilidad del matrimonio y repercute directamente sobre la reputación y buena marcha del centro de trabajo⁹².

Sobre este punto, creemos que no se deberían efectuar generalizaciones y apreciar los puestos de trabajo donde, realmente, la conducta privada del profesor puede perjudicar los ideales del centro educativo. Como ha señalado el Tribunal Constitucional de España en la Sentencia 5/1981, las conductas privadas de los docentes puede tener repercusiones sobre la estabilidad laboral y «ser un motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor y el centro».

En esta línea, podría efectuarse una diferenciación entre aquellos profesores que dictan cursos que se relacionan con la ideología del centro educativo —profesores de religión o tutores que imparten la orientación ideológica— o que tienen niveles de representación y, por el cargo que ocupan, representan modelos para los estudiantes, o son los principales instrumentos de representación, difusión y sostenimiento del colegio ante alumnos y terceros —profesores que ocupan cargos de dirección o los de educación inicial— y; por otro lado, los profesores que dictan cursos que no se relacionan con el ideario del centro educativo o que no representan modelos ideológicos a seguir por los estudiantes —por ejemplo, los profesores de nivel secundario y que dictan cursos de matemáticas, literatura, geografía, etc.—⁹³. Así, en estos casos, resulta necesario realizar un ejercicio de diferenciación entre los trabajadores de tendencia, en función a la intensidad o carga ideológica de los servicios que prestan dentro de la organización.

⁹² Este caso aparece citado y comentado por GOÑI SEIN, José. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Ed. Civitas. Madrid, 1988, p. 287. Un estudio comparado sobre la libertad de cátedra en Alemania, Italia y España puede verse en VIDAL, Carlos. Op. Cit. y, para el caso de Inglaterra en LLAMAZARES, María. Op. Cit.

⁹³ BAYLOS GRAU, Antonio. «Despido de un profesional liberal contratado por un sindicato y no afiliado al mismo». En. *Revista de Política Social* N°. 132. Octubre-Diciembre de 1981, pp. 267-8 y ss.

4.2. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN INFORMATIVOS

En este punto, el tema relevante es la determinación de los niveles de conflicto que pueden presentarse en un medio de comunicación entre el ideario de las personas que son propietarias del mismo y la ideología del periodista. En otras palabras, podríamos tener estas interrogantes: ¿puede una empresa periodística incorporar a periodistas que, exclusivamente, compartan sus ideales? O ¿un periodista puede oponerse a opinar sobre un tema que se identifica con los ideales de la empresa periodística pero que él no suscribe?

Nuestra Constitución reconoce la libertad de difusión y de expresión así como tiene una expresa mención a que tal libertad comprende la posibilidad de fundar medios de comunicación social (numeral 4 del artículo 2); más todavía, se precisa que la libertad de difusión no requiere autorización, censura ni está afecta a algún impedimento⁹⁴. Aquí, tendríamos el sustento constitucional para los empleadores que fundan un medio de comunicación social, estamos ante el ejercicio de un derecho fundamental del titular de los medios de comunicación que importa una necesaria modulación con los profesionales que laboran en dicho medio. Así, como destaca EGUIGUREN PRAELI, no estamos ante una libertad irrestricta, dado que se debe analizar, caso por caso, para determinar los niveles de actuación y los límites que existen para su ejercicio⁹⁵.

Ciertamente, la cabal función de una empresa informativa debería contraerse en emitir informes reales sin ninguna consideración subjetiva o tendenciosa, permitiendo que los trabajadores tengan la conocida «libertad de prensa» y que el público reciba información veraz. Al respecto, se señala que la prensa realmente es libre cuando no está supeditada a los mandatos del gobierno ni del empresa-

⁹⁴ Artículo 2°. Toda persona tiene derecho [...]:

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación».

⁹⁵ En concreto, señala que «Ello —los márgenes de actuación de la libertad informativa— debe determinarse con el caso concreto, apreciando el tipo de personaje de que se trata, la naturaleza de los hechos involucrados y la relevancia o necesidad de su divulgación; por lo que si bien admitimos una presencia a favor de la libertad de información, debe estar sujeta a verificación en el análisis del caso concreto» (el agregado es nuestro). EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*. Palestra Editores. Lima, 2004, p. 234. Además, puede verse MENDOZA, Mijail. *Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Ed. Palestra. Lima, 2007, pp. 405 y ss.

rio dueño de la empresa informativa sino cuando descansa en la conciencia del trabajador periodista y del cliente lector⁹⁶.

No obstante lo expuesto, no son infrecuentes —y más en nuestra realidad— los casos donde las empresas periodísticas pretenden imponer determinadas pautas, limitaciones o restricciones a los trabajadores periodistas, especialmente si versan sobre temas políticos —por ejemplo, si se labora en la sección editorial del medio de comunicación—.

Entonces, tenemos que adentrarnos al mundo de los periodistas y las vicisitudes que importa la adecuación a los requerimientos de las organizaciones de tendencia. Al respecto, tenemos la propia libertad de expresión y de conciencia y opinión —en este último caso, numeral 2,4 de la Constitución de 1993— que sustenta la actuación de los periodistas que laboran para un medio de comunicación social⁹⁷.

Conviene comenzar indicando que los trabajadores de un medio de comunicación tienen una condición dual: son trabajadores del centro ideológico pero, a la vez, son portadores de una ideología propia que interactúa en cada momento dentro del proceso de elaboración del producto noticioso. Así, SEGALES ha expresado lo siguiente:

El profesional elabora la información y la canaliza a través de la empresa alternativa, acomodando su opinión a propósito del dato y la noticia, todo ello es el plano de su inquietud profesional [...] El medio de comunicación es correa de transmisión de esa actividad del profesional de la información, y la libertad ideológica de este, ejercida a través de su manifestación externa, se configura como un elemento tendente al fortalecimiento del pluralismo político⁹⁸.

En estos casos, la doctrina suele coincidir en que las editoriales representan el cauce natural de expresión del ideario del empleador que se dedica a la información⁹⁹, el mismo que ha realizado inversiones para difundir sus ideales. De

⁹⁶ ROJAS RIVERO, Gloria. Op. Cit., p. 203.

⁹⁷ Sobre el particular, el TC ha diferenciado las libertades de información y de expresión (esta última es la que desarrollaremos más en este acápite). En efecto, ha indicado que «las libertades de información y expresión no es semejante: mientras que con la primera se garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones; con la segunda se garantiza un complejo haz de libertades que, conforme enuncia el artículo 13.º de la Convención Americana de Derechos Humanos comprende las libertades de buscar, recibir y difundir verazmente informaciones de toda índole. Su reconocimiento se deriva del principio de dignidad de la persona y, en su vertiente individual, garantiza que “nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento” o de difundir hechos informativos» (Expediente N.º. 0866-2000-AA).

⁹⁸ SEGALES, Jaime. Op. Cit., p. 225.

⁹⁹ GIMENO, Blat. Op. Cit., p. 167.

lo dicho, parecería que el redactor de editoriales de un medio informativo no podría escribir sobre sus opiniones que tengan una oposición con los ideales de la empresa periodística; en el mismo sentido, estaríamos ante la sección política de un medio informativo.

Ciertamente, en el caso del personal administrativo y que realiza labores internas de soporte al medio de comunicación (áreas de contabilidad, logística, comercialización, etc.), de las áreas productivas pero operativas (personal que labora en las plantas de impresión del diario) o de secciones no vinculadas al ideario del medio (deportes, por ejemplo), la vinculación con el ideario del medio de comunicación es mucho menor y, en estos casos, usualmente se exige un respeto al contenido axiológico, pero no un alineamiento o comunión de ideales.

Ahora bien, coincidimos con CARRILLO¹⁰⁰ cuando señala que ya pasaron los tiempos donde el periodista dependía completamente del propietario de un medio de comunicación social, y era considerado como un simple mandatario ya que el propietario se convertía en un «transmisor» de la voluntad unilateral de las empresas periodísticas. Entonces, estamos ante un delicado equilibrio, más que una exclusión plena de derechos fundamentales del trabajador:

Es respecto a dichos profesionales donde encuentra sentido el reconocimiento del derecho a la cláusula de conciencia como garantía de un espacio propio en el ejercicio de aquella libertad frente a la imposición incondicional del de la empresa de comunicación, esto es, frente a lo que históricamente se designaba como «censura interna de la empresa periodística». Pero también como forma de asegurar la transmisión de toda la información por el profesional del medio, contribuyendo así a preservar el pluralismo que justifica el reconocimiento del derecho, reforzando las oportunidades de formación de una opinión pública no manipulada y paliando el «efecto silenciador» que, por su propia estructura, puede producir el «mercado de la comunicación»¹⁰¹.

En esta línea, es oportuno destacar que los trabajadores de empresas periodísticas, pese a la imposición del ideario del empleador, sí podrían negarse a mentir u ocultar una noticia pero siempre respetando la ideología de la empresa periodística dado que, ante todo, toda empresa informativa debe tratar de informar sobre hechos reales y veraces¹⁰². El periodista de un medio de comunicación social no actúa solamente en función al ideario del centro laboral, su trabajo también presenta un componente objetivo que lo vincula con el interés social de comunicar información

¹⁰⁰ CARRILLO, Marc. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (Una aproximación al estatuto jurídico de los periodistas)*. Ed. Civitas. Madrid, 1993, p. 136.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N°. 199/1999, de 8 de noviembre de 1999.

¹⁰² CALVO GALLEGOS, Francisco. Op. Cit., p. 109.

veraz dentro de una sociedad pluralista¹⁰³, de tal manera que su participación no puede ser residual o testimonial¹⁰⁴, y puede oponerse ante una noticia falsa o carente de sustento¹⁰⁵. Sobre este tema, el TC ha destacado el rol preponderante que tienen los periodistas de la libertad de información (Expediente N°. 0905-2001-AA/TC, Fundamento 11):

La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública.

Resulta interesante la autorregulación que se aprecia en ciertos medios de comunicación, que pretenden brindar una solución a las modulaciones y adecuaciones de las libertades de los periodistas y los requerimientos informativos. Así, debemos dejar por sentado un aspecto que no ha merecido de regulación constitucional o legal: los estatutos particulares en los medios de comunicación informativa y donde un tema harto relevante es la objeción de conciencia, esto es, las prerrogativas, derechos y facultades de los periodistas, los procedimientos e instancias internas a las cuales recurrir así como la eventual facultad otorgada a los periodistas para terminar —con derecho a una indemnización— la relación laboral ante una variación radical del ideario de la empresa informativa. Sobre la objeción de conciencia, volveremos en el Capítulo III siguiente.

Naturalmente, sí se genera un marco de garantías mínimas al trabajador de tendencia en los medios de comunicación, que no solamente se reduce a la simple exigencia de un debido proceso de extinción laboral o la mera percepción de una indemnización compensatoria, tales como la facultad de no revelar la fuente de sus informes periodísticos previsto en el artículo 2.18 de la Constitución y lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (Expediente N°. 0134-2003-HD), o la posibilidad de que el periodista busque la difusión y sostenimiento de una información veraz al público (sentencia del Tribunal recaída en el Expediente

¹⁰³ CARRILLO, Marc. Op. Cit., p. 137.

¹⁰⁴ MOLINA, Cristóbal. *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*. Ed. Comares. Granada, 2000, p. 219.

¹⁰⁵ Sobre el particular, se indica que «la transmisión de noticias falseadas, manipuladas o adulteradas no revela tendencia ideológica protegible, sino un ejercicio desviado de las libertades de prensa. La veracidad de lo transmitido es un límite al contenido de lo que se pueda concebir como manifestaciones externas de la ideología del medio de comunicación en tanto empresa de tendencia». SEGALÉS, Jaime. Op. Cit., p. 223.

Nº. 0905-2001-AA/TC), a tal punto que se garantiza la libertad de información siempre que no lesione los intereses públicos ni el respeto de las libertades entre las partes laborales (Expediente Nº. 0866-2000-AA/TC)¹⁰⁶.

En esta línea, MOLINA alude a dos manifestaciones de tutela a los periodistas:

Por un lado, un contenido esencial, directamente reservado e irrevocable o exigible por obra de la constitución [...] se identificaría básicamente con tres tipos de derechos: cláusula resolutoria en caso de modificación de la línea ideológica o editorial del medio; derecho a la objeción de conciencia profesional y derecho a la adaptación razonable de su prestación por razones de conciencia profesional.

Por otro, un contenido adicional o aditivo, concretado en todas aquellas facultades que, bien por su conexión directa o indirecta con razones de conciencia, bien por su centralidad en el estatuto profesional del periodista, con incluidas por diferentes legislaciones —v.g. la cláusula de cesión en el Derecho francés, derecho portugués— o por proposiciones legislativas o estatutos— v.g. derecho al anonimato, el derecho a publicar las razones de la disidencia, derechos de participación¹⁰⁷.

En definitiva, existen ciertos mecanismos de defensa que se confieren a los periodistas que laboran en áreas que producen el ideario del medio de comunicación. En tanto nos encontramos ante derechos fundamentales de los periodistas —las libertades de conciencia, pensamiento y expresión— y el rol de las libertades informativas en la sociedad es esencial como mecanismo de transmisión de información veraz, estimamos que inclusive, ante una falta de adecuación interna —por ejemplo, un libro de estilo o un código de ética interna—, los periodistas pueden realizar las acciones descritas en la cita precedente en el desarrollo de su prestación de servicios. Inclusive, en relación con la información y el sostenimiento de información veraz, el TC se ha pronunciado indicando que las libertades informativas tienen la calidad de «libertades preferidas» (sentencia recaída en el Expediente Nº. 0905-2001-AA/TC, sobre este tema volveremos más adelante):

¹⁰⁶ En esta última sentencia, se ha indicado que «El Tribunal Constitucional opina que la emplazada debió analizar la relación entre el contenido de los hechos noticiosos difundidos y los intereses públicos comprometidos, pues solo está prohibido difundir a la opinión pública aquellas actividades que pongan en riesgo el cumplimiento constitucionalmente adecuado de las funciones de la Administración y los principios que informan la relación de trabajo entre empleador y trabajador».

¹⁰⁷ MOLINA, Cristóbal. Op. Cit., p. 81.

Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes (Fundamento N.º. 10); y que «tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública» (Fundamento N.º. 13).

Por último, solamente en determinados supuestos podría apreciarse la conducta extra laboral de los trabajadores que estamos describiendo. Las empresas periodísticas no suelen tener una carga ideológica que reprima una conducta extra laboral —como sí ocurre en un centro de trabajo ideológico religioso—; empero, pueden encontrarse algunos supuestos. Por ejemplo, el caso de un periodista que tiene una sección de consultas morales, pero que acude a locales públicos reñidos con la moral que difunde a través del medio de comunicación¹⁰⁸. Dado el puesto ocupado y si el trabajador tiene comportamientos fuera del centro laboral que pueden afectar notablemente el contenido ideológico de la organización de tendencia, es posible que califiquen como actos graves que motiven un despido válido¹⁰⁹.

4.3. LOS MOVIMIENTOS POLÍTICOS Y SINDICALES

Este tipo de empleadores ideológicos también tiene reconocimiento constitucional. En efecto, por un lado, el artículo 28,1 de la Constitución reconoce a los denominados derechos colectivos y, dentro de estos, a la libertad sindical¹¹⁰. La libertad sindical, en su fase colectiva, comprende la posibilidad de que los trabajadores formen un sindicato reconociendo la libertad de los trabajadores del respectivo ámbito para la afiliación o no a dicho sindicato. En este punto, tenemos la libertad individual del trabajador para afiliarse o no —libertad positiva y negativa, respectivamente— y la libertad colectiva de los trabajadores sindicalizados.

¹⁰⁸ GORELLI HERNANDEZ, Juan. «Deber de obediencia y despido por desobediencia». En: *Revista Española de Derecho del Trabajo* N.º. 87. Madrid, 1998, p. 90.

¹⁰⁹ CASTILLO, Luis. Op. Cit., pp. 444-45.

¹¹⁰ «Artículo 28°. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

Garantiza la libertad sindical».

La libertad sindical representa uno de los principales valores de la sociedad democrática y, como han destacado ERMIDA y VILLAVICENCIO, busca convertirla en una sociedad más pluralista, con una búsqueda social a través de la participación de los trabajadores y, además, es un instrumento democratizador de otros institutos del Derecho Laboral¹¹¹.

Por otro lado, tenemos a los partidos políticos. El artículo 35 de la Constitución¹¹² señala que los ciudadanos pueden ejercer individual o colectivamente —a través de partidos, movimientos o alianzas— sus derechos políticos. En este caso, también existe una libertad individual de afiliación o no y una libertad colectiva de los ciudadanos afiliados. Sobre los partidos políticos, es oportuno indicar que estos no solamente representan una expresión colectiva de los derechos sociales; dado que también son sostenedores del Estado, tienen repercusión dentro del sistema democrático político¹¹³.

Además de lo dicho, mencionamos simplemente que los sindicatos y partidos políticos también representan una manifestación de la libertad de expresión y difusión de las creencias, pensamientos e ideales (numeral 4 del artículo 2 de la Constitución). El derecho de asociación (numeral 13 del artículo 2) también sería un respaldo para que las personas se reúnan para la consecución de determinados fines, y finalmente la participación de los ciudadanos en la vida política, cultural, etc. en el país (numeral 17 del artículo 2).

En estos casos, queda claro el afán de conservación, defensa y difusión de los ideales de las organizaciones que venimos analizando. Por ello, a diferencia de los dos casos anteriores, la carga ideológica que puede verificarse en los contratos laborales en estos centros de trabajo sería mayor. Inclusive, en estos casos, no se suele apreciar la eventual carga lucrativa que podría presentarse en los medios de comunicación o en los colegios con un contenido ideológico; la finalidad asociativa de estas entidades es la base y sustento de su existencia.

¹¹¹ ERMIDA, Óscar y VILLAVICENCIO, Alfredo. *Sindicatos en libertad sindical*. Adec-Atc. Lima, 1991, pp. 26 y ss. Además, puede verse FREIXES, Teresa. *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*. MTSS. Madrid, 1986, p. 257.

¹¹² «Artículo 35°. Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general».

¹¹³ APARICIO, Joaquín. Op. Cit., p. 87.

Los partidos y sindicatos son una clara muestra —especialmente los partidos políticos— del esquema democrático y plural del Estado. Por lo demás, como lo expresa CALVO GALLEGO¹¹⁴, estas instituciones constituyen el cauce de ejercicio de una serie de derechos constitucionales —aunque, en el caso del sindicato, actualmente nuestra realidad muestra una mínima presión sindical— que, agregaríamos, requieren ser ejercidos colectivamente para que alcancen su plenitud. Son, pues, organizaciones que incorporan plenamente la orientación ideológica de la que son institucionalmente expresivas al contenido obligacional de los contratos de trabajos de aquellas labores que tienen un contenido ideológico¹¹⁵.

Para estos casos convendría distinguir dos situaciones: una, los servicios prestados por trabajadores que no están afiliados al sindicato o partido político y, otra, los servicios de los trabajadores para el sindicato o partido político al que pertenecen. Cada caso tendría criterios diferentes, apreciando los valores constitucionales en juego y ponderar la actuación de cada de uno de ellos.

En el primer caso, deberíamos encontrarnos ante una relación laboral común u ordinaria y las pautas que deberían observarse se relacionan con el respeto a los ideales de la organización más no su necesaria difusión y simpatía. En el segundo caso, dependiendo de las circunstancias específicas, podríamos no encontrarnos ante una relación laboral por la falta de trabajo por cuenta ajena o, ante un contrato de trabajo donde, además de las pautas ordinarias, debería existir una plena identificación con el ideario de la organización en tanto que los trabajadores están afiliados al mismo.

No obstante lo dicho, debemos indicar que sería cuestionable la exigencia de la afiliación como requisito previo o consustancial al contrato de trabajo en un empleador ideológico. Como regla general, no existe ninguna relación ni necesidad de supeditar una relación laboral a la afiliación al sindicato de trabajadores o al partido político¹¹⁶. Diríamos que pueden ser figuras concurrentes o no, dependiendo de la voluntad del trabajador.

Finalmente, aun cuando se tratara de personal afiliado y que ocupara cargos representativos en el seno de estas organizaciones, ello no importa la inexistencia de derechos fundamentales a favor de este tipo de trabajadores. Será necesario, como se ha indicado, tener en cuenta «la racionalidad normativa del método de la ponderación entre los derechos en conflicto, como vía adecuada para impedir soluciones extremas que lleva a la situación, que no podría tolerarse ni admitirse,

¹¹⁴ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p. 82.

¹¹⁵ GOÑI SEIN, José. Op. Cit., p. 283.

¹¹⁶ GIMENO, Blat. Op. Cit., pp. 209 y ss.

de que la libertad de expresión de unos implique la exclusión de la libertad de expresión de otros»¹¹⁷.

4.4. LAS IGLESIAS Y GRUPOS Y CONGREGACIONES RELIGIOSAS

Las iglesias y grupos y congregaciones religiosas son un claro ejemplo de las organizaciones de tendencia en el Derecho Comparado. En nuestro medio, la regulación es escasa.

En el ámbito constitucional, encontramos el sustento de estas instituciones de tendencia. El numeral 3 del artículo 2 de la Constitución señala que la libertad religiosa se puede ejercer en forma individual o asociada, y es público y libre su ejercicio en armonía con la moral y el orden público¹¹⁸. Adicionalmente, el artículo 50 de la Constitución anota que si bien el Estado reconoce a la Iglesia Católica como un elemento importante en la historia, moral y cultura del país, respeta otras confesiones religiosas.

Naturalmente, la consagración constitucional de la libertad religiosa implica, de un lado, un reconocimiento y tutela del Estado, así como el debido respeto de los ciudadanos pero, además, supone una actuación dentro del marco del principio de igualdad: el Estado no puede brindar tratos diferenciados en relación con el ejercicio de una determinada libertad ideológica¹¹⁹. En esta línea, existe el derecho de las personas para optar por un credo en particular (libertad individual) o formar o ser parte de entidades religiosas (libertad colectiva)¹²⁰ en función de sus convicciones, realizar actividades de sostenimiento y proselitismo como también retirarse de las mismas o respetar las otras que existieran, sin alguna limitación o autorización previa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado (Expediente N°. 895-2001-AA/TC) lo siguiente:

¹¹⁷ MOLINA, Cristóbal. Op. Cit., p. 223.

¹¹⁸ «Artículo 2°. Toda persona tiene derecho [...]:

A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

¹¹⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, José. Op. Cit., p. 272.

¹²⁰ Así, se puede indicar que «El contenido de este derecho comprende, de este modo, la protección frente a injerencias externas sobre una «esfera de libertad individual o colectiva» que permite a los ciudadanos (también lógicamente a los trabajadores en el ámbito de la empresa) «actuar con arreglo al credo que profesen». PALOMEQUE, Carlos. «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos». En: *Derecho del trabajo y razón crítica* (Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque). Caja Duero. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2004, p. 174.

La libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita.

Dos temas generales son los relacionados a este tipo de organizaciones de tendencia. Uno, su ámbito de aplicación y, el otro, la posibilidad de establecer cláusulas de salvaguardia a la ideología de la organización.

Sobre lo primero, importa delimitar los alcances de las organizaciones de tendencia religiosas. No es simple definir la religión y ello naturalmente dificulta la identificación de un centro ideológico religioso pero podríamos indicar, siguiendo a MARTÍNEZ DE PISON, que la «religión constituye así una forma de representarse el mundo articulada en un sistema de creencias y prácticas compartidas por una comunidad moral llamada Iglesia. Ni la referencia a lo sobrenatural, ni a la divinidad es un elemento común a todas las religiones dada la disparidad de concepciones que existen entre unas y otras¹²¹».

Al respecto, se ha señalado que solamente las iglesias y grupos y congregaciones religiosas con «identidad y especificidad» respecto de otras y que se organizan de acuerdo a «sus propios dogmas y su moral» que todos «sus miembros deben aceptar y cumplir según determina el propio ordenamiento religioso de acuerdo con su naturaleza eclesial»¹²², ingresan dentro de categoría siempre y cuando se sustenten en «la fe y que no alteran el orden público: seguridad, salud y moral»¹²³. En este sentido, se excluirían las agrupaciones religiosas contrarias al orden público, las organizaciones que estudian los fenómenos psíquicos, las asociaciones espiritistas, las empresas que tienen afinidad con orientaciones religiosas, etc.

Estamos, por consiguiente, ante entidades que tienen características propias y diferenciadas respecto de otras organizaciones ideológicas, con una determinada concepción del mundo que importa la actuación de sus integrantes en función de tal concepción.

Por otro lado, y aunque no se encuentran regulados en el esquema normativo peruano, es importante advertir la consideración de cláusulas especiales de observancia a los ideales del centro de trabajo ideológico. En estos casos, consideramos

¹²¹ MARTÍNEZ DE PISON, José. *Constitución y libertad religiosa en España*. Dykinson Ed. Rioja, 2000, p. 387.

¹²² QUINTANILLA, Yolanda. Op. Cit., p. 39.

¹²³ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. Cit., pp. 210 y ss.

que resultaría válida la celebración de convenios de afinidad ideológica con determinados trabajadores que se relacionan directamente con la ideología de estas instituciones de tendencia, los que ocupan puestos de tendencia como veremos más adelante.

Es importante considerar —en la línea de lo descrito precedentemente— dentro del tratamiento de estas organizaciones de tendencia a «los entes benéfico asistenciales y docentes dependientes de aquellas» dado que, en estos casos, se trata de entidades ejecutoras de la ideología de la principal, inclusive muchas veces «terminan por coincidir con la actividad propia y peculiarmente eclesiástica, lo que exigiría una normativa especial»¹²⁴.

Veamos ahora las relaciones laborales internas en los centros religiosos. Previamente, se debe tener en cuenta que el conflicto debe producirse en el marco de una relación laboral, no se encuentran regulados en este análisis los conflictos que se pueden generar al interior de relaciones no laborales (vinculaciones propias del mundo de las iglesias como prácticas, asistencias, etc.). Dentro del trabajo prestado por religiosos, a la hora de determinar si dicha prestación pertenece o es considerada como una relación jurídica laboral y por tanto disciplinada por el Estado y su derecho, o no lo es, habrá que distinguir, entre las prestaciones realizadas por el instituto religioso y a favor de estos últimos, y aquellas prestaciones realizadas por los religiosos fuera de la orden, sobre la base de una relación directa entre el religioso y un empleado distinto de la orden o en función de una convención estipulada entre la orden y un tercero extraño¹²⁵.

Una previa mención supone la regulación que existe en esta materia a nivel de la normativa nacional. Así, la regulación prevé que se considera como una causal de despido nulo a la discriminación fundada en la religión del trabajador —esto es, como uno de los seis supuestos de discriminación vedados que originan el derecho de reposición de los trabajadores— además de incluirla dentro de la lista taxativa de los actos de hostilidad que pueden culminar en una terminación de la relación laboral con derecho al pago de una indemnización pecuniaria, e igualmente se encuentra el tratamiento vedado en las disposiciones sobre ofertas en el empleo. A nivel de las normas internacionales, no solamente se proclama la libertad de culto dado que también se reprime expresamente a la discriminación, apreciándose un sentido «reforzador» a este derecho¹²⁶. De esta forma, el valor «religión» tiene, además de un reconocimiento constitucional, una fuerte protección legal a favor de los trabajadores en los supuestos de discriminación.

¹²⁴ MORENO, Gloria. Op. Cit., p. 128.

¹²⁵ MORENO, Gloria. Op. Cit., p. 219.

¹²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op. Cit., p. 212.

No obstante ello, en tanto organización de tendencia, las prerrogativas y facultades de selección, contratación, seguimiento, fiscalización y sanción son más intensas que cualquier otro empleador siempre que se trate de una persona que ocupa un puesto de tendencia relacionado con el contenido axiológico del ideario de la organización, y todo ello porque sus funciones son «ejemplo frente al público y la sociedad de ese credo o religión, justifican la necesidad de una mayor limitación en el ejercicio de sus derechos fundamentales, en la medida en que la conservación de la imagen y credibilidad externa de la organización depende inevitablemente de la capacidad del empleado para transmitir correctamente dicha ideologías»¹²⁷.

Ahora bien, el carácter religioso del centro laboral no supone que los trabajadores se encuentren plenamente «ajustados» a las directivas del mismo y no puedan ejercer ninguno de sus derechos fundamentales. Como ha apuntado la doctrina, el centro de trabajo no es un mundo cerrado, como si fuera un compartimiento estanco separado de la sociedad y, por ello, los trabajadores pueden ejercer sus derechos fundamentales, ciertamente ajustados al contenido axiológico del ideario de la organización de tendencia¹²⁸: a este nivel, resulta que los límites deben determinarse en función de la cercanía o no de las actividades laborales al contenido ideológico, y son una de las más próximas los aplicables al dictado del curso de religión relacionado con el ideario de un centro educativo religioso.

En este último caso, los límites pueden ser severos y sobrepasan el respeto al contenido ideológico, tales como la adecuación ideológica, la difusión de las creencias y valores así como la propagación externa de las mismas y la práctica real y efectiva de los dogmas y mandatos propios del contenido ideológico, inclusive dentro de la vida extra laboral. Pero, no más allá de ello, y están excluidos temas íntimos o privados no relacionados con el ideario, como la recreación, las aficiones,

¹²⁷ QUINTANILLA, Raquel. «¿Despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o trasgresión de la buena fe contractual del trabajador?». En: *Revista Aranzadi Social* N°. 14/2000. Ed. Aranzadi. Navarra, 2000, p. 45. La adecuación al ideario de la organización puede exigir un respeto en el comportamiento del trabajador (imagen externa de la organización, la «vertiente de protección externa») pero también sería posible la intromisión de la organización ideológica en los valores de cada trabajador («vertiente de protección interna»). Al respecto, puede verse BALLESTER, Inmaculada. «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral». En: *Revista Tribuna Social* N°. 169. CISS. Valencia, Enero de 2005, p. 28.

¹²⁸ Resulta interesante la sentencia 88/1985 del Tribunal Constitucional Español donde se señala que «la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones». Un comentario sobre esta resolución, puede verse en GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas. Madrid, 1986, p.123

etc.¹²⁹ o «relativas a materias no unidas a la ideología de la organización, puesto que no influyen en el cumplimiento de la prestación principal»¹³⁰.

Nuevamente, entonces, los niveles y grados de extensión de la identidad ideológica de estas organizaciones de tendencia dependerán de las funciones y el cargo ocupado por los trabajadores. Este tema será abordado en el siguiente ítem.

Lo que hemos explicado en los acápites precedentes sobre típicos empleadores ideológicos puede describirse en el siguiente cuadro:

Entidades	Sustento constitucional
Instituciones educativas	Formación de instituciones + libertades de conciencia, expresión, enseñanza y pensamiento
Partidos políticos + sindicatos	Formación de partidos y sindicatos + libertades de expresión, opinión
Medios de comunicación	Formación de medios + libertades de expresión y difusión
Iglesias + congregaciones religiosas	Formación de iglesias + libertad religiosa

5. Puesto ideológico, labores neutras y relaciones no laborales

5.1. EL PUESTO IDEOLÓGICO Y LABORES NEUTRAS

Seguidamente, dedicaremos algunas líneas para distinguir a los cargos o puestos ideológicos que necesariamente requieren de un contenido ideológico afín al ideario del empleador.

El meollo es determinar los casos donde, encontrándonos ante una organización de tendencia, esta pueda exigir la respectiva identidad o respeto al contenido ideológico a sus trabajadores. Por ejemplo, ¿puede un partido político exigir que

¹²⁹ En torno a este caso, se ha destacado: «Me parece correcto afirmar que a los profesores y profesoras de religión se les exige un plus para que adquieran y mantengan la condición de idóneos. Me parece proporcionado que deban profesar la religión que vayan a impartir, e incluso que transmitan en su labor docente los valores propios de la religión y den testimonio público de los mismos y del contenido de la fe. Hasta ahí me parece que debe alcanzar el juicio de idoneidad, pero ni un milímetro más allá». CABEZA, Jaime. «Algunos apuntes sobre la sentencia relativa al profesorado de religión católica no funcionario en los centros públicos». En: *Revista de Derecho Social* N°. 37. Ed. Bomarzo. Alicante, 2007, p. 169.

¹³⁰ QUINTANILLA, Yolanda. «¿Despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o trasgresión de la buena fe contractual del trabajador?». En: *Aranzadi Social* N°. 14/2000. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2000, p. 45.

el personal de limpieza tenga su tendencia política?, ¿un colegio religioso puede lanzar ofertas de empleo para el personal administrativo siempre que tengan su misma orientación religiosa?, o ¿un medio de comunicación con una determinada opción política de oposición al gobierno puede fijar que su contador general tenga esta misma línea política? Estas preguntas intentarán ser respondidas en este acápite.

Sobre lo dicho, es importante advertir que no todos los trabajadores deberían encontrarse dentro de la organización ideológica del empleador. Solamente los trabajadores que prestan servicios o tareas de tendencia —la figura del *tendenz-träger* alemana—, aquellos que deben expresar la ideología del empleador o, concretamente, los que deben realizar actividades de sostenimiento, promoción y/o defensa de la ideología son quienes están dentro de la orientación de este. En estos casos, nos encontramos ante trabajadores cuyos servicios y funciones están directamente conectados con los ideales del empleador, sirven de «cauce de expresión y manifestación» de la ideología del empleador y concretan o fijan las directivas o líneas de actuación¹³¹, y hasta se requiere que el trabajador ejerza una función o actividad «no neutral», a tal extremo que sus actividades le permiten favorecer o perjudicar la vigencia del referido ideario¹³².

Así las cosas, no compartimos la posición de quienes sostienen que todos los trabajadores de la organización deben alinearse al ideario de la organización. A título representativo, APARICIO destaca —refiriéndose al partido político, el sindicato y la organización religiosa— que «no hay espacio posible para los llamados trabajos neutros, pues los avatares de una organización de tal tipo exigen para el cumplimiento de sus fines que la ideología específica o esa visión del mundo sea compartida por todos los que trabajan para ella»¹³³.

Consideramos que esta diferenciación se predica respecto de todas las organizaciones de tendencia que hemos descrito. La carga ideológica podrá extenderse a más posiciones en ciertas organizaciones —como una iglesia— que otras —como un medio de comunicación—, pero no puede aplicarse a todos los trabajadores, especialmente si estos últimos realizan actividades operativas, administrativas o de soporte.

¹³¹ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p. 156. En la misma línea, SALA FRANCO, Tomás. «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral». En: AA.VV. *Trabajo y libertades públicas* (Efrén Borrajo: Director). Revista La ley-Actualidad. Madrid, 1999, p. 228.

¹³² CASTILLO, Luis. Op. Cit., p. 427.

¹³³ APARICIO, Joaquín. «Relación de Trabajo y Libertad de Pensamiento en las Empresas Ideológicas». En: AA.VV. *Lecciones de derecho del trabajo, en homenaje a los profesores Bayón Chacon y del Peso y Calvo*. UCM. Madrid, 1980, p. 305.

En otras palabras, tenemos que aquellos trabajadores que no realizan actividades relacionadas con la ideología del empleador —se acostumbra denominarlos como actividades neutras— están más alejados del ámbito del ideario de la organización de tendencia. Se trata, en estos casos, de trabajadores que prestan servicios colaterales, accesorios, complementarios o de sostenimiento y que no guardan relación directa o estrecha con el contenido ideológico del empleador de tendencia. Además, por las funciones que desarrollan estos trabajadores, es poco probable que las creencias y la ideología de los trabajadores puedan ejercer alguna influencia —positiva o negativa— en el ideario del empleador ideológico.

Por ejemplo, el personal de limpieza y vigilancia, los trabajadores administrativos que prestan servicios como auxiliares o de carácter complementario, el personal que ejecuta el contenido del empleador ideológico, etc. serían casos donde el puesto o cargo ocupado es «neutro» y, por consiguiente, no debería exigirse la plena identidad con el ideario del empleador ideológico. Lo que sí podría corresponder es la exigencia de un respeto al ideario del empleador dentro de la organización o radio de actuación de la organización de tendencia: «los trabajadores, que en el interior de las organizaciones realicen una conducta contraria a la ideología que el empresario quiere difundir, pueden ser justamente despedidos por ese motivo, siempre, se trate de trabajadores de “tendencia”, se trate de trabajadores que realizan actividades “neutras”»¹³⁴.

Entonces, aun cuando se trate de empleadores ideológicos, no todos los trabajadores deben estar empapados por la ideología del empleador. Una apreciación estricta de las labores que se desarrollan para un empleador ideológico conduciría a la afirmación de la no necesaria compatibilidad entre la ideología del empleador con la ideología de todos sus trabajadores. En todo caso, se puede hablar, cuando menos, de una relación de intensidad: la modulación será mayor cuando más nos encontremos ante un puesto de tendencia y menor si se trata de un puesto neutral¹³⁵.

¹³⁴ MORENO, Gloria. Op. Cit., p. 228. En la misma línea, CASTILLO indica: «Los llamados trabajadores neutrales también están en posición de realizar actos ideológicamente relevantes, no como ejecución de la prestación laboral (que es neutral), sino actos al margen de ella, pero que terminen por incidir en la vigencia del ideario y consecuentemente se conviertan en actos no neutrales». CASTILLO, Luis. Op. Cit., p. 436.

¹³⁵ En torno a este tema, se ha indicado: «Las primeras —puestos ideológicos—, caracterizadas por una intensa identificación con la ideología empresarial, exigen del trabajador algo más que una simple actitud de no oposición al ideario del empleador, mientras que las segundas —puestos neutrales— pueden asignarse a personas que no compartan dicho ideario siempre que no exista oposición expresa a él». MOLINA, Navarrete y Otros. «La vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta». En: XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Cruz Villalón, Jesús: Coordinador). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 2002, p. 153.

En otras palabras, en el caso del personal que no ocupa puestos de tendencia, no estamos ante una concesión absoluta de los trabajadores a la dirección del empleador de tendencia ni una automática acción u omisión del trabajador alienada a la opción ideológica del centro ideológico¹³⁶. Será necesario apreciar y ponderar cada caso concreto y determinar si le asiste algún derecho o atribución al trabajador frente a la manifestación ideológica específica del empleador.

Un caso interesante, resuelto por los jueces españoles, se contrae en un graduado social que laboraba para un sindicato de trabajadores y que fue despedido porque asesoró en un proceso judicial a la empresa. En este supuesto, la jurisprudencia laboral señaló que el deber de fidelidad de un profesional ligado a una central sindical no puede ir más allá de las ordinarias obligaciones laborales que resultan aplicables a cualquier otro trabajador, distinto hubiera sido el caso de un afiliado al sindicato que hubiera tenido esta conducta¹³⁷. Nótese que, en este caso, la afiliación sindical es tomada en cuenta para apreciar la validez o no de la conducta de los trabajadores.

De esta manera, las organizaciones de tendencia no pueden erigirse como guardianes y propagadores de su ideario a todos sus trabajadores: las modulaciones y adecuaciones se concentran en el personal que ocupa puestos de tendencia, las cuales se encuentran en menor medida que aquellos que están en un puesto neutral. Solamente pueden establecer ciertas limitaciones y restricciones para los trabajadores que prestan servicios en puestos de trabajo «neutrales», esto es, que no perturben la imagen y credibilidad del ideario y respeten tal ideario¹³⁸. En estos casos, los empleadores ideológicos no pueden establecer como requisito de contratación y permanencia la afinidad ideológica entre estos y los trabajadores; empero, sí pueden establecer, fiscalizar y sancionar cualquier conducta que suponga una lesión al ideario del centro de trabajo, limitándose, en cierto sentido, la libertad de expresión de tales trabajadores.

Por lo apreciado en cada caso concreto se debería establecer los puestos que resultan ser ideológicos y los que son neutros. No se puede fijar cuáles son los puestos ideológicos y neutros ni concluir que existe una relación general-particular entre estas dos clases de puestos. En esta línea, en una empresa periodística, el jefe de la sección editorial tendría un puesto de tendencia, pero no el operario de la rotativa y menos todavía el vigilante de la empresa de servicios que lo destacó a este empleador ideológico que actúa como usuario.

¹³⁶ SEGALES, Jaime. Op. Cit., p. 216.

¹³⁷ La sentencia corresponde al TCT del 28 de noviembre de 1980, y ha sido comentada por BAYLOS GRAU, Antonio. «Despido...». Op. Cit., pp. 261 y ss.

¹³⁸ CALVO GALLEGU, Francisco. Op. Cit., p. 154.

5.2. LAS ORGANIZACIONES NO IDEOLÓGICAS Y LOS CARGOS IDEOLÓGICOS

En casos puntuales, es posible encontrarnos ante organizaciones que no califican como «ideológicas», pero, pese a ello, tienen algunos puestos que pueden contener una carga ideológica determinada.

Ciertamente, no es común encontrar un cargo ideológico para un empleador ordinario o no ideológico. Sin embargo, en determinados supuestos, es posible que ciertos cargos en un centro de trabajo requieran de un contenido ideológico en los términos que venimos señalando. Por ejemplo, podríamos citar —recogiendo la experiencia española—¹³⁹: una clínica privada que, para oficios religiosos, requiere de un sacerdote católico teniendo en cuenta la religión de la mayoría de sus pacientes, una asociación que se dedica a recaudar fondos para la Iglesia que requiere de un Director, etc.

Ahora bien, también podrían existir casos en los cuales se exija que no se profese determinada ideología, porque ella puede afectar la prestación de servicios del empleador (no se trata de un puesto ideológico pero, sí de pronto de uno donde se puede exigir que no se profese determinada ideología). Un caso que fue conocido por el Tribunal Constitucional se relaciona con un médico de ESSALUD que prestaba servicios mediante turnos y que, tras formar parte de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, solicitó que no laborase los sábados porque es el «Día del Señor o Día de Reposo Cristiano» (Expediente N.º. 895-2001-AA/TC). Durante un tiempo, ESSALUD accedió y elaboró turnos por los cuales el médico no laboraba los sábados, pero cuando ESSALUD introdujo cambios que supusieron la prestación de servicios los días sábados, el trabajador se opuso y en última instancia el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de amparo:

[...] si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio [...] La vaga referencia a las «razones de necesidad institucional» que la emplazada formula en su contestación de la demanda parecen ser, desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes. Tampoco puede considerarse que el otorgar, en este caso, al recurrente el beneficio de la eximencia de acudir los días sábados, pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos que prestan servicios a la emplazada, toda vez que el demandado ha demostrado

¹³⁹ CALVO GALLEGOS, Francisco. Op. Cit., pp. 126 y ss.

[...] que cumple durante los días lunes a viernes con las 150 horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar.

En los casos citados, el empleador no se caracteriza por ostentar una marcada tendencia ideológica ni sus actividades están orientadas para el ejercicio de una ideología. Pese a ello, por las características de los servicios solicitados, es razonable y justificado que el empleador requiera que el trabajador tenga una orientación ideológica determinada si la organización productiva así lo requiere.

5.3. RELACIONES NO LABORALES

Queda un tema pendiente. La aplicación de la dogmática y teoría de los derechos fundamentales en los centros de trabajo ideológicos para las relaciones no laborales. Concretamente, interesa apreciar si el empleador ideológico puede establecer diferencias sobre relaciones no laborales teniendo en consideración los puestos de trabajo ideológicos.

Tales relaciones no laborales son, esencialmente, aquellas que se entablan entre el empleador ideológico y las figuras de formación profesional y, de ellas, especialmente los jóvenes contratados bajo la figura de formación laboral juvenil y las personas contratadas bajo prácticas pre profesionales, profesionales o los convenios de aprendizaje del SENATI. Además de ello, tenemos las figuras de intermediación laboral, por la cual el empleador, a través de un tercero —en nuestro ordenamiento, una empresa de servicios especiales o una cooperativa de trabajadores—, recibe trabajadores destacados sin que se configure una relación laboral con estos.

En relación con lo primero, es oportuno indicar que las normas laborales destacan que no se genera una relación laboral entre el empleador y los practicantes, jóvenes en capacitación juvenil y aprendices del SENATI y, consecuentemente, estos no tienen derechos ni beneficios laborales salvo vacaciones y gratificaciones en un sistema especial y diferenciado del general —los únicos «beneficios laborales» propiamente dichos han sido establecido por las normas sobre el Seguro Complementario de Trabajo Riesgoso, que comprenden a estas figuras dentro de su ámbito de aplicación y la prohibición de discriminación en las ofertas de empleo—¹⁴⁰.

Pese a la inexistencia de una relación laboral, consideramos que, en tanto personas, es posible trasladar gran parte de lo expuesto en estos trabajos para tales

¹⁴⁰ Al respecto, puede verse ATACA, May Lin y TOYAMA, Jorge. «Modalidades Formativas: un Intento hacia la Conciliación entre el Centro Laboral y el Aula Universitaria», en *Revista Advocatus* N°. 14. Lima, 2006, pp. 132 y ss.

relaciones jurídicas. En efecto, en la medida en que los derechos inespecíficos tienen como ámbito subjetivo de aplicación a las personas por el hecho de ser tales, no existiría ningún impedimento para que, por ejemplo, un practicante pueda exigir el respeto de sus derechos constitucionales inespecíficos al empleador ideológico y, por otro lado, este pueda establecer limitaciones y restricciones en función a su ideario.

Más todavía, teniendo en consideración que no estamos ante una relación laboral —y, por ende, de un soporte jurídico que establezca reglas de protección a favor de estos—, la necesidad de un cabal ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos es mayor. Empero, al no existir una relación laboral, las personas que son contratadas bajo las relaciones que estamos analizando no podrían ejercer derechos fundamentales laborales específicos.

De lo expresado, por ejemplo, un medio periodístico que solicita practicantes para su área editorial podría establecer ciertas exigencias que se relacionan con la identificación al ideario del referido medio periodístico. Empero, este mismo empleador no podría establecer tales límites cuando pretenda contratar a jóvenes en formación laboral juvenil para que sean capacitados como operadores de la rotativa.

Por otra parte, tenemos el tema de la intermediación laboral. Sobre el tema, creemos que no debería existir ningún impedimento para «traspolar» las pautas que estamos explicando a los casos donde el empleador ideológico —comportándose como una empresa usuaria— contrate el destaque de trabajadores vía la figura de intermediación laboral, ya sea solicitando trabajadores con determinadas características ideológicas al verdadero empleador intermediador o, en los hechos, ejerciendo el poder de dirección ideológico sobre los trabajadores destacados.

Estas figuras no deberían ser tan frecuentes como sí podría verificarse en el caso de practicantes, jóvenes en formación laboral y aprendices del SENATI en la medida en que, probablemente, un empleador ideológico prefiera contratar trabajadores directamente dada las características y «carga» ideológica de los servicios que se prestarán. En todo caso, creemos que se debería aplicar lo expresado precedentemente, en tanto están en juego derechos fundamentales.

CAPÍTULO III

LOS EMPLEADORES IDEOLÓGICOS Y LOS DERECHOS INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES

Como hemos visto, los trabajadores tienen libertades y derechos laborales, que conforman los llamados derechos económicos, sociales y culturales —«de Segunda Generación»—. Dada la relación jerárquica entre el trabajador y empleador, el Derecho Laboral se sustenta en una suerte de función «equilibradora» de las relaciones laborales, estableciendo una serie específica de derechos y restringiendo las libertades de los trabajadores que supongan la renuncia de sus derechos.

Así, en el plano laboral, y por su condición de trabajadores, estos tienen una serie de libertades y derechos. En nuestro actual esquema constitucional —cuyos primeros enunciados provienen de la Constitución de 1920, tal como se apreció en el Capítulo I—, existen preceptos constitucionales que reconocen una serie de principios, libertades y derechos específicos a favor de los trabajadores: protección contra el despido arbitrario, derecho a descansos remunerados semanales y anuales, jornada máxima de trabajo, irrenunciabilidad de derechos, igualdad de trato, privilegio salarial, libertad sindical, etc.

Además de ello, tenemos los derechos inespecíficos de los trabajadores en el seno de la relación laboral (intimidación, religión, expresión, debido proceso, etc.) y que también merecen tutela dentro de un empleador ideológico.

Pese a esta declaración y reconocimiento constitucionales, no necesariamente todos estos derechos se ejercen en el plano de la relación laboral ideológica, tal como apreciaremos a lo largo de este trabajo. Un claro ejemplo de ello está referido a la terminación de la relación laboral y la protección ante las variaciones del ideario del empleador. Todo será materia de análisis en este Capítulo III.

1. Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores

1.1. EMPLEADOR IDEOLÓGICO:

CONVERGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Las organizaciones de tendencia suele ser un centro de convergencia de derechos fundamentales: de los organizadores del empleador ideológico y de los trabajadores que prestan servicios subordinados. De lo que se ha expuesto, quedaría claro que, en el marco de este trabajo, estamos ante un conflicto entre la libertad colectiva —representada por el empleador ideológico y su facultad para organizar la prestación de servicios en función a un ideal determinado— y la libertad individual —representada por las libertades inespecíficas y específicas de los trabajadores—.

El empleador ideológico —léase los afiliados o propietarios de la organización de tendencia—, al organizar la relación laboral, está ejerciendo su libertad en forma colectiva; en última instancia, el empleador —usualmente conformado por un número de fundadores— tiene un ideal sobre el cual organiza la prestación de servicios de los trabajadores, y lo hace en virtud de la libertad colectiva.

Por otro lado, podríamos afirmar que la libertad del empleador, al organizar un centro de trabajo ideológico, principalmente estaría ejerciendo la libertad en sentido positivo —autodeterminación—. El empleador estaría expresando la libertad positiva en la medida en que concibe, planea, elabora y organiza¹ la prestación de servicios de sus trabajadores de tendencia dentro del ámbito de su autonomía y para los fines ideológicos sobre los cuales sustenta su actuar.

En los términos en los que nos hemos referido en el capítulo precedente, las libertades de empresa y de asociación constitucionales serían las libertades individuales de los empleadores ideológicos que representarían los instrumentos para el ejercicio ideológico, a la cual se debe agregar los derechos fundamentales de las personas que organizan al empleador ideológico. Así, estaríamos ante un conflicto de libertades: la del empleador ideológico y la del trabajador de tendencia.

Por otro lado, el trabajador de una organización de tendencia, principalmente, verá o no afectada —supuesto que intentaremos resolver en este capítulo— su libertad negativa en función a los alcances de la ideología del empleador en la prestación de sus servicios.

En resumen, mientras que el empleador ejercerá la libertad positiva, en forma afirmativa —al imponer su ideal en el seno de la relación laboral—, el trabajador probablemente verá limitada su libertad individual negativa en la prestación de sus

¹ BERLIN, Isaiah. Op. Cit. p. 145.

servicios. En otras palabras, estamos ante un conflicto de derechos fundamentales entre particulares, entre dos libertades.

1.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR

Como se ha adelantado y resulta no controvertido hoy en día, tenemos como regla la vigencia y exigibilidad de las libertades y derechos específicos y, especialmente, inespecíficos de los trabajadores dentro del centro de trabajo. Son estas libertades y derechos de los trabajadores, que RAWLS las considera como elementos constitucionales básicos², que podrían entrar en conflicto con las libertades y derechos de dirección y de organización de un empleador ideológico.

Estos derechos constitucionales tienen plena repercusión en el centro laboral, no representan casos de laboratorio. Diariamente, los derechos fundamentales de los trabajadores son ejercidos no solamente fuera del centro de trabajo, también los son en el seno de la relación laboral. Los derechos fundamentales, entonces, no carecen, como señalan algunos, de un «matiz laboral»³; más bien, los potenciales supuestos de afectación se han incrementado con la introducción de las tecnologías y sistemas informáticos que se aprecia en las relaciones laborales.

Siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Español —y teniendo en cuenta el precepto constitucional de la eficacia de derechos fundamentales dentro de la relación laboral—, podemos señalar que la celebración del contrato de trabajo no implica la privación de los derechos que la Constitución reconoce a los trabajadores como ciudadanos, estos mantienen su vigencia y plenitud en el centro de trabajo (STC 88/1985, FJ 2).

De esta forma, el centro de trabajo, como organización dentro de la sociedad, no puede constituirse como un «mundo jurídico en sí mismo, completo en su género y en sus fines»⁴ y, por ello, el empleador no podría limitar el ejercicio de las libertades y derechos generales que tienen los trabajadores en su condición de ciudadanos.

La libertad de empresa, como cualquier otra libertad, no puede ser ejercida en forma ilimitada, tiene ciertas restricciones que no son solamente las específicamente referidas al marco laboral —pagar la remuneración, despedir solo por

² RAWLS, John. «La idea de una razón pública». En: *Liberalismo político*. FCE. México, 1995. pp. 216 y ss.

³ LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Ed. Conosur Ltda. Santiago, 1998, p. 154.

⁴ MOLINA, Cristóbal. «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales». En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, No 3. Madrid, 1991, p. 90.

causa válida o justificada, etc.—, sino también está limitada por las libertades y derechos fundamentales de los trabajadores⁵.

Fruto de la libertad de empresa, el empleador tiene la facultad de dirección por la cual puede organizar, dirigir, fiscalizar y sancionar la prestación de servicios de los trabajadores (inclusive, en el artículo 9 de la LPCL se recoge expresamente esta facultad del empleador) en tanto que se aprecien razones objetivas y justificadas que sustenten su actuación⁶.

Al ingresar al centro de trabajo, el trabajador está sujeto a una serie de pautas impuestas por la libertad de organización de tendencia, pero ello no supone que se encuentre subordinado plenamente a este, las libertades generales que gozaba antes de suscribir el contrato de trabajo se mantienen y se deberían ejercer salvo las modulaciones que, en determinado supuestos, se tengan que verificar⁷. Naturalmente, del lado del empleador, entonces, este debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores sin que ello suponga la necesidad de que tenga que alinear su estructura de negocios para adecuarla a los derechos fundamentales del personal⁸.

Por último, debemos referirnos a la preocupación de algunos laboristas por considerar como derechos fundamentales laborales a aquellos derechos que están reconocidos a todas las personas por el hecho de ser individuos. En otras palabras, se sostiene que los derechos de la persona que suelen tener mucha relevancia en la relación laboral —derecho a la intimidad, libertad de expresión, por ejemplo—, deberían ser considerados como derechos ciudadanos de los trabajadores e incorporados en documentos internacionales con fuerza vinculante, con especial

⁵ El TC ha destacado al respecto que (Expediente N°. 0008-2003-AI/TC) «dado el carácter 'social' del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos».

⁶ Sobre el particular, BLANCAS BUSTAMANTE describe que «Cualquier decisión empresarial que suponga limitar la libertad del trabajador en la configuración de su apariencia exterior debe estar fundada en las necesidades propias de la presentación laboral, en la naturaleza del servicio que presta y en las condiciones en que este debe presentarse, como las referidas a la salud, la seguridad, la higiene y otras semejantes, y no en criterios subjetivos o de mera conveniencia del empleador». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 229.

⁷ PEDRAJAS, Abdón. *Despido y derechos fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid, 1992. pp. 38 y ss.

⁸ En esta línea, «Los poderes empresariales tendrán como límite los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores. Sin embargo, estos límites operarán «en negativo» respecto de las facultades patronales, como prohibición de cualquier actitud que vulnere estas libertades, pero no obliga al empleador a modificar su estructura productiva al tenor de los derechos fundamentales de sus trabajadores, para facilitar su ejercicio, lo que la doctrina denominada «principio de neutralidad». Gamonal, Sergio. «Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos». FCU. Montevideo, 2004, p. 23.

relevancia a la determinación de los derechos laborales que pueden ser calificados como derechos humanos o fundamentales⁹.

Nosotros consideramos que no sería necesaria la emisión de normas laborales que reconozcan la vigencia de los derechos fundamentales de la persona en el seno de la relación laboral. Basta con las normas generales que reconocen la aplicación y vigencia de derechos de la ciudadanía dentro del contrato de trabajo y, por ello, no es indispensable que exista una regulación que reconozca la plena vigencia de los derechos de la persona en el desarrollo del contrato de trabajo, pues, en definitiva, se puede hablar de «una versión laboral de virtualmente todos los derechos fundamentales que demostraría la existencia de un Derecho constitucional del Trabajo»¹⁰.

1.3. LAS LIBERTADES Y DERECHOS INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES EN LA CONSTITUCIÓN

Para algunos, la denominación de derechos inespecíficos podría importar una restricción a la autonomía de voluntad del Derecho del Trabajo que tiene sus propias reglas e instituciones¹¹. Inclusive, para otros, la división no debería producirse pues denota una discriminación que no puede admitirse a nivel de derechos fundamentales¹².

Sin embargo, a nuestro entender, la clasificación entre derechos inespecíficos (generales, de la persona del trabajador) y derechos específicos (laborales, propios de la condición de trabajador) es adecuada pues, al lado de las instituciones del Derecho Laboral —que tienen su base en los derechos fundamentales laborales o específicos—, tenemos los derechos inespecíficos o de la persona del trabajador cuyo ejercicio puede verse enfrentado con la libertad de empresa y, para cuyo caso,

⁹ Sobre este tema, puede verse PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «Los derechos humanos y la OIT». En: *Revista Derecho Laboral* N° 173, Montevideo, 1994, pp. 3 y ss.; y BARBAGELATA, Héctor. «Perspectivas de una Carta de derechos fundamentales para el Mercosur». En: AA.VV. *Costos laborales en el Mercosur. Carta de Derechos Fundamentales*. FCU. Montevideo, 1993, pp. 233 y ss. Además, CARRILLO CALLE, Martín. «Los derechos fundamentales: normas mínimas internacionales». En: AA.VV. *Las constituciones iberoamericanas*. Adec-Atc. Lima, 1993, pp. 4 y ss.; MARTÍNEZ SALGUIERO, María. «Derechos económicos, sociales y culturales en las relaciones laborales. OIT. Análisis de la situación en América Latina». En: *Estudios básicos de derechos humanos*, T. VI. IIDH. OEA.

¹⁰ ALONSO OLEA, Manuel. *Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho al Trabajo según la Constitución*. Ed. Civitas, Madrid. 1982, pp. 28 y ss.

¹¹ SOTELO, Ana. «Protección de los derechos fundamentales inespecíficos». En: XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU. Montevideo, 2004, pp. 50 y ss.

¹² ECHEVESTE, José. «¿Es necesario distinguir derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador?». En XV Jornadas Uruguayas... Op. Cit. Pp. 89-90.

se vale de las teorías propias del Derecho Constitucional. Además, la clasificación de derechos solamente busca ser pedagógica y delimitar los supuestos de análisis sin que se pretenda encontrar alguna jerarquía o tratamiento diferente derivada de la clasificación de derechos. No vemos, por consiguiente, alguna imposibilidad de limitación de las instituciones del Derecho Constitucional a la relación laboral; naturalmente, los principios tendrán que sustentarse en las características propias de la relación laboral, pero ello no importa una dificultad en la aplicación de la dogmática constitucional.

Una de las razones del proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral es la coincidencia «entre derechos fundamentales y contrato de trabajo por su carácter inmediatamente antropocéntrico» a tal punto que el contrato de trabajo está, probablemente, como ningún otro, «constitucionalmente condicionado»¹³.

Entonces, nos referiremos a los llamados «derechos y libertades laborales inespecíficos» por la doctrina española¹⁴, esto es, libertades y derechos que son de titularidad general —que pueden ser ejercidos por todas las personas—, pero que también tienen un contenido laboral, y que confieren a todas las personas, siguiendo a RAWLS, un «status común» y garantizado de los ciudadanos iguales en una sociedad democrática¹⁵, o también se ha dicho que son «el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico del individuo»¹⁶.

Así, las libertades y derechos inespecíficos de la «ciudadanía laboral» —que podríamos citar a título ejemplificativo serían la creencia e ideología, la igualdad y no discriminación en términos generales, la intimidad personal, la libre expresión, la tutela judicial efectiva, el honor y la propia imagen, la salud, etc.— forman parte de esta categoría de derechos: todos son de titularidad general, pero cuando son ejercidos por los trabajadores adquieren un carácter laboral específico. No solo, pues, los derechos específicos se ejercen en la relación laboral, también los derechos inespecíficos tienen una enorme incidencia en el contrato de trabajo.

Debemos advertir que, en el plano laboral, la igualdad y el principio de no discriminación no solamente son valores que se incorporan en la relación

¹³ DEL REY, Salvador. «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general». En: *Revista Relaciones Laborales* N.º. 03, Madrid, 1995, pp. 201-202.

¹⁴ PALOMEQUE, Manuel. «El sistema constitucional de relaciones sindicales en España». En: AA.VV. *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo* (director: Óscar Ermida). F.C.U. Montevideo, 1993, p. 56.

¹⁵ RAWLS, John. *Sobre las libertades*. Paidós. Barcelona, 1990, p. 82.

¹⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús. «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio». En: AA.VV. (Semper Navarro y R. Martín Jiménez: coordinadores). *El modelo español en la Constitución Española de 1978*. MTAS. Madrid, 2003, p. 252.

laboral vía aplicación general inespecífica (artículo 2,2 de la Constitución), sino por un expreso precepto específico (artículo 26, 1) reconocido como principio de igualdad de trato laboral. Así, respecto de este derecho ejercido en la relación laboral, existe un doble fundamento constitucional, específico e inespecífico y que, siguiendo a BLANCAS BUSTAMANTE, es insuficiente pues, salvo el caso de la igualdad y no discriminación, el sistema jurídico «no ha “laboralizado” los derechos fundamentales inespecíficos, encontrándose notablemente atrasada en cuanto a la incorporación en sus disposiciones particulares de garantías específicas para su efectiva vigencia»¹⁷.

En el ámbito constitucional, nuestro sistema presenta un reconocimiento expreso a las libertades y derechos inespecíficos de los trabajadores dentro de la relación laboral —que viene incorporándose a las constituciones desde la Carta de 1933—. En efecto, el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1993 prevé que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

De las diversas constituciones que hemos podido revisar, solamente la Constitución de Portugal dispone que los derechos y libertades constitucionales sean aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a estas¹⁸. Empero, no existe una consagración expresa sobre el reconocimiento de la ciudadanía laboral en la relación laboral a nivel constitucional.

Sin perjuicio de lo señalado, el expreso reconocimiento constitucional al ejercicio de derechos fundamentales en la relación laboral no representa un respaldo determinante para que los trabajadores puedan invocar para todos los casos sus derechos fundamentales en la relación laboral en forma ilimitada. En la medida en que los derechos fundamentales, en nuestro ordenamiento jurídico, pueden ser invocados contra actos u omisiones de los particulares, aquí encontramos un respaldo para el ejercicio de derechos constitucionales en la relación laboral. En definitiva, inclusive en un esquema sin el reconocimiento expreso del ejercicio de derechos constitucionales de los trabajadores en el contrato de trabajo (artículo 23),

¹⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p.94.

¹⁸ Según DE LA VEGA GARCÍA, esta era la única Constitución —en el derecho constitucional comparado— que tenía un reconocimiento expreso sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares. Esta afirmación no es cierta dado que, cuando menos en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 reconocen expresamente la eficacia directa de los derechos constitucionales entre particulares y, también dentro de la relación laboral. Al respecto, véase DE LA VEGA GARCÍA, Pedro. «La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*». En: AA.VV. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los Derechos Humanos en Iberoamérica*. UNAM. México, 1992, pp. 418-19.

vía aplicación de la regla general, se podría seguir invocando frente al empleador derechos fundamentales inespecíficos o específicos de los trabajadores.

Este precepto constitucional, que reconoce la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, nos recuerda simplemente que el empleador debe respetar los derechos fundamentales del trabajador, así como para que no se entienda que el trabajador ha renunciado o dispuesto de tales derechos¹⁹, y ello no ha pasado desapercibido por el Tribunal Constitucional, que lo ha utilizado en diversas ocasiones en procesos de carácter laboral, como veremos más adelante. Entonces, es una cláusula que ha tenido un rol importante para la elaboración de construcciones jurídicas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Ya en el año 1977, MARTÍN VALVERDE²⁰, a propósito de la inclusión del respeto de la dignidad del trabajador en la antigua Ley de Contrato de Trabajo española, reseñaba que la «reelaboración doctrinal del contrato de trabajo» debía tener como pautas centrales no la apreciación sobre los derechos típicamente laborales, sino que debía comprender el estudio de los bienes personales del trabajador como la vida, salud, esfera privada, libertades individuales, etc. y que representaría una de las vetas progresistas de la doctrina jurídico-laboral. Al poco tiempo de ello, los laboralistas y magistrados de trabajo comenzaron a abordar el tema y hoy es fecunda la literatura y jurisprudencia. Este fenómeno citado por el profesor español se aprecia en el Derecho Laboral peruano, pues hoy contamos con una producción relevante y sustantiva del TC en la resolución de diversos procesos de amparo laborales.

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (trabajadores y empleadores) ha sido destacada por el TC en el Expediente 976-2001-AA/TC que, justamente, está referido a derechos fundamentales en materia laboral:

Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones inter privados cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que estos resulten vulnerados.

¹⁹ En este sentido, se ha destacado que «Aunque no pretende suprimir el principio de la autonomía de la voluntad, la eficacia horizontal sí le impone —al empleador— límites y marcos dentro de los cuales este debe desenvolverse respetando los derechos fundamentales de las partes, toda vez que la libertad de contratación, que es un derecho fundamental, no puede erigirse en un derecho superior a los demás derechos fundamentales, ni, por lo mismo, ejercerse en desmedro de estos (lo agregado entre líneas es nuestro). BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p.36.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo». En: Op. Cit. AA.VV. «Ideologías jurídicas...», p. 99.

De lo expresado, tenemos una disposición imperativa constitucional, de preceptividad inmediata que, dentro del ordenamiento jurídico, ejerce trascendencia en las relaciones laborales y que se aplica a todo contrato de trabajo, destacando no solamente la lista abierta de derechos fundamentales de los trabajadores sino que, en claro reconocimiento a uno de los valores claves de la Constitución, indica que la dignidad no puede ser desconocida dentro de una relación laboral en tanto los trabajadores son, antes que nada, personas. En esta misma línea, el TC ha resuelto lo siguiente sobre la natural comprensión de la expresión «persona» a un «trabajador» (Expediente N°. 0410-2002-AA/TC):

A estos efectos, el concepto «persona», en los términos que señala el inciso 2) del artículo 200.º de la Constitución, engloba a cualquier particular, independientemente de que a este se le haya encargado o no la prestación de un servicio público o que, respecto a este, el afectado se encuentre en una relación de subordinación. Los derechos constitucionales, como antes se ha dicho, deben respetarse en las relaciones entre particulares y, en caso de que se abuse de ellos o resulten vulnerados, las puertas del amparo están abiertas para que en esa sede se dispense la tutela correspondiente.

Ciertamente, el reconocimiento de derechos fundamentales del trabajador no supone que exista un despliegue de tal magnitud que rebase a las facultades del empleador, inclusive los derechos fundamentales deben modularse frente a la estructura productiva de cada empleador siendo posible una limitación o no ejercicio de un derecho en tanto sea necesaria y razonable²¹. En esta misma línea, sobre el particular el TC ha señalado (Expediente N°. 1058-2004-AA/TC):

Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir

²¹ Así, se ha destacado que «La restricción del derecho fundamental ha de ser la imprescindible, la justa y necesaria derivada de la aplicación del principio de buena fe en forma de proporcionalidad, para el adecuado desarrollo empresarial de la entidad en la cual el trabajador se encuentra inmerso». CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p.375.

los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

En este mismo sentido, como apunta SANGUINETI²², dada la relación de dependencia en que se sitúa el trabajador dentro de la relación laboral, es posible que el ejercicio de derechos fundamentales pueda verse matizados en atención al adecuado cumplimiento de los servicios contratados²³ e, inclusive, en los puestos de tendencia, «la prestación laboral experimenta una mutación que producirá efectos restrictivos en las libertades del trabajador adquiriendo preeminencia el titular»²⁴.

2. Algunas sentencias emblemáticas del Tribunal Constitucional sobre derechos inespecíficos del trabajador

En los últimos años, el TC ha modificado radicalmente el sistema de protección de derechos laborales, habiendo emitido una serie de resoluciones que han incidido enormemente en las relaciones laborales, tales como estabilidad laboral, jornada de trabajo atípica, pensiones, edad de jubilación, control sobre el uso del correo electrónico laboral, facultades del empleador, etc. La más representativa ha sido, qué duda cabe, el criterio del TC sobre la estabilidad laboral, que ha generado la ampliación de los supuestos de reposición al centro de trabajo, especialmente de los despidos sin expresión de causa (llamados generalmente despidos improcedentes).

Teniendo en cuenta que el TC es el órgano de control de la Constitución y que, precisamente, las acciones de amparo se interponen contra la trasgresión de derechos constitucionales, las decisiones que emite revisten enorme importancia y trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico. De las materias recurrentes que se ventilan ante el TC, una de ellas es la laboral y, de esta, el derecho frecuentemente

²² SANGUINETI, Wilfredo. «Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español». En: *Revista Foro Jurídico* N.º. 4, Lima, p. 226.

²³ En esta línea, se ha dicho que «En la organización productiva han de acomodarse los derechos fundamentales del trabajador no específicamente laborales y el derecho constitucional del empresario a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE, entendiéndose al respecto el TC que, si bien el legislador constituyente ha pretendido conceder a los derechos fundamentales una «posición preeminente» en el ordenamiento jurídico, dicha preferencia se encuentra «condicionada» por la existencia de otros derechos fundamentales o constitucionales del ciudadano y que, en el ámbito de la empresa, se sustancia en el adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva con fundamento en el mencionado derecho a la libertad de empresa». AA.VV. (Coordinador: Juan GORELLI). *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Ed. Tecnos. Madrid, 2004, p. 325.

²⁴ FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. CES. Sevilla, 2007, p.77.

invocado por los accionantes —además del derecho previsional— se refiere a la estabilidad laboral. Los criterios que ha empleado el TC para resolver las acciones de amparo han sido variables y contradictorios dentro del espacio temporal —no se aprecia un criterio unívoco en el tiempo aunque ha tendido hacia la unificación y el establecimiento de sentencias vinculantes—; ha utilizado en ciertos casos argumentos de carácter constitucional y otros de nivel primario —legal—, etc.

La regulación del TC incide enormemente en los mecanismos de protección a los cuales pueden acudir los trabajadores de un centro ideológico en caso que exista una afectación a un derecho fundamental. De allí, conviene referirnos al TC y los criterios más relevantes.

2.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las resoluciones que emite el TC, al resolver las acciones de amparo y otros procesos constitucionales, no solamente resultan importantes porque versan sobre derechos fundamentales y agotan la vía interna. Además, las resoluciones que se emiten tienen relevancia porque el TC es el supremo intérprete constitucional, y sus resoluciones tienen efecto vinculante dentro del ordenamiento jurídico.

El control jurisdiccional es necesario en todo sistema normativo y es la base sobre la cual descansa el moderno Estado de Derecho²⁵. No es posible que exista un ordenamiento jurídico moderno sin mecanismos, directos o indirectos, de control de la constitucionalidad y de la legalidad. Hoy en día no se concibe un sistema donde no se aprecie un órgano o poder del Estado que goce de facultades de interpretación. En el esquema constitucional, diversos órganos y poderes del Estado suelen tener prerrogativas y funciones que importan una potestad para interpretar la Constitución, pero suele conferirse a un órgano la facultad de fijar los criterios rectores y unívocos sobre este tema.

En función a lo expuesto, es necesario que los sistemas jurídicos cuenten con un órgano que tenga preeminencia sobre los demás en materia de interpretación constitucional, de tal manera que su criterio interpretativo se imponga ante varias posibles interpretaciones que existan sobre una determinada materia²⁶. Esta necesidad es mayor cuando, en un país como el nuestro, se aprecia los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad —europeo y norteamericano—.

La Constitución de 1993 no señala expresamente la calidad de intérprete constitucional del TC. El artículo 201 prevé que el TC es el órgano de control

²⁵ ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*. Ed. Ciudad Argentina. Bs.As., 1995, p. 141.

²⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como problema». En: *Pensamiento Constitucional*. N.º. 01. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1994, p. 34.

de la Constitución y que es autónomo e independiente. Luego, el artículo 202, entre otras funciones, indica que el TC conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y acción de cumplimiento. De esta forma, en el ámbito de la sola Constitución, no existe una disposición expresa que permita apreciar que el TC es el intérprete de la Constitución, y que su criterio, en caso de varias interpretaciones posibles, predominará.

Analicemos la expresión «control de la Constitución» que se atribuye al TC. Si bien puede entenderse que se ha señalado la función que cumple el TC que es, como sabemos, el control de la Constitución, consideramos que solamente tendría eficacia y validez la función conferida si es el órgano que puede imponer su criterio de interpretación sobre otras posiciones. Carecería de eficacia tal precepto si se permitiera que, siendo el órgano de control de la Constitución, cualquier juez o tribunal pueda imponer su criterio de interpretación, ya sea declarando inconstitucional una norma declarada como constitucional por el TC o señalando que no hay una violación a un derecho constitucional cuando el TC ha establecido una trasgresión a tal derecho constitucional, con el natural sustento jurídico²⁷.

Adicionalmente, un argumento de carácter formal. La atribución de controlar la Constitución solamente está establecida para el TC; por consiguiente, si bien no es el único órgano que puede interpretar, su criterio de interpretación es el que debe primar ante un conflicto.

En las normas de nivel primario, se resalta expresamente la condición de supremo intérprete de la Constitución. Así, la Ley Orgánica del TC (Ley N°. 28301) expresamente indica que el TC es el «órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad» (artículo 1). Como consecuencia de ello, se destaca que «Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad» (Primera Disposición Final).

²⁷ En esta línea, se ha indicado sobre el TC que «Lo decisivo aquí es que la jurisdicción constitucional, si bien lleva a cabo una labor de especificación del sentido de los mandatos presentes en la norma fundamental que resulta especialmente intensa dado el carácter deliberadamente abierto de los mismos estos, lo hace —o, en todo caso, ha de hacerlo— mediante el recurso, no a consideraciones de mera oportunidad o conveniencia política, sino a criterios jurídicos. Es decir, aplicando el método jurídico para extraer del texto constitucional —considerando en su integridad— los criterios que guían sus decisiones». SANGUINETI, Wilfredo. «Derecho constitucional del trabajo». Op. Cit., p. 124.

De otro lado, el Código Procesal Constitucional (Ley N°. 26435) prevé que las sentencias del TC en materia de acciones de inconstitucionalidad y popular, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales desde el día siguiente de su publicación (artículo 82). El mismo tratamiento se dispensa a las sentencias del TC que resuelven un conflicto de competencia (artículo 113). Por otro lado, el artículo VI del Código comentado dispone que los jueces interpretan y aplican las normas según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones que emita el TC en todo tipo de procesos. De esta forma, la *ratio decidendi* y la interpretación conforme lo efectúa el TC, tiene plena eficacia en el ordenamiento jurídico y los jueces deben apreciarla, en tanto resulten aplicables sus efectos en los diferentes procesos judiciales.

Ciertamente, aun cuando no hubiese las dos precisiones legales descritas, el TC tiene la condición de intérprete máximo de la Constitución. La única posibilidad de actuación adecuada del TC es reconociéndole la calidad de máxima entidad en la aplicación e interpretación de las normas constitucionales.

2.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS ACCIONES DE AMPARO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La vía de protección jurisdiccional frente a la afectación de los derechos fundamentales específicos o inespecíficos es la acción de amparo. Las acciones de amparo, que son apreciadas por el TC en última instancia, ciertamente, suelen tener menor carga política que las acciones de inconstitucionalidad²⁸, pero ello no supone que dejen de ser relevantes las resoluciones que se emiten ya que siempre ejercerán un control de la Constitución y en varias ocasiones han sentado un precedente vinculante y que, cuando menos en una oportunidad, ha sido ratificado por el Poder Judicial como obligatoria para los jueces²⁹. Más todavía, algunas de las resoluciones del TC han tenido un impacto hartamente relevante en las relaciones laborales, como las sentencias sobre despidos sin expresión de causa o las jornadas atípicas mineras³⁰.

²⁸ PÉREZ ROYO, Javier. *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Ed. Tecnos. Madrid, 1988, p. 88.

²⁹ En la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, el Poder Judicial dispuso que los jueces debían acatar los criterios del TC en materia de amparos laborales, especialmente el dispuesto en el Exp. N° 206-2005-AA/TC que delimitó los alcances de los amparos laborales.

³⁰ Una reflexión interesante sobre el papel del TC puede verse en la mesa redonda «Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en Perú: diez años después», que tiene los comentarios de los profesores Marcial Rubio, Pedro Sagues, César Landa y Francisco Eguiguren. En: *Revista Themis* N°. 55. Lima, febrero 2008, pp. 13 y ss.

Conforme al artículo 202 de la Constitución, el TC conoce de las acciones denegatorias de amparo en última y definitiva instancia. Desarrollando este precepto constitucional, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional precisa que el TC conoce el recurso denominado de agravio constitucional contra las resoluciones desestimatorias de las acciones de amparo que expiden las Cortes Superiores. Estas resoluciones tienen carácter definitivo en el ordenamiento interno (artículo 24 del Código Procesal Constitucional).

Además de establecer las pautas que regularán el procedimiento de amparo, el artículo 20 del Código Procesal Constitucional prevé que el TC resuelve sobre la forma y fondo de la acción entablada; si existe un vicio formal, declara la nulidad de la sentencia de vista y remite los actuados a la instancia respectiva para que resuelva conforme al criterio emitido por el TC.

Naturalmente, el TC tiene que sopesar adecuadamente la pretensión del demandante que supone una tutela de un derecho constitucional, interpretar en función a cada período o momento histórico el Texto Constitucional y evaluar las consecuencias de sus decisiones, tanto como si estuviera resolviendo una acción de inconstitucionalidad³¹. Teniendo en cuenta su calidad de intérprete constitucional, con mayor razón debe existir un especial cuidado al momento de emitir las sentencias de amparo.

Por otro lado, no todos los derechos recogidos en la Constitución son tutelables mediante la acción de amparo. Los derechos constitucionales pueden dividirse, en función a su eficacia, como de preceptividad inmediata o aplazada. En el primer caso, el derecho puede ser ejercido por las personas sin que sea necesaria una reglamentación o un acto posterior del Estado: la sola consagración constitucional asegura el derecho y su pleno ejercicio. En cambio, los derechos de preceptividad aplazada requieren de desarrollo legal o reglamentación para que puedan tener exigibilidad dado que la Constitución «delega» al legislador el contenido del derecho.

La distinción expuesta no es gratuita dado que solamente los derechos de preceptividad inmediata pueden ser tutelados directamente mediante una acción de amparo.

De lo que hemos descrito, el centro de trabajo, como organización dentro de la sociedad, no puede constituirse como un «mundo jurídico en sí mismo, completo en su género y en sus fines»³² y, por ello, el empleador no podría limitar

³¹ AA.VV. (Antonio López ed.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, Francia e Italia*. Ed. Civitas. Madrid, 1991, p. 254.

³² MOLINA, Cristóbal. «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales». En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, No 3. Madrid, 1991, p. 90.

el ejercicio de las libertades y derechos generales que tienen los trabajadores en su condición de ciudadanos.

Siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Español —y teniendo en cuenta nuestro esquema constitucional—, podemos señalar que la celebración del contrato de trabajo no implica la privación de los derechos que la Constitución reconoce a los trabajadores como ciudadanos, pues estos mantienen su vigencia y plenitud en el centro de trabajo (STC 88/1985, FJ 2). Sobre este mismo tema, el TC ha indicado: «los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico —incluidos los referidos a la materia laboral—, pues ellos forman parte esencial del orden público constitucional» (Exp. N°. 976-2001-AA/TC).

Veamos ahora algunos casos emblemáticos del TC en torno a los derechos inespecíficos laborales. No haremos referencia a la dignidad que ha sido tomada por el TC como sustento en varias sentencias laborales, tal como ha sido descrito precedentemente³³.

2.3 INTIMIDAD: INTERVENCIÓN DEL CORREO ELECTRÓNICO

El TC consideró que se debe restringir las facultades que tiene el empleador para el control y fiscalización del uso del correo electrónico, esta herramienta de trabajo que, a la vez, es un instrumento para las comunicaciones privadas.

Con fecha 18 de agosto de 2004, el TC expidió la Sentencia en el Expediente N°. 1058-2004-AA/TC, donde se cuestiona el despido de un trabajador de una empresa del Estado que fue acusado de haber utilizado de forma indebida recursos públicos (el correo electrónico) dentro del horario de trabajo y para fines personales (envío de archivos pornográficos)³⁴.

El TC señala que la constatación notarial de verificación de la existencia de correos electrónicos con contenido pornográfico se efectuó en la computadora de un tercero (nuevo usuario del equipo), no destinatario de los mensajes, quien los abrió sin estar autorizado por el verdadero destinatario. Precisa que no se verificó técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la computadora asignada al trabajador despedido, omitiéndose la discusión de si se pudo

³³ A título de ejemplo, en el Exp. N°. 0895-2001-AA/TC, el TC indicó: «Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el ius variandi del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio».

³⁴ Al respecto, puede verse: TOYAMA, Jorge y Claudia IRUJO. «Correo Electrónico: Entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°. 83. Lima, Agosto 2005, p. 243.

haber manipulado las vías informáticas para hacer aparecer al recurrente como remitente de los mismos. Además, indicó que al no existir certeza plena debió investigarse más profundamente y no imputarle la falta el mismo día, medida que vino acompañada de la suspensión de labores (no se le permitió el ingreso al centro de trabajo al trabajador involucrado).

Adicionalmente, el TC reconoce que, si bien el medio electrónico es de propiedad de la empresa, ello no implica que los derechos fundamentales del trabajador se antepongan a las obligaciones laborales a las que se haya obligado en virtud del contrato de trabajo al punto de desvirtuarlas, sino que para poder fiscalizar y de ser el caso sancionar, el empleador debe: i) respetar las limitaciones impuestas por la Constitución y ii) crear mecanismos razonables que sin violentar los derechos constitucionales permitan cumplir los objetivos laborales.

En este caso, el TC ha inclinado su posición a favor del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas sobre las facultades de la empresa para controlar el uso del correo electrónico, que es una herramienta de trabajo e instrumento de su propiedad. Por ello, declaró inconstitucional el despido del trabajador.

En concreto, el TC destaca que, si bien los sistemas y medios informáticos son de propiedad de la empresa, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos a los que irrazonablemente no puede acceder el empleador, pues estamos ante «atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce» al trabajador. En esta línea, el empleador no puede, unilateralmente, iniciar un proceso de fiscalización sobre los correos electrónicos del personal —aun cuando estos correos fueran proporcionados por la empresa— pues «la garantía de reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predefinidas por la ley»³⁵. Todo lo expresado por el TC se incardina en el nuevo escenario con que cuenta un trabajador: las nuevas tecnologías han impregnado los servicios laborales de tal manera que la «especificidad de la informática la

³⁵ En concreto, el TC indicó: «[...] es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley».

convierte en un instrumento de merma potencial de los derechos fundamentales, en particular de la intimidad y dignidad del trabajador»³⁶.

De lo expresado, este criterio de protección a la intimidad se trasladaría a los centros ideológicos: pese a su especial constitución, con excepción de los puestos ideológicos, resulta cuestionable que se acepte la intervención del empleador ideológico y que este pueda leer los correos electrónicos del personal salvo que se trate de un consentimiento informado, esto es, que previamente el trabajador hubiera prestado su aprobación en torno a la posibilidad de intervención de los correos electrónicos y se hubiera comunicado las reglas aplicables al procedimiento de intervención.

Finalmente, conviene precisar que sí existe una posibilidad de fiscalización que tiene el empleador en relación con los correos electrónicos. Es posible controlar el uso del correo electrónico para fines personales sin acceder a su contenido (basta conocer los destinatarios), de modo tal que puede controlarse el desvío de información a terceros así como el empleo desmedido del correo para actividades extra laborales, o el uso excesivo del correo electrónico para actividades no laborales en horario de trabajo. Entonces, concordamos con lo establecido por RUBIO DE MEDINA³⁷ cuando afirma que está permitido el despido por detectarse un uso abusivo del correo electrónico transmitiendo o recibiendo mensajes de índole no profesional, simplemente verificando los destinatarios de dichos mensajes y respetando determinadas pautas mínimas.

2.4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA RELIGIOSA DEL TRABAJADOR

De manera general, se puede indicar que la objeción de conciencia importa la posibilidad de que el trabajador pueda objetar, por razones ideológicas debidamente sustentadas, el cumplimiento de una orden dada por el empleador³⁸. Por su parte, el empleador debe actuar sobre la base del principio de neutralidad (manifestación negativa de la libertad) que supone que nadie puede ser obligado

³⁶ PEREZ DE LOS COBOS, Francisco y THIBAUT, Javier, «El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS del 26 de setiembre de 2007, rec. 966/2006)». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 6/2008. Madrid, 2008, p. 52.

³⁷ RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *El Despido por utilización personal del correo electrónico*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003, p. 17.

³⁸ Un estudio general sobre el tema puede verse en VALDÉS DAL RÉ, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo, 2003, pp. 134 y ss. Un tratamiento exhaustivo de la objeción de conciencia, puede verse en SEGALÉS, Jaime. *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pp. 183 y ss.

a profesar la ideología de otra persona³⁹ o de una ideología en general. Sobre este tema, volveremos más adelante.

Veamos este tema a través de un caso abordado en el Tribunal Constitucional. En este caso, un médico de ESSALUD venía laborando una jornada semanal que suponía descansar el día sábado por así disponerlo su religión⁴⁰, mientras que los demás médicos tenían turnos que importaban variar el día de descanso semanal —y por consiguiente laborar los días sábados—. Ante ello, ESSALUD decidió incluir al médico dentro del sistema de turnos rotativos, de tal manera que debía laborar los sábados (como cualquier otro trabajador).

Frente a esta nueva disposición, el médico interpone una acción de amparo que, en última instancia, es declarada fundada por el TC (Exp. N°. 0895-2001-AA/TC)⁴¹. El TC privilegia la objeción de conciencia sobre el interés general de ESSALUD de tener turnos rotativos (pues ESSALUD había aceptado previamente que el médico no laborase los días sábados), y TC termina por resolver a favor del demandante sobre la base de un «sacrificio» —consideramos que el tratamiento de derechos desplazados, privilegiados o sacrificados, no debería ser utilizado como una herramienta en la solución de conflictos de derechos fundamentales, en la línea de una teoría que busque un equilibrio de derechos fundamentales— de un derecho fundamental:

[...] dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

En este caso, el conflicto entre derechos fundamentales, entre los derechos del empleador (relacionados con el *ius variandi* aun cuando también se alude a la atención a la salud pública y no discriminación a otros médicos) y los derechos

³⁹ SOTELO, Ana. Op. Cit., p. 60.

⁴⁰ Naturalmente, dependerá del nivel de exigencia de la religión para ejercer este derecho. Así, se ha destacado que, «En el caso de la Iglesia Católica, aun cuando establece el deber de dedicar el domingo al descanso, a la vida familiar y a dar a Dios el culto debido, no impone un deber absoluto de abstenerse del trabajo porque no quiere imponer más cargas a los católicos que se encuentran obligados a laborar, por exigencias de sus empleadores». PACHECO, Luz. «La objeción de conciencia en la jurisprudencia Constitucional». En: *Revista Análisis Laboral*, Lima, Octubre 2003, p. 7.

⁴¹ Un análisis de esta sentencia así como de la objeción de conciencia en general, puede verse en GARCÍA TOMA, Víctor. «La libertad de conciencia y de religión en la Constitución del Perú». En: *Revista del Foro*, Año XCII, N°. 1. Lima, agosto de 2006, pp. 123 y ss.

del trabajador (libertad de conciencia), el TC termina por preferir a este último correctamente a nuestro entender, pero nosotros hubiéramos evitado la expresión «sacrificio» de los derechos del empleador. Un juicio de ponderación de los bienes constitucionales en juego podría haber llevado a la misma conclusión: el empleador no probó la necesidad —lo inevitable de la medida— ni razonabilidad —alguna causa justificada— del cambio⁴², pero sin aludir a sacrificios de derechos constitucionales.

La situación hubiera sido diferente si el trabajador hubiera cambiado de religión. Si un trabajador que laboraba de lunes a sábado, luego cambia de una religión que profesa el culto el sábado, esta situación no puede originar una conducta activa del empleador para que pueda otorgarse un descanso los días sábados al trabajador y trabajar los días domingos, pues ello podría importar una obligación al empleador para participar en el culto y no se respetaría su propia libertad religiosa ni la dinámica propia en el centro laboral. Sobre este tema, ahondaremos más adelante.

2.5 DEBIDO PROCESO

Naturalmente, el debido proceso es un derecho que también le asiste al trabajador como cualquier persona y tiene eficacia dentro de las relaciones laborales. Nuevamente, estamos ante derechos fundamentales del «ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador ciudadano, es decir, derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral»⁴³. La afectación al debido proceso en materia laboral se puede verificar a partir de la jurisprudencia del TC en dos aspectos: de un lado, la afectación general del proceso laboral de despido (debido proceso formal), y de manera más concreta la proporcionalidad en la sanción (debido proceso sustantivo).

Sobre el debido proceso formal, en diversas ocasiones el TC ha dispuesto la reposición del trabajador cuando no se cumplieron los procedimientos previstos en las normas laborales con ocasión del despido: uno de los casos emblemáticos

⁴² La propia sentencia del TC indica: «En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio».

⁴³ SAGARDOY, Juan. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2005, p. 13.

puede verse en el caso Cossío, Exp. N°. 1112-98-AA/TC. Así, sobre este tema el TC ha destacado en el indicado caso:

Que la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, en la medida en que garantizan estándares mínimos de justicia que, junto a otros que lo conforman, hacen posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demandada resultó lesivo de la tipicidad de la falta y del derecho de defensa, es además el derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado. Circunstancia esta que permite, a este supremo intérprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, erga omnes, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas —como es el caso de la demandada— en mérito a la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional; por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional⁴⁴.

En relación con el debido proceso sustantivo, el TC ha mencionado que la imposición de una sanción disciplinaria al trabajador debe ser proporcional y razonable, de tal manera que exista una adecuada sanción en relación con la naturaleza de la falta laboral cometida y se respete, por consiguiente, el debido proceso sustantivo al cual tiene derecho todo trabajador. Así, se ha destacado:

[...] resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos (Exp. N°. 1058-2004-AA/TC).

⁴⁴ Para el sector público laboral, el TC ha descrito: «En ese sentido, resulta cuestionable que en un proceso administrativo que tenga como consecuencia la sanción máxima de destitución, se omita la valoración de toda prueba o elemento que coadyuve a la determinación certera de la responsabilidad del demandante, cuando esta representa la única garantía de justicia y proporcionalidad entre la supuesta falta cometida y la sanción a imponerse» (Exp. N°. 3994-2005-AA/TC).

3. Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores y derechos del empleador ideológico

3.1. EL EMPLEADOR IDEOLÓGICO Y EL CONTRATO DE TRABAJO

En este punto, importa apreciar, en términos generales, la constitución de una relación laboral en un centro de trabajo ideológico, teniendo en cuenta las características especiales que se pueden verificar para, posteriormente, estudiar las pautas genéricas que podríamos tener en consideración para resolver los conflictos que se pueden presentar entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los derechos de un empleador ideológico.

El presupuesto inicial es encontrarnos ante una relación laboral. De entrada, conviene, por ello, dejar fuera de nuestro análisis aquellas relaciones jurídicas que no califican como relaciones laborales. En los centros de trabajo ideológicos se confunden relaciones laborales y no laborales y, por ello, no debemos tomar en consideración a estas últimas, ya sea porque no representan un trabajo por cuenta ajena, porque no existe dependencia o subordinación, no se verifica el pago de una remuneración, etc.

De esta forma, por ejemplo, el trabajo militante no retribuido que efectúan los afiliados o simpatizantes a un partido político, sindicato, agrupación religiosa, etc. que no supone un trabajo por cuenta ajena con la presencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo (los tres elementos esenciales: remuneración, prestación personal y subordinación se deben verificarse conjuntamente, y están reconocidos por la LPCL). Tampoco debemos considerar, en tal sentido, los servicios que se prestan en los centros religiosos por los religiosos, feligreses, etc. A este tipo de servicios se les puede equiparar los denominados trabajos benévolos conformados por el trabajo prestado por los bomberos, Cruz Roja, etc.

Además, siguiendo a CALVO⁴⁵, no debemos incluir a los dirigentes de determinados centros ideológicos en la medida en que se verifica en estos un trabajo por cuenta propia o no subordinado ya que, por el cargo que ostentan, prestan servicios al empleador ideológico sin que exista plena constatación de un trabajo típicamente laboral.

Por otro lado, conviene advertir que el carácter no lucrativo, asociativo, religioso, etc. que pudiera revestir el empleador ideológico, no supone la inexistencia de la relación laboral; solamente podría verse privado el trabajador del específico derecho constitucional a la participación en las utilidades, como hemos visto en el Capítulo II. Podemos encontrarnos ante una relación laboral sin que se reste

⁴⁵ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p. 135.

méritos o se atente contra el carácter religioso de un empleador ideológico. Inclusive, si el trabajador no respeta el ideario del centro de trabajo ideológico, ello no supone la inexistencia del contrato de trabajo, sino su posible extinción.

En otras palabras, la falta de armonía entre los ideales del trabajador y empleador ideológico no «deslaboraliza» la relación laboral. Inclusive, si las partes establecen una relación «alaboral» —por ejemplo, una relación civil, un contrato de locación de servicios que ocultara una prestación subordinada de servicios—, en virtud del arraigado principio de primacía de la realidad, se debe considerar que nos encontramos ante un auténtico contrato de trabajo. Sobre este tema, es ilustrativa una sentencia del Tribunal Constitucional Español (Sentencia 63/1994, Fj 4), recaída sobre el caso de una trabajadora de un centro ideológico:

Se hace evidente que la condición de miembro de una orden religiosa no puede determinar la «deslaboralización» automática de la actividad profesional [...] No debe haber ningún impedimento para reconocer como laboral la relación que un religioso mantiene con un tercero fuera de la comunidad a la que pertenece [...] La subordinación o dependencia a la Superiora del centro, como en el caso de sus compañeras seglares en las tareas educativas, responde a las necesidades de organización del centro educativo y puede constituir un elemento esencial del contrato laboral, pero no convierte a la actora en trabajadora por cuenta ajena.

En el empleador ideológico existe, entonces, relaciones laborales que se regulan por las mismas normas generales aplicables a los trabajadores que prestan servicios por cuenta ajena y subordinada. Ciertamente que, por su especial configuración, existen servicios de personas que no pueden ingresar dentro del Derecho Laboral; empero, ello no supone que no existan relaciones laborales en los empleadores ideológicos siempre que se verifique una relación de ajenidad y los elementos esenciales del contrato de trabajo.

3.2. EL CONFLICTO IDEOLÓGICO EN LA ORGANIZACIÓN DE TENDENCIA

Como hemos visto precedentemente, en el ejercicio de derechos fundamentales de los organizadores o fundadores, se forman y constituyen los empleadores ideológicos. Los miembros de una congregación religiosa, ejercerán principalmente el derecho constitucional de la libertad religiosa; los propietarios de un medio periodístico, la libertad de expresión e información; los afiliados a un sindicato de trabajadores, la libertad sindical; etc. Además, todos estos derechos y libertades de constitución de un empleador ideológico tienen, también como sustento, el ejercicio de un derecho constitucional como la libertad de empresa —entendida

como un derecho que no solamente importa la constitución de un empleador para fines lucrativos y económicos— y la libertad de asociación.

En tanto que el soporte de los empleadores ideológicos es el reconocimiento constitucional de su ideario, resulta de vital trascendencia apreciar la manera cómo el ejercicio de sus derechos constitucionales es compatible con los derechos constitucionales de los trabajadores que laboran para estos.

Definitivamente, el tema es diferente en un empleador ordinario no ideológico. En estos casos, como hemos visto, salvo excepciones, la doctrina no escatima en reconocer el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa, porque no existe obstáculo mayor para apreciar el desarrollo y la exigencia de un derecho fundamental en el centro de trabajo.

No obstante ello, en el plano de los empleadores ideológicos, no necesariamente los trabajadores pueden ejercer sus derechos fundamentales con la plenitud debida. Para resolver los conflictos que se plantean en el ámbito de los derechos fundamentales de los trabajadores y los empleadores ideológicos se han elaborado una serie de teorías que van desde criterios cuantitativos donde predomina el interés social y colectivo del empleador ideológico sobre el derecho individual de los trabajadores hasta el pleno respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores, como si estuviéramos ante cualquier otro empleador⁴⁶.

Desde ahora, advertimos que la posición que asumimos admite observaciones. El conflicto entre las libertades del empleador ideológico y del trabajador de tendencia admite más de una posición: toda prelación de derechos básicos, esenciales, fundamentales, etc. a este nivel conflictivo, como apunta HERNANDO NIETO⁴⁷, siempre importa un acto arbitrario que responderá a la valoración de los bienes que se efectúe, de la teoría que se adopte —hoy en día, según DEL ÁGUILA, en términos generales, entre liberal o democrática⁴⁸—.

Todo conflicto de derechos constitucionales debe ser apreciado cuidadosamente y la valoración sobre el bien constitucional que debe privilegiarse siempre debe ser casuística, atendiendo a las circunstancias particulares y específicas que se verifican en cada caso, y en este proceso se determinan las prerrogativas y límites que tienen las partes laborales⁴⁹. No se trata de «jerarquizar» los derechos, sino

⁴⁶ Al respecto, véase CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., pp. 142 y ss.

⁴⁷ HERNANDO NIETO, Eduardo. «¿Existen los derechos naturales?». En: *Revista Derecho* N°. 49. PUC. Lima, 1995. p.341.

⁴⁸ DEL ÁGUILA, Rafael. «El centauro postmoderno; liberalismo y democracia en la democracia liberal». En: *Historia de la Teoría Política*. Fernando Vallespín, editor, T. 6. Alianza Editorial, Madrid, 1995. pp. 549 y ss.

⁴⁹ En palabras de BAYLOS: «Se requiere en consecuencia la construcción normativa y jurisprudencial de un espacio lícito de actuación del poder directivo y ordenador del empresario que implique

de coordinarlos y relacionarlos armónicamente considerando a la Constitución como una unidad que impide un desplazamiento de un derecho sobre otro⁵⁰. En otras palabras, se trata de delimitar adecuadamente los derechos en conflicto de modo tal que se establezcan los alcances y relaciones entre los bienes cuya interpretación es objeto de análisis.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español (STC 215/1994, Fj 2) ha señalado lo siguiente: «Y se ve obligado —el intérprete— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ellos es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos».

El precepto jurisprudencial citado se refiere a la «prevalencia» de bienes constitucionales. El tema es delicado y lo veremos en las siguientes líneas. El análisis del conflicto debe ser por cada caso concreto, apreciando las características que se verifican en cada uno de ellos, de tal manera que las soluciones y reglas que se establezcan sean fruto de previos juicios de valor que conduzcan a fijar una adecuada ponderación de los bienes y valores constitucionales en juego⁵¹ y se determine qué valor constitucional debe aplicarse en cada supuesto concreto, según su grado de realización e importancia en cada caso⁵².

No se puede, por consiguiente, en el supuesto que estamos trabajando, establecer una clara regla aplicable a todos los conflictos que se pudieran presentar, con la variedad de peculiaridades y circunstancias que rodean cada caso. No se podría establecer un claro orden de prioridades o un enunciado de derechos fundamentales que «predominan» sobre otros derechos fundamentales. En todo caso, se podrían fijar «órdenes» o «reglas» flexibles o blandas de interpretación

consecuentemente la exigibilidad al trabajador de una actuación acorde con la determinación concreta que del trabajo convenido se realiza en los lugares de trabajo y que por tanto proceda a enunciar los límites externos e internos al poder de dirección y a la forma de ejercitarlo que deben preservarse en las relaciones laborales». BAYLOS GRAU, Antonio. «La Autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario». En: AA.VV. (Jaime Cabeza, José Lousada y Matías Movilla: Coordinadores). *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. Ed. Comares. Granada, 2002, p. 39.

⁵⁰ STEIN, Torsten. «Criterios de interpretación de la Constitución». En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Lecturas sobre Temas Constitucionales* N°. 12. CAJ. Lima, 1996, pp. 138 y ss.

⁵¹ MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. Op. Cit., pp. 120 y ss.

⁵² Inclusive, se ha destacado que «Cuando mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en conflicto, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario». GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús. «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio». En: AA.VV. (Sempere Navarro y R. Martín Jiménez: Coordinadores). *El modelo español en la Constitución Española de 1978*. MTAS. Madrid, 2003, p. 270.

o ponderación de derechos fundamentales⁵³ para que, según sea el supuesto materia del conflicto, podrían no ser aplicadas por bienes constitucionales que, valorados casuísticamente, deben ser preferidos desplazando a los derechos que suelen privilegiarse.

Ahora bien, teniendo en cuenta las características del empleador ideológico, podría apreciarse una cierta valoración de los derechos que sustenta a los empleadores ideológicos⁵⁴:

En este tipo de empresas la opinión ideológica de determinados trabajadores sí puede impedir el correcto funcionamiento de la organización. Por ello, en estos casos sí resulta lícito exigir contractualmente una cierta modulación de los derechos fundamentales del trabajador que permita la correcta gestión ideológica de la entidad y garantice su autonomía y existencia.

Lo expresado no supone que, en el caso de los empleadores ideológicos, la regla del ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral se invierta. En los empleadores ideológicos, los derechos fundamentales de los trabajadores deben seguirse ejerciendo, pero con una modulación y adecuación al ideario de tales empleadores que, de ordinario, no se observa en los centros de trabajo: estamos, como se ha visto, ante las libertades ideológicas de la organización de tendencia y del trabajador que confluyen y que, en caso de conflicto, los derechos de la organización de tendencia están destinados a prevalecer⁵⁵. Para ello, como hemos apreciado en el Capítulo I, el método de la ponderación supone «resolver las situaciones de colisión entre derechos fundamentales» y, atendiendo a lo previsto en el artículo 200 de la Constitución, se deberían utilizar las reglas de razonabilidad y proporcionalidad (con los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁵⁶.

Si bien a nivel constitucional se establece un adecuado marco para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral, siempre

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC. Madrid, 1997, pp. 225 y ss.

⁵⁴ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p. 151.

⁵⁵ ROMAGNOLI, citado por FERNÁNDEZ, Roberto y Otros, describe que «los derechos fundamentales de libertad de los que la organización de tendencia es, en hipótesis, una forma concreta de ejercicio, son merecedores de tutela en una medida no inferior a cuanto se admite a favor del trabajador. Más, aún, en caso de conflicto están destinados a prevalecer». En: FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. CES. Sevilla, 2007, p. 71. En la misma línea, se ha indicado que «Los condicionamientos que puedan imponerse a los derechos fundamentales, y un ejemplo claro lo encontramos respecto al derecho a configurar la apariencia personal, son admisibles con tal de que sean razonables y justificados en orden a servir algún tipo de interés legítimo del empresario». RIERA, Carlos. *El despido nulo*. Tirant Monografías. Valencia, 1999, p. 168.

⁵⁶ INDACOCHA, Úrsula. «Aproximación al concepto...». Op. Cit., p. 196.

y cuando estos no se opongan a valores ideológicos superiores de los respectivos centros de trabajo, no debemos dejar de señalar que, en el ámbito legislativo y jurisprudencial, nos encontramos ante una escasa regulación y construcción jurídica que permite a los trabajadores una adecuada protección en caso de vulneración de unos derechos fundamentales.

Las políticas de flexibilización y desregulación laboral, el retiro del «Estado» en la regulación de las relaciones laborales en la década pasada, la pasividad de los estamentos estatales para tutelar y garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, la reducción de la fuerza sindical y la poca regulación autonómica de las relaciones individuales de trabajo, entre otras causas, originaron un clima donde los trabajadores no ejercían sus derechos fundamentales a cabalidad, pero sin que ello suponga la ausencia de conflictos, tan solamente los que son pecuniarios solía demandarse. Inclusive, a la fecha no habría, entonces, un «sentido plural» de las ideologías que debe predominar en las relaciones laborales, por un claro «sacrificio» de los trabajadores por el ejercicio de sus derechos fundamentales.

A ello, podríamos agregar la relación que existe entre el pluralismo social, y concretamente el laboral, con el sistema democrático de tal manera que, cuando el pluralismo social es fuerte, la libertad y democracia tienden a ser fuertes y viceversa⁵⁷.

3.3. FORMACIÓN Y DESARROLLO DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el plano de los empleadores ideológicos, la conformidad o el respeto de los trabajadores que realizan funciones de tendencia a la ideología de sus empleadores debería ser un principio, máxime si su capacidad de dirección se deriva de la libertad de la empresa⁵⁸, así como la concreción de derechos fundamentales. Sin embargo, tal principio tendría tres instituciones que habría que estudiarse y que han sido destacadas por parte representativa de la doctrina: la posible discriminación de los empleadores en función a la ideología de los trabajadores, la irrenunciabilidad de derechos por parte de los trabajadores a sus ideologías que son incompatibles con las del empleador y las posibles perturbaciones a la vida íntima de los trabajadores.

De lo que se trata es apreciar si, en los empleadores ideológicos, se verifica un trato diferente con relación a los empleadores no ideológicos. Obviamente, en

⁵⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. «Un modelo democrático de relaciones laborales». En: AA.VV. Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1977, p. 25.

⁵⁸ Sobre las facultades de dirección, puede verse VALDES DAL RE, Fernando. «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador». En: APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Grau. *Autoridad y democracia de la empresa*. Ed. Trotta. Madrid, 1992, p. 31.

un empleador ordinario, no se verificaría lo expuesto con la misma intensidad. En efecto, los trabajadores tendrían amplia libertad para ejercer sus derechos y el empleador no podría imponer su ideología a tales trabajadores. Empero, nuevamente, el análisis es por cada caso concreto, porque los derechos de los trabajadores pueden no ser ejercidos.

¿Es posible que un trabajador pueda alegar el principio de irrenunciabilidad de derechos para anular un acto de aceptación al ideario del empleador? ¿Es justificado solicitar información sobre la orientación ideológica, antes de contratar a un trabajador? ¿Puede el empleador, válidamente, no contratar a los trabajadores que se oponen abiertamente a su orientación ideológica y cabalmente no cumplirían, por ende, las funciones en el centro de trabajo ideológico? Estas son las principales interrogantes que serán abordadas en este acápite.

3.3.1. La irrenunciabilidad o inalienabilidad de los derechos

En primer lugar, tenemos el tema de la irrenunciabilidad o la inalienabilidad de las libertades y derechos de los trabajadores, que es planteado como un límite para que los trabajadores puedan respetar, orientar o adherirse a la ideología del empleador⁵⁹. Es necesario apreciar si el trabajador puede o no, al aceptar laborar en un puesto ideológico, posteriormente invocar el principio de irrenunciabilidad para invalidar su acto e invocar el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales.

3.3.1.1. *La inalienabilidad en el contexto de los derechos humanos*

La inalienabilidad sería un principio que se impondría por encima de la voluntad de los titulares, con independencia de la autonomía privada. La inalienabilidad implica que los titulares de las libertades y derechos no pueden renunciar a estos, solamente existe una posibilidad, una forma de ejercicio que es la prevista en la norma imperativa y que usualmente se manifiesta en la nulidad de aquellos actos contrarios al orden público cuando sea razonable pensar que el consentimiento de la persona no protege sus verdaderos intereses, a tal punto que si hubiera actuado de modo razonable hubiera mostrado su acuerdo con la prohibición del acto de renuncia⁶⁰. Parafraseando a NINO, ser beneficiario de un derecho inalienable supondría «ser beneficiario de un conjunto complejo de deberes y de ausencia

⁵⁹ GIMENO, Blat. Op. Cit., pp. 61 y ss.

⁶⁰ ÁGUILA-REAL, Jesús. «Autonomía privada y derechos fundamentales». En: *Anuario de Derecho Civil* N°. 1, Tomo XLVI, 1993, pp. 102 y 22.

de deberes en el marco de un cierto orden jurídico»⁶¹ y, en el caso concreto, el deber de ejercerlo, la nulidad de los actos de disposición.

Siguiendo a VILLANUEVA FLORES, un derecho será inalienable si no se puede transferir o renunciar a él voluntariamente por su titular⁶². No existiría, en consecuencia, una capacidad de disposición de derechos, no habría posibilidad de renunciar, disponer o abandonar un derecho. Desde ahora, advertimos que no seguiremos la distinción de FEINBERG sobre los términos renuncia y abandono de derechos en la teoría de la inalienabilidad⁶³, los cuales serán tratados como sinónimos.

Otros agregan a la definición de VILLANUEVA FLORES una prerrogativa al derecho calificado propiamente como inalienable: «aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición»⁶⁴. Finalmente, SIMMONS anota que los derechos inalienables incorporan el elemento de la incompetencia en el titular para ejercer un derecho en un sentido diferente al expuesto en la norma⁶⁵.

De lo expresado, la inalienabilidad, como atributo de los derechos humanos, supondría que las personas no pueden abandonar o renunciar sus derechos. Nótese que no nos referimos a los supuestos donde un tercero o el Estado no permiten o restringe el ejercicio de un derecho determinado; solamente estamos comprendiendo a los casos donde el titular de un derecho pretende, unilateral y voluntariamente, disponer de este.

En este sentido, las relaciones entre particulares no pueden ser el mecanismo a través del cual se pueden disponer de derechos fundamentales. Inclusive la alegación de la autonomía privada contractual (libertad contractual) puede servir para declarar la eficacia de un acto de disposición de derechos fundamentales. Así, el TC ha declarado lo siguiente (Exp. N°. 858-2003-AA/TC) en torno a este tema:

⁶¹ NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Ed. Astrea. Bs.As., 1992, p. 217.

⁶² VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*. Universidad de Castilla-La Mancha. Colección Tesis Doctorales, 1995. p. 296. Sobre el tema específico de la autonomía de la voluntad puede verse CASTILLO, Luis. «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales». En: *Revista Actualidad Jurídica* N°. 155. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2008, pp. 157 y ss.

⁶³ La posición de este autor puede encontrarse, rigurosamente analizada, en VILLANUEVA FLORES, Rocío. Op. Cit., p. 305.

⁶⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. «Los derechos humanos como derechos inalienables». En: AA.VV. (Editor: Jesús Ballesteros). *Derechos humanos*. Tecnos. Madrid, 1992, p. 88.

⁶⁵ VILLANUEVA FLORES, Rocío. Op. Cit., p. 318.

[...] Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.

23. Ello es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales.

Estamos, en buena cuenta, ante «derechos de obligatorio cumplimiento» —las personas deben ejercer un derecho en determinada dirección— que, en el caso de los empleadores ideológicos, difícilmente se verificaría dado que los trabajadores podrían renunciar a su religión, opinión, afiliación política, opción sexual, etc., como veremos más adelante.

3.3.1.2. *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales*

Como veremos, existe identidad entre la inalienabilidad y la irrenunciabilidad de derechos: ambos suponen la ausencia de capacidad de los titulares para disponer de determinados derechos contenidos en normas imperativas.

Uno de los principios emblemáticos del Derecho Laboral es el de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, sustentado en el carácter protector y las normas tuitivas de esta rama del Derecho. Este principio reconocido en la Constitución⁶⁶ supone que el trabajador no tiene plena capacidad de disposición de sus derechos, dada la relación de subordinación o dependencia que mantiene dentro de la relación laboral, así como las necesidades económicas derivadas del mercado de trabajo⁶⁷, de tal manera que se prevé la nulidad o ineficacia de cualquier acto —unilateral o bilateral— de renuncia de sus derechos laborales.

⁶⁶ El artículo 26 de la Constitución indica:

«En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

[...] 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley».

⁶⁷ Sobre el particular, BLANCAS BUSTAMANTE señala que «cuando una de las partes de la relación privada es económicamente débil, por encontrarse en estado de necesidad, su libertad contractual resulta prácticamente anulada, tal como ocurre con el caso del asalariado que se ve obligado a aceptar

A su vez, el principio de irrenunciabilidad es uno de los elementos claves de diferenciación respecto del Derecho Civil. Mientras que en el Derecho Civil las normas son dispositivas y se permite a las partes la renuncia de los derechos reconocidos en las normas —más todavía estas son supletorias a la voluntad de las partes—, en el Derecho Laboral las normas son imperativas y tienen el carácter de mínimas, a tal punto que solamente cabe la renuncia sobre los derechos que se encuentren por encima de tales disposiciones mínimas.

La renuncia, de acuerdo a OJEDA AVILÉS, es una especie de la disposición que supone todo acto de desprendimiento de nuestro patrimonio de un bien mediante enajenación, gravamen y disposición⁶⁸. Ahora bien, podemos señalar que el principio de irrenunciabilidad de derechos puede ser definido como la imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en una norma imperativa⁶⁹.

Entonces, se debe verificar una participación expresa del trabajador en la disposición del derecho. En algunos casos, el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales en forma cuestionable, pues en el acto de despido no se presenta un acto unilateral del trabajador no existe un acto de disposición laboral de un derecho (Expediente N°. 566-99-AA/TC-Arequipa)⁷⁰:

[...] el hecho de que el demandante no haya obtenido puntaje favorable para acceder a una plaza en calidad de nombrado en el concurso promovido, no podía afectar su derecho a permanecer en la entidad en la condición de contratado para servicios de naturaleza permanente; razonamiento este último

las condiciones que le impone el empleador en el contrato de trabajo». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2007, p. 34.

⁶⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. IEP. Madrid, 1971, pp. 30 y ss.

⁶⁹ DE LA VILLA, Luis. «El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales». En: *Revista de Política Social*. N°. 70. Madrid, 1970, pp. 7 y ss.

⁷⁰ En la misma línea, puede verse la sentencia recaída en el Expediente N°. 0085-1995-AA/TC, donde se admite una afectación al principio de irrenunciabilidad sin que se verifique un acto de disposición del trabajador sino un incumplimiento del empleador:

«Si bien la demandada niega el derecho de reincorporación solicitado por el actor, en base a la interpretación de diversas normas legales citadas en la contestación de la demanda, y relacionadas a los alcances de la Ley N°. 25273, este Colegiado considera que las argumentaciones legales de la emplazada no enervan el derecho de reincorporación adquirido por el actor al amparo de la acotada Ley N°. 25273, por cuanto aceptar dicho predicamento significaría desconocer derechos y principios laborales de jerarquía constitucional contenidos en los artículos 42° y 57° de la Constitución de 1979, y en el artículo 26°, incisos 2) y 3) de la vigente Constitución, que hacen referencia al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos a los trabajadores por la Constitución y la ley».

que se sustenta en los principios constitucionales de jerarquía normativa y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, aplicable en la relación laboral; principios contenidos en los artículos 51° y 26° de la Constitución Política del Estado, respectivamente.

Antes de describir la definición constitucional de irrenunciabilidad, debemos anotar que existe una discusión sobre el ámbito subjetivo de aplicación del principio: la extensión de la irrenunciabilidad a los actos del empleador y los actos desplegados por el sindicato en un convenio colectivo.

Veamos primero los actos del empleador. El ejemplo que se acostumbra citar es la posibilidad de que el empleador disponga de sus facultades de dirección —que supone las prerrogativas para dictar normas, fiscalizar la prestación y sancionar los incumplimientos laborales— previstas en el ordenamiento jurídico. Algunos sostienen que el empleador no podría renunciar a esta facultad en la medida en que la relación laboral se desnaturalizaría sin una facultad de dirección del empleador.

En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad se origina en la desigualdad entre las partes laborales y la necesidad de proteger al trabajador, este principio está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último. En el caso propuesto, si el empleador renuncia a sus facultades de dirección, podría «deslaboralizarse» la relación laboral y encontrarnos ante un vínculo posiblemente de carácter civil, pero no nos encontramos ante un supuesto referido al principio de irrenunciabilidad.

De otro lado, los actos de disposición del sindicato respecto de derechos nacidos en convenios colectivos tampoco configuran supuestos de renuncia en la medida en que en la negociación colectiva no se verifica una desigualdad entre las partes y no debe presumirse, por consiguiente, la nulidad de los actos de disposición del sindicato. Ahora bien, si se tratara de actos del sindicato que disponen de derechos previstos en normas heterónomas imperativas, sí cabría, como apunta NEVES MUJICA, la aplicación del principio abordado⁷¹.

A continuación, analizaremos cada uno de los elementos de la definición de renuncia descrita precedentemente. En primer lugar, estamos ante una disposición, irrevocable y unilateral, del trabajador de un derecho.

La renuncia de derechos del trabajador debe ser irrevocable, esto es, incondicional, definitiva. No debe confundirse la irrevocabilidad con la temporalidad. Nos explicamos. El acto de renuncia del trabajador puede ser temporal —renuncia a la percepción de un beneficio por un mes—, pero lo trascendente es que el

⁷¹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ed. Ara. Lima, 1997, p. 111.

solo acto del trabajador suponga la disposición incondicional del derecho. Así, la renuncia que venimos tratando puede ser definitiva o temporal. Al contrario, CORTINA ORTS destaca que los derechos inalienables suponen que las personas no pueden enajenarlos definitivamente⁷².

Nótese que es el trabajador quien prescinde de un derecho: el acto —claro y contundente— no normativo del trabajador que dispone de un derecho previsto en una norma imperativa. El acto unilateral del trabajador puede estar contenido en una declaración unilateral, en un contrato de trabajo, en un acuerdo extrajudicial con el empleador, en un recurso presentado en un proceso judicial, en una liquidación de beneficios sociales, etc. En otras palabras, lo relevante es que se trate de un acto disposición del trabajador a un derecho que puede encontrarse en un acto unilateral o bilateral.

De otro lado, no constituyen supuestos de renuncia el no ejercicio de un derecho por el transcurso del tiempo ni la renuncia tácita o presunta⁷³. Debe tratarse, pues, de un acto expreso y claro del trabajador que disponga de un derecho y la voluntad del trabajador debe haberse originado válidamente. Cuando se aprecie uno de los denominados vicios de la voluntad —como la violencia o el error— por la doctrina civil, estaremos ante supuestos de ineficacia estructural del acto jurídico que determinan la nulidad o anulabilidad del acto de disposición del trabajador. En estos casos, no estamos ante un supuesto de renuncia porque no existe un acto válido del trabajador: aquí deberían aplicarse las disposiciones sobre nulidad o anulabilidad para enervar los efectos del acto de disposición. La renuncia, entonces, supone un acto de disposición del trabajador que nació válidamente, sin ningún vicio en la prestación de su voluntad.

En este sentido, ha destacado el TC (Expediente N°. 009-2004-AA/TC Arequipa) que los acuerdos de reducción de remuneraciones son válidos y no transgreden, por ello, la Constitución, y distancia de estos acuerdos los supuestos de invalidez del acto jurídico:

En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año [...] el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio. En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por su carácter sumario, no

⁷² CORTINA ORTS, Adela. «Pragmática formal y derechos humanos». En: MUGUERZA, Javier y otros. *El fundamento de los derechos humanos*. Ed. Debate. Madrid, 1989, p. 33.

⁷³ DE LA VILLA, Luis. Op. Cit., p. 9.

es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo.

En definitiva, los casos de renuncia se producen porque el trabajador voluntariamente prescinde de un derecho. Todo acto ajeno a la voluntad del trabajador que suponga la disposición de un derecho no importa una trasgresión al principio de irrenunciabilidad de derechos (de ser el caso, podría cuestionarse la pérdida del derecho pero por otra institución jurídica). No puede, pues, alegarse la doctrina de los actos propios para enervar los efectos de la irrenunciabilidad, porque el acto de disposición del trabajador no genera efectos jurídicos.

El segundo elemento que podemos analizar se contrae en el reconocimiento del derecho en una norma imperativa. Bastará la existencia del derecho para que el acto de disposición del trabajador pueda calificar como irrenunciable, sin que se requiera que el trabajador cuente con los requisitos previstos en la normatividad para el goce efectivo del referido derecho. Como anota NEVES MUJICA, lo expuesto distingue al principio de irrenunciabilidad del principio de condición más beneficiosa en tanto que este último principio requiere, para ser alegado, que el trabajador cuente con los requisitos para gozar del derecho⁷⁴.

Así, antes, durante o después de la relación laboral rige el principio de irrenunciabilidad. Cuando el trabajador suscribe un contrato de trabajo y acepta no percibir ninguna gratificación por Fiestas Patrias y Navidad, o conviene en trabajar una hora extra sin el pago de una retribución adicional o firma una liquidación de beneficios sociales al término de la relación laboral donde señala que no tiene nada por reclamar pese a que no le hubieran pagado vacaciones truncas, estamos ante supuestos de renuncia de derechos. Sobre este tema, nos llama la atención que, en una ocasión, el TC indicara que el principio de irrenunciabilidad se aplica cuando se encuentre vigente una relación laboral, pareciendo descartar la pertinencia del principio antes del inicio o después de la vigencia del contrato de trabajo (Exp. N°. 008-2005-AA/TC):

Por tanto, es coherente afirmar que para que sea posible la aplicación del artículo 26° de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen.

⁷⁴ NEVES MUJICA, Javier. «Introducción...». Op. Cit., pp. 113-14.

Ahora, conviene describir el tipo de norma —y el carácter de esta— que contiene un derecho del trabajador que no puede ser materia de dejación. Las normas estatales que reconocen derechos a los trabajadores son claramente irrenunciables. Luego, tenemos los derechos contenidos en normas convencionales. Sobre este último, se plantean posiciones encontradas en tanto que unos señalan que también recogen derechos irrenunciables y otros no.

En nuestra opinión, el principio de irrenunciabilidad de derechos debe comprender a los derechos nacidos de actos normativos como los convenios colectivos de trabajo dado su eminentemente carácter normativo e imperativo dentro de su ámbito de aplicación —reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución⁷⁵—. La aplicación de la irrenunciabilidad es, pues, frente a todo derecho reconocido en una norma. Para el TC, sin embargo, este principio no comprende a los derechos provenientes del convenio colectivo⁷⁶.

Finalmente, el derecho materia de renuncia debe estar contenido en una norma imperativa. Aquí conviene trasladar la distinción española sobre el grado de imperatividad de las normas estatales frente a la autonomía privada. Así, tenemos las normas de derechos dispositivos —existe plena autonomía para las partes—, necesarios relativos —fijan un piso, un derecho mínimo que puede ser «mejorado» por la autonomía privada pero no reducido—, máximos de derechos necesarios —establecen un techo o tope que no puede ser superado por las partes— y absolutos —no existe alguna capacidad de disposición de las partes—.

Ciertamente, en el caso que nos ocupa, la eventual alegación de la renuncia se encuentra dentro de esta clasificación (derechos reconocidos en sede constitucional) solo que su ejercicio deberá ser modulado en tanto estamos ante, igualmente, derechos fundamentales de las organizaciones de tendencia que sustentan la actuación del empleador⁷⁷.

En este sentido, los casos donde el empleador ideológico no otorgue un derecho que corresponde al trabajador, un convenio colectivo disminuya el monto de un beneficio reconocido legalmente a los trabajadores o una ley derogue un derecho de los trabajadores, no configuran supuestos de renuncia de derechos.

⁷⁵ Además, el artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Ley N.º 25593) prescribe que los trabajadores no pueden disponer de derechos derivados de un convenio colectivo de trabajo.

⁷⁶ Al respecto, el TC precisa que este principio «No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre» (Exp. N.º 008-2005-PI/TC).

⁷⁷ En palabras de PEDRAJAS, «En la empresa ideológica se plantea la necesidad de superar el conflicto que puede suscitarse entre la libertad del trabajador y la libertad de la propia empresa, que también persigue fines constitucionalmente protegidos». PEDRAJAS, Abdón. *Despido y derechos fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid, 1992, p.47.

En los casos descritos, nos encontraremos ante un incumplimiento laboral del empleador que puede motivar la presentación de una demanda laboral para que se goce del derecho, un convenio colectivo ilegal que puede generar el control de su legalidad y la sucesión peyorativa de normas estatales que puede suponer la alegación del principio de condición más beneficiosa⁷⁸, respectivamente.

Empero, en muchas ocasiones, los jueces suelen «ampararse» en la irrenunciabilidad de derechos para declarar fundadas determinadas pretensiones de trabajadores, cuando no estamos dentro del ámbito típico de aplicación del referido principio: el caso más frecuente es la utilización de la irrenunciabilidad de derechos cuando una norma estatal deroga un beneficio y el trabajador acude a la vía judicial para mantener el referido derecho⁷⁹.

3.3.1.3. *La irrenunciabilidad e inalienabilidad de derechos y el puesto de trabajo ideológico*

En nuestra opinión, los trabajadores, cuando ingresan a un puesto de trabajo ideológico —o durante la ejecución del contrato—, y aceptan determinadas limitaciones al ejercicio de sus derechos fundamentales inespecíficos que se relacionan con el ideario de la organización, con posterioridad no podrían invocar a su favor la nulidad de tal acto de disposición, basándose en la irrenunciabilidad e inalienabilidad de derechos dado que, en estos casos, el valor ideológico del empleador es una causa objetiva y razonable para impedir la nulidad solicitada⁸⁰. Estamos, por consiguiente, «admitiendo la existencia de límites o restricciones de la libertad de expresión fundamentadas en la propia naturaleza de la actividad a

⁷⁸ En nuestra opinión, en el ordenamiento jurídico peruano resulta discutible la alegación del principio de condición más beneficiosa ante una sucesión peyorativa de normas estatales. En rigor, este principio laboral solamente debería utilizarse cuando estamos ante derechos nacidos de actos no normativos —un contrato, un acto unilateral del empleador—. Al respecto, puede verse TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «El principio de condición más beneficiosa». En: *Revista Derecho y Sociedad* N° 7. Lima, 1993, pp. 42 y ss.

⁷⁹ A título ilustrativo, puede revisarse la ejecutoria del 8 de setiembre de 1995 recaída en una acción de amparo, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 8 de marzo de 1996. En esta sentencia, se estima una acción de amparo en virtud del principio de irrenunciabilidad porque una ley derogó un derecho que gozaba el trabajador accionante y que estaba contemplado en esta ley derogada. En todo caso, en este supuesto, estamos ante una sucesión peyorativa que podría ser materia —tesis que no compartimos— del principio de condición más beneficiosa alegando derechos adquiridos.

⁸⁰ En la misma línea, MORENO indica que «el carácter indisponible de los derechos no se puede hacer valer estos supuestos, pues en principio las personas que entran a trabajar en tales organizaciones lo hacen por un acto de libre autodeterminación». MORENO, Botella. *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. FUE. Madrid, 2003, p.258.

desarrollar, en cuyo caso la prestación del consentimiento por parte del trabajador al contrato de trabajo supone la admisión de dichas restricciones»⁸¹.

En sentido contrario, se ha indicado que no existe una renuncia de derechos del trabajador sino una modulación de derechos. Así, MOLINA precisa que «nos encontramos, de esta forma, no con una renuncia contractual de los derechos fundamentales del profesional de la información sino ante un ámbito específico de modulación del lícito ejercicio de sus libertades ideológicas, de expresión y de información»⁸². Nosotros consideramos que, cuando el trabajador acepta alinearse al ideario de la organización de tendencia, está presente la institución que venimos abordando pero que, en tanto estamos ante bienes de tutela constitucional (como son el ideario de la organización de tendencia) relacionados con los específicos servicios que prestará, se debe concluir a favor de la validez de la disposición o la adecuación del trabajador al ideario del centro de trabajo.

La regla general, como apunta BLANCAS BUSTAMANTE, es que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada o restringida de tal manera que se genera la natural nulidad⁸³ de aquellos actos del trabajador que importe una afectación a las normas mínimas en cada ordenamiento jurídico. De esta forma, estaríamos ante una excepción a las relaciones contractuales en tanto que estas no pueden limitar el ejercicio de derechos fundamentales⁸⁴: en estos casos de personas que ocupan un puesto ideológico, la autonomía de la voluntad, que supone adoptar un acuerdo en el marco de un contrato de trabajo de un puesto ideológico, resulta válida inclusive si importa la restricción de ciertos derechos fundamentales, siempre que se relacione con el objeto de la prestación laboral que tiene carga o contenido ideológico.

Cuando un trabajador ingresa a un puesto de trabajo ideológico debe respetar y valorar el ideario del empleador de tal manera que las posteriores variaciones de su ideología y que contravienen el ideario del centro de trabajo no pueden

⁸¹ GALAN, Carolina. «Relación Laboral y Libertad de Expresión (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1995, de 10 de enero)». En: *Revista Relaciones Laborales*. N°. 01, 1996, p. 45.

⁸² MOLINA, Cristóbal. *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*. Ed. Comares. Granada, 2000, p. 99.

⁸³ Concretamente, BLANCAS BUSTAMANTE indica que «El campo de la autonomía de la voluntad quede rigurosamente acotado por las normas que integran esta rama del derecho, disponiendo de un margen reducido para desplegarse. Se trata, sin duda, de un aspecto de la «irradiación» de los derechos fundamentales —es este caso, los específicamente laborales— sobre las relaciones entre particulares». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2007, p.82.

⁸⁴ Al respecto, puede leerse CASTILLO, Luis. «Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales». Op. Cit., pp. 157 y ss.

imponerse en el desarrollo de la relación laboral. Más todavía, la variación del ideario, aun cuando se respalde en un derecho constitucional —como puede ser la libertad religiosa—, puede hasta ocasionar la válida terminación de la relación laboral. Por las características especiales de los empleadores ideológicos, resulta de suma importancia valorar la ideología de los trabajadores contratados de tal manera que estos no pueden imponer un derecho que contravenga o se oponga al ideario del empleador ideológico y resulte justificada la aceptación al ideario de la organización de tendencia.

Obviamente, el trabajador que labora en un puesto de trabajo ideológico podrá ejercer sus derechos constitucionales, pero estos no podrían ser invocados contra el ideario del centro laboral y, por ello, de ser el caso, estaríamos ante la validez de una posible extinción del contrato de trabajo. En determinados casos, cuando estamos ante un bien o valor constitucional de mayor valía, es posible que las personas dispongan de determinados derechos sin que ello califique como un atentado contra el principio de irrenunciabilidad de derechos⁸⁵.

De esta manera, siguiendo a GIMENO, estamos ante una restricción de derechos fundamentales de los trabajadores de tendencia en la medida en que tales restricciones guardan relación con la necesidad de respetar el ideario del centro de trabajo ideológico⁸⁶. En el delicado y necesario equilibrio entre los derechos y libertades fundamentales en juego, los que corresponden a los trabajadores están mediatizados por los atribuidos al empleador ideológico. Aquí, más que encontrarnos ante el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, estamos ante la necesaria adecuación entre los derechos de las partes laborales en un centro de trabajo ideológico.

Si no estuviéramos ante un empleador ideológico, los trabajadores sí podrían invocar la irrenunciabilidad e inalienabilidad de derechos (artículos 23 y 26,1 de la Constitución) y, por ejemplo, ante una variación de su ideología, sostener la nulidad de los actos de disposición a una futura variación ideológica.

⁸⁵ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Op. Cit., pp. 116-17.

⁸⁶ GIMENO, Blat. Op. Cit., p. 83. En el mismo sentido, se ha descrito que «El trabajador ha consentido la limitación del derecho pactando la misma, lo que implica que en uso de su libertad ha ponderado sus propios derechos e intereses en juego y, simplemente, ha elegido. La anulación de ese consentimiento solo es posible cuando se haya puesto en cuestión la propia dignidad del trabajador». RIERA, Carlos. «El despido nulo». Op. Cit., p. 175.

3.3.2. El derecho a la intimidad y los requerimientos del empleador

3.3.2.1. *Marco general*

Aquí, entra en juego el derecho a la intimidad. El Derecho Laboral, dado su carácter tuitivo, reconoce el derecho a la intimidad de los trabajadores ante actos atentatorios del empleador. La existencia de una relación subordinada de servicios no enerva el derecho a la intimidad del trabajador, el mismo que debe ser ejercido sin limitación alguna no solo durante el contrato de trabajo, sino, sobre todo, antes de la contratación laboral.

Conscientes de la amplitud del derecho a la intimidad —para muchos, estamos ante un concepto indeterminado que tiene un amplio desarrollo o tratamiento en los sistemas jurídicos, no solo por la amplitud del término sino por la variación que ha tenido en el tiempo y espacio—, podemos señalar que comprende la esfera espiritual, afectiva e íntima de la persona⁸⁷: es el derecho de autodeterminación individual en estas tres esferas, y que comprende toda clase de información, hechos, actos, etc. que no son de conocimiento público. En esta línea, EGUIGUREN PRAELI destaca que la intimidad involucra «hechos, aspectos, datos e informaciones tanto de tipo estrictamente íntimo (vinculados al ámbito interno de la vida personal o familiar) como otros que sin tener carácter íntimo igualmente son y deben ser objetivo de privacidad y reserva para garantizar la calidad de vida y la dignidad de la persona en una sociedad libre, democrática y civilizada»⁸⁸.

El derecho a la intimidad constituye el primer «piso» de todos los derechos que tiene la persona; por ello, como destaca PLÁ RODRÍGUEZ⁸⁹, la «privacy»⁹⁰ es la esfera de protección esencial para el llamado «hábeas mentem». En virtud del derecho a la intimidad, las personas pueden reservarse para sí la religión que

⁸⁷ Por todos, véase FERREIRA RUBIO, Delia. *El derecho a la intimidad*. Ed. Universidad. Bs.As., 1982, p. 45 y ss.; GOÑI SEIN, José. Op. Cit., pp. 21 y ss; MARTÍN VALVERDE, Antonio y Otros. *Derecho del Trabajo*. Ed. Civitas. Madrid, 1991, p. 477. Un análisis sobre la jurisprudencia constitucional española, puede verse en BILBAO UBILLOS, Juan. Op. Cit., pp. 730 y ss.

⁸⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*. Palestra Editores. Lima, 2004, p. 116.

⁸⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador». En: *Revista Derecho Laboral* T. XXIX, N°. 144. Montevideo, 1986, p. 592. Empero, autores como Hernán RACCIATI distinguen los términos privacidad e intimidad, señalando que el primero comprende, además, al derecho a la tranquilidad y la no injerencia en la vida íntima de la persona. La posición de este último autor puede encontrarse en «El derecho a la intimidad». En: *Revista Jurídica Argentina* La Ley T. 1984-C. Bs. As., 1984, pp. 1010 y ss.

⁹⁰ El término *privacy* significa, en una de sus acepciones, derecho a la intimidad. Véase CABANELLAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor. *Law dictionary*. T. I. Bs. As., 1990, p. 492.

profesan, la opción sexual, la identificación política, la simpatía por un club deportivo, la posición que profesan sobre un determinado tema, los sentimientos, los ideales o deseos, etc. No hay, pues, limitación alguna en torno a los derechos que pueden derivarse de la intimidad, y el TC ha dicho que tienen «una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona»⁹¹; pero, evidentemente, el ejercicio de este derecho no es, en modo alguno, irrestricto: como todo derecho está sujeto a los lineamientos derivados del orden público.

Este derecho está consagrado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En efecto, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el derecho a la intimidad (además, por separado, consagran otros derechos relacionados con la intimidad, tales como la libertad de conciencia, de religión o política). Por su parte, expresamente en el numeral 7 del artículo 2 de la Constitución de 1993, se reconoce a la intimidad como un derecho fundamental de la persona

La protección contra la lesión a la vida privada del trabajador no proviene, entonces, del contrato de trabajo, sino de la existencia de una norma constitucional sobre la ciudadanía del trabajador⁹².

3.3.2.2. *El derecho a la intimidad y el empleador ideológico*

De manera general, al apreciar la calificación de un trabajador, el empleador debería respetar el derecho de intimidad de los trabajadores. En este sentido, es posible evaluar solo la capacidad e idoneidad del trabajador para el puesto requerido, pero no puede solicitarse información (cualquiera sea el medio utilizado: cuestionarios, exámenes, entrevistas, llenado de formularios, etc.) sobre la vida privada, tales como simpatía política, opción sexual, orientación religiosa, estado civil, número de hijos, etc.

Inclusive, serían cuestionables las pruebas —en este grupo, tenemos los peritajes grafológicos y los test psicológicos o registros⁹³— que se realicen para, indirectamente, conocer aspectos no visibles de la personalidad o determinadas

⁹¹ Expediente N°. 06712-2005-HC.

⁹² WARREN, Samuel y BRANDELS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Ed. Civitas. Madrid, 1995, p. 59.

⁹³ Sobre este tema, puede verse GARCÍA NINET, José Ignacio. «De los registros del trabajador y el respeto máximo a la dignidad e intimidad de este» (I y II). En: *Revista Tribunal Social* Nos. 170 y 171. CISS. Valencia, febrero y marzo de 2005.

características que se relacionen con las preferencias subjetivas que tenga el empleador para contratar a los trabajadores⁹⁴ o mantener el vínculo laboral. En otras palabras, ni directa ni indirectamente el empleador puede requerir a los postulantes sobre determinados aspectos de su vida privada.

Por ejemplo, si el empleador realiza investigaciones para determinar la ideología de un postulante, es posible que válidamente el postulante se oponga y solicite la continuidad del proceso de evaluación sin tener en cuenta dicha oposición. Ahora bien, si se verifica un daño moral por atentar contra la intimidad del trabajador —antes y durante el contrato de trabajo—, cabría una indemnización por daño moral, la misma que se determinaría en cada caso teniendo en cuenta la capacidad económica del empleador y trabajador, las circunstancias, la situación familiar y social de la víctima, etc.⁹⁵.

El empleador no solo está obligado a respetar la intimidad del trabajador (esto, no cabe duda, es una clara limitación al poder de dirección y organización del empleador), sino que, como anota MOLINA⁹⁶, tiene una exigencia mayor: «la adopción de las modalidades y medios más idóneos para mantener intacta la vigencia del derecho en la relación de trabajo, aunque genere más gastos». Así, se ha dicho que tanta es la protección que se confiere al derecho a la intimidad que, de plano, el trabajador puede oponerse a una orden del empleador si esta atenta contra su intimidad⁹⁷.

Pese a lo dicho, debemos manifestar que hay quienes cuestionan el ejercicio del derecho a la intimidad en las relaciones con el empleador. Así, BAYLOS⁹⁸ precisa que los derechos fundamentales reconocidos fuera del centro de trabajo son de difícil aplicación en las relaciones de trabajo. El referido profesor español señala: «el trabajador, mediante un acto contractual, adquiere una peculiar ciudadanía de empresa, un sucedáneo no muy afortunado del sistema de garantías».

⁹⁴ KROTOSCHIN, Ernesto. «Aspectos de la protección de los derechos de la persona del trabajador en la empresa moderna». En: *Revista La Ley*, T. N°. 147. Bs. As., 1972, p. 1021.

⁹⁵ FUENTE, Horacio. «El daño moral en el contrato de trabajo». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley* T. 1981-C. Bs.As., 1981, pp. 806-7.

⁹⁶ MOLINA, Cristóbal. «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (el paradigma del *Drittwirkung* a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)». En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social* N°. 3. MTSS. Madrid, 1991, pp. 94-5.

⁹⁷ La jurisprudencia española tiene muy desarrollada la doctrina jurisprudencial sobre el tema: cabe oposición ante una orden lesiva al derecho a la intimidad del trabajador. Al respecto, pueden leerse PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Ceura. Madrid, 1991, p. 646 y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*. Ed. Civitas. Madrid, 1990, p. 99.

⁹⁸ BAYLOS, Antonio. *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Ed. Trotta. Madrid, 1991, pp. 97 y ss.

Finalmente, acepta solo una actuación del empleador: debe respetar el derecho, pero no tiene la obligación de «sujetar la organización productiva al ejercicio de derechos fundamentales de su personal».

Hay todavía una mayor condena si las solicitudes de información o exámenes se exigen solo a determinados grupos de «riesgo» o «sospechosos» (por ejemplo, trabajadores homosexuales). Nos encontramos ante un límite fundamental al poder directivo del empleador: no cabe efectuar discriminaciones arbitrarias y, las que se realicen, deben ser razonables sin dejar de respetar la intimidad del trabajador afectado⁹⁹.

No obstante lo expresado, sería admisible que los empleadores ideológicos requieran a los trabajadores postulantes para ocupar puestos ideológicos sobre aspectos de la vida privada que guarden íntima relación con el cargo que ocuparán y que representarían una oposición con la ideología del centro de trabajo o una imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de servicios del trabajador, y esta actuación puede darse ya sea por una aceptación del trabajador o porque la prestación ideológica de servicios así lo demanda¹⁰⁰.

Desde esta perspectiva, los empleadores ideológicos pueden, válidamente, solicitar la información y efectuar indagaciones e investigaciones preventivas a los trabajadores que ocuparán cargos de tendencia y que se relacionan con la tarea ideológica, en la medida en que tal información constituye un hecho relevante para la valoración de la aptitud profesional del trabajador¹⁰¹, y resulta ello no más que una simple manifestación de una diligencia *in contrahendo* del empleador¹⁰². Ciertamente, esta prerrogativa no puede interpretarse en forma abierta y amplia, debe aplicarse restrictiva y excepcionalmente en la medida en

⁹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. «El principio de igualdad y las relaciones laborales». En: NEVES MUJICA, Javier y BOZA PRO, Guillermo. *Derecho Laboral. Materiales de Enseñanza*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991, p. 256.

¹⁰⁰ De este modo, se ha indicado que «El derecho constitucional a la intimidad proyectado sobre los datos personales, descansa sobre dos pilares fundamentales: uno formulado con carácter general es el consentimiento del afectado, no pudiendo justificarse su ausencia ni siquiera por razones de interés general, y el otro construido sobre los principios de congruencia y racionalidad en la utilización de datos, y que exigen una clara conexión entre la información personal que se recoge y el objetivo para el que se solicita, y que comporta una clara prohibición de utilización de dichos datos para usos distintos de los que motivaron su recogida». MATEU, María José. «Facultades de control fuera del centro de trabajo: Medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador». En: *Revista Tribuna Social* N°. 169. CISS. Valencia, Enero de 2005, p. 42.

¹⁰¹ GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapportodi lavoro*. Bologna, 1986, p. 105. En la misma línea, MIGLIORANZI, citado por OTADUY, sostiene que en las empresas de tendencia «puede ser jurídicamente relevante para el dador de trabajo la investigación sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales de sus propios colaboradores (naturalmente, dentro de los límites de la tendencia, caso por caso)». OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 259.

¹⁰² APARICIO, Joaquín. Op. Cit., p. 89.

que se afecta el derecho a la intimidad del trabajador reconocido en el ámbito constitucional¹⁰³.

Para algunos, sin embargo, los criterios generales aplicables a las empresas en torno a la intimidad se mantienen en las organizaciones de tendencia cuando se trata de seleccionar personal para ocupar un puesto ideológico. En este sentido, por ejemplo, SALA FRANCO indica que «sería ilícito investigar su ideología a efectos de contratación ya que aún no ha tenido ocasión de manifestarse en contra del ideario con actos concretos y probados» y los requerimientos solamente procederían cuando se aprecian «notorias actitudes contrarias al ideario mantenidas por el candidato»¹⁰⁴. Nosotros, por el contrario, consideramos que la carga ideológica requerida en las organizaciones de tendencia para las posiciones de tendencia confiere una justificación razonable para que se requiera a los postulantes sobre su ideario en tanto se relacione con la posición ideológica que se necesita para el cabal y adecuado cumplimiento con sus obligaciones.

Así, una empresa periodística que entrevista a una persona para el cargo de jefe de la sección editorial podría requerir al trabajador sobre su orientación política y las opiniones relevantes que pudiera esgrimir sobre diversos temas relacionados con el ideario de la organización de tendencia, pero no podría preguntarle sobre su opción sexual. Inclusive, podría existir requerimientos sobre el pasado «ideológico» del trabajador en tanto se aprecie una conexión relevante con el ideario de la organización de tendencia, tal como ha referido ROMAGNOLI: «La reticencia del trabajador determina una culpa in contrayendo también cuando tenga por objeto aspectos de su pasado irrelevantes para la generalidad de los dadores de trabajo»¹⁰⁵.

Un tema de particular interés está representado por los puestos de trabajo que no necesariamente tendrían que ser ideológicos, en la línea de lo descrito en el Capítulo II. Así, en el caso de la ama de llaves para una casa parroquial, DAUBLER¹⁰⁶ considera que es posible que se requiera a la postulante, antes de la contratación, sobre la religión que profesa; empero, no cabría requerirla sobre si pertenece o no a un sindicato de trabajadores.

Naturalmente, el análisis debe ser casuístico apreciando las circunstancias y características propias de la organización de tendencia, del puesto ideológico, de la conexión directa que exista entre las funciones de la posición laboral y los

¹⁰³ DEVEALI, Mario. *Tratado de Derecho del Trabajo*. T. I. La Ley. Bs.As., 1971, p. 853.

¹⁰⁴ SALA FRANCO, Tomás. «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral». En: AA.VV. *Trabajo y libertades públicas* (Efrén Borrajo: Director). Revista La ley-Actualidad. Madrid, 1999, p. 208.

¹⁰⁵ Citado por OTADUY, Jorge. O. Cit., p. 259.

¹⁰⁶ DAUBLER, Wolfgang. Op. Cit., p. 527.

requerimientos de información del empleador, de la necesidad y utilidad que se aprecie en la información solicitada, etc. De lo que se trata es analizar, caso por caso, y determinar los niveles de actuación de la libertad de empresa y la intimidad del trabajador. En palabras de EGUIGUREN PRAELI, justamente sobre el conflicto entre la intimidad y los requerimientos de información, «la solución del conflicto generado por la colisión entre ambos derechos se resuelve analizando y ponderando, en cada caso concreto, la relevancia de los intereses enfrentados y los valores a preservar, para determinar la protección de qué derechos debe preferirse y prevalecer»¹⁰⁷.

3.3.3. El principio de igualdad de trato

3.3.3.1. Marco general

El principio de igualdad es otra de las piezas esenciales de toda sociedad¹⁰⁸, tiene un alcance global sobre todos los demás derechos fundamentales a quienes les sirve de soporte¹⁰⁹. En virtud de este principio, las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas, sexuales,

¹⁰⁷ EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*. Palestra Editores. Lima, 2004, p. 137.

¹⁰⁸ Dadas las características de nuestro trabajo, no efectuaremos la rigurosa y válida distinción entre igualdad y no discriminación. En términos generales, la igualdad representa la actuación solamente de los poderes públicos sobre actos de discriminación subjetiva —dentro de ello, por cierto, también al empresario— y prohíbe la arbitrariedad; la no discriminación importa la búsqueda de una igualdad entre particulares de tal forma que no solamente se reprima la actuación del Estado, buscando una igualdad real, introduciéndose —inclusive—, en la discrecionalidad de los poderes públicos pues se habla de una «interdicción de discriminación» que busca la prohibición de cualquier mecanismo de represión a prácticas sociales contrarias a la dignidad humana. Al respecto, pueden verse RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op. Cit., pp. 156 y ss.; CHARRO, Pilar y SAN MARTIN, Carolina. «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral». En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, 2006, pp. 77-79; y también VALDES DAL-RE, Fernando. «La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius Pentium». En: *Revista Relaciones Laborales* N.º 05. Madrid, 2008, p. 3. Una suerte de traslado a nuestro ordenamiento laboral supondría equiparar la igualdad al principio de igualdad ante la ley (artículo 2,2 de la Constitución) y la no discriminación al principio de igualdad de trato (artículo 26,1 de la Constitución).

¹⁰⁹ Al respecto, FREIXES SANJUÁN indica que se trata de derechos conexos al resto de los derechos fundamentales, a tal punto que afirma que la igualdad y la no discriminación carecen de identidad sustantiva, para adquirirla como adjetiva o conexa a los derechos o libertades respecto de los cuales se pretende la igualdad o rechaza la discriminación. FREIXES SANJUÁN, Teresa. «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa». En: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* Nos. 11/12, Valencia, 1995, p. 101.

etc.; de esta forma, como señala HUECK¹¹⁰, «el igual debe ser tratado de modo igual y el desigual de modo desigual, pero correspondiendo a su desigualdad».

El principio de igualdad en la relación laboral implica, siguiendo la consabida expresión, tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias¹¹¹. Ello representa un límite a la actuación del empleador de tal manera que su actuación no puede ser arbitraria o basada en la libertad de empresa o el reconocimiento del derecho de propiedad a nivel constitucional¹¹².

El principio de no discriminación supone que el empleador debe tratar, siguiendo la regla de la justicia de BOBBIO¹¹³, igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias y desigual a los desiguales y, por ello, al existir un elemento objetivo —la ideología del empleador—, es posible discriminar a los trabajadores y establecer limitaciones o restricciones que, de ordinario, no deberían producirse, pero que se sustentan en la orientación ideológica del empleador. De este modo, estamos ante una concreción de los más básicos valores constitucionales¹¹⁴. Toda persona calificada para obtener un trabajo debe tener la oportunidad de competir por él, obtenerlo y conservarlo con «prescindencia total de su pertenencia a un determinado grupo racial, sexual, religioso, etc.»¹¹⁵. Ahora bien, para que la discriminación sea válida debe basarse, necesariamente, en razones objetivas relacionadas directamente con la orientación ideológica del empleador.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Fernanda. *Derecho del Trabajo I*. Vol. II. Materiales de Enseñanza del Curso de Derecho Laboral de la Universidad de Sevilla, p. 185.

¹¹¹ En palabras del TC, podríamos indicar (Exp. N°. 0261-2003-AA/TC): «En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido que el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución, no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar “igual a los que son iguales” y “desigual a los que son desiguales”, partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades».

¹¹² BLANCAS BUSTAMANTE, en este sentido, describe que «Es principalmente —aunque no exclusivamente— en esta clase de medidas en las que aparece en toda su dimensión el poder de dirección del empleador como “jefe de empresa”, y es por eso que se hace necesario someter sus “actos de gobierno” al control del principio de igualdad de trato, con el objeto de comprobar o desestimar su legitimidad». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 151.

¹¹³ BOBBIO, Nolberto. Op. Cit., p. 64.

¹¹⁴ Así, se ha señalado que, «A grandes rasgos, la nulidad por discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades del trabajador no supone sino concretar en el ámbito extintivo principios constitucionales básicos». BADIOLA, Ana. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2003, p. 96.

¹¹⁵ BALTA VARILLAS, José. «Que es la discriminación en el empleo». En: *Revista Jurídica del Perú* N°. 1, Año XLV. Editorial Normas Legales S.A. Trujillo, 1995, p. 95.

Naturalmente, el principio de no discriminación contiene no solamente los supuestos de discriminación directos y frontales, sino también aquellos que califican como indirectos, sutiles o tácitos. Como apunta SANGUINETI, la acción indirecta discriminatoria se aprecia cuando la actuación del empleador se fundamenta en «una diferenciación basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores» (“tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de la exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores”)¹¹⁶.

En el plano específico del Derecho Laboral, el numeral 1 del artículo 26 de la Constitución prevé el principio de igualdad de trato¹¹⁷ al señalar que, en toda relación laboral, se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Con esta fórmula se distingue la igualdad ante la ley (artículo 2,2) de la igualdad de trato, apreciándose una regulación más adecuada que el previsto en la Constitución de 1979.

Al igual que el derecho a la intimidad, el principio de no discriminación tiene reconocimiento en las normas internacionales y en la Constitución de 1993¹¹⁸. Así, el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en este último caso, más concretamente, el reconocimiento está en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) reconocen el principio de no discriminación.

Hace unos años, la OIT, en su Informe Global, «La hora de la igualdad en el trabajo», destacó sobre la discriminación lo siguiente:

Discriminar en el empleo y la ocupación consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social,

¹¹⁶ SANGUINETI, Wilfredo. «Derecho constitucional del trabajo». Op. Cit., p. 88.

¹¹⁷ En el Derecho Laboral, como contraposición a la igualdad ante la ley, cuando se alude al concepto de igualdad, se habla, además, de una igualdad de trato. Sobre este tema, puede verse NEVES MUJICA, Javier. «El principio de igualdad en el ordenamiento laboral». En: *Asesoría Laboral*. Lima, octubre 1992, pp. 18-19.

¹¹⁸ El artículo 26 de la Constitución indica:

«En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
Igualdad de oportunidades sin discriminación [...]».

sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo de que se trate¹¹⁹.

A nivel normativo, el Convenio Internacional del Trabajo N°. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Perú, prevé el principio de no discriminación en materia laboral. El indicado convenio destaca que la discriminación comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, religión, etc. que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trabajo en el empleo (artículo 1). Adicionalmente, precisa el convenio que «las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación» (artículo 2). Tenemos, entonces, una regla de prohibición de discriminación en las relaciones laborales pero, a su vez, la posibilidad de diferenciar sobre la base de una calificación laboral exigida para un puesto de trabajo.

Además, el convenio 111 tampoco considera discriminatorias:

a) «Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo...» (Artículo 5.1); y, ii) «...cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer la necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial» (Artículo 5.2) que determine el Estado, previa consulta con los agentes sociales.

Estas figuras no consideradas discriminatorias buscan «asegurar en la práctica la igualdad de trato y oportunidades a personas con necesidades especiales o colectivos que se han visto o se siguen viendo desfavorecidos por la discriminación en el mercado de trabajo»¹²⁰.

Finalmente, la mayor parte de las Constituciones Hispanoamericanas reconoce el principio de igualdad como una de las piezas claves del Estado; incluso, constituciones como las de Colombia, Paraguay y España prevén que el Estado debe procurar crear las condiciones necesarias para que las personas gocen de una efectiva igualdad¹²¹.

Sobre el concepto de discriminación, el TC ha indicado:

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 16.

¹²⁰ OIT. Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo 2003. «La hora de la igualdad en el trabajo», OIT, Ginebra, 153, Págs. 23-24.

¹²¹ AA.VV. *Constitución, trabajo y Seguridad Social*. ADECT-ATC. Lima, 1993, p. 63 y ss.

[...] este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato (Exp. N°. 2510-2002-AA/TC).

Sin embargo, la existencia de criterios objetivos y razonables es la razón central para que el TC acepte una diferenciación de trato, tal como puede apreciarse en la siguiente sentencia que alude a un conflicto laboral relativo al tiempo de trabajo:

Respeto a que la pretendida aplicación del horario genera una situación de discriminación, debe destacarse que, conforme lo ha expuesto la propia demandante, el horario de doce horas de trabajo se aplica únicamente a los trabajadores de la sección Operaciones en Mina, y que, dada la naturaleza de la labor que desarrollan los trabajadores de dicha sección, es evidente que tiene que existir un trato diferenciado, pues se dan situaciones fácticamente distintas que justifican, objetiva y razonablemente, la adopción de un horario de trabajo diferente, que en nada afecta la dignidad de los trabajadores (Exp. N°. 1396-2001-AA)¹²².

En definitiva, el principio de igualdad ha sido abordado en varias ocasiones por el TC. Consideramos que el tratamiento que ha brindado el TC a la fecha a este principio laboral ha sido adecuado, tanto en su formulación como en cada caso en particular. Empero, como veremos más adelante, este trato igualitario en general no necesariamente se reproduce en el tratamiento de los derechos fundamentales, que son materia de protección vía una acción de amparo, dado el límite que ha impuesto el TC, el cual supone una preferencia procesal de ciertos supuestos de discriminación (despido nulo) en detrimento de aquellos que no se consideran como tales.

A nivel de la regulación infraconstitucional, tenemos la Ley N°. 26772 (modificado por la Ley N°. 27270) y su Reglamento —aprobado por Decreto

¹²² En otra ocasión, el TC ha indicado que «El principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trabajo, en tanto esta estuviere fundada en una base objetiva, razonable, racional y proporcional» (Exp. N°. 0261-2003-AA/TC).

Supremo N°. 002-98-TR—. Estas dos disposiciones señalan que las ofertas de empleo y de acceso a los medios de comunicación no pueden contener requisitos que constituyan una discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato. En concreto, estas normas disponen que las ofertas de empleo no pueden contener requerimientos discriminatorios basados en sexo, raza, religión, opinión, etc.¹²³ como desarrollo de nuestro esquema constitucional y, además, hoy en día, coincidimos con BAYLOS¹²⁴ al apreciar el proceso de despersonalización de las relaciones laborales, la misma que genera un efecto enorme en la contratación laboral: la poca importancia del «saber» la vida personal e íntima del trabajador.

El texto inicial de la Ley N°. 26772 indicaba que los supuestos de discriminación eran reprimibles si implicaban un trato diferenciado desprovisto de «una justificación objetiva o razonable». La Ley N°. 27270 vigente, si bien reprime la discriminación en las ofertas de empleo, no contiene la precisión de la Ley N°. 26772 en el sentido que la discriminación cuestionable es aquella que carece de una justificación objetiva y razonable.

Pese a ello, consideramos que, en tanto el Convenio 111 de la OIT precisa que la discriminación que no es admitida en las relaciones laborales es aquella que carece de una causa objetiva y razonable, no todo supuesto de diferenciación es cuestionado por el Derecho Laboral.

En las normas peruanas citadas, mediante un procedimiento administrativo sencillo, se impone una multa predeterminada —que supone un ingreso al presupuesto del Estado— al empleador; además, en casi la mayoría de los casos, la imposición de la multa del Estado se origina en una denuncia del postulante que presentó las pruebas de la discriminación. Luego, posteriormente, el postulante afectado tiene que iniciar un proceso judicial para demostrar y acreditar el valor de la indemnización por la discriminación en la oferta de empleo. Existe, entonces, una regulación que favorece la imposición de la multa estatal en perjuicio del postulante afectado con la discriminación¹²⁵.

¹²³ Artículo 2 de la Ley N°. 26772, modificado por la Ley N°. 27270, dispone que «Se entiende por discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable, basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquier otra índole».

¹²⁴ BAYLOS, Antonio. «En torno al Estatuto de Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador». En: AA.VV. *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores BAYON CHACON y DEL PESO Y CALVO*. U.C.M. Madrid, 1980, p. 330.

¹²⁵ Pese a este procedimiento, se conoce de una sentencia en la cual la Corte Suprema ordenó el pago de S/. 21,000.00 a una entidad del Estado por discriminación de edad (Cas. N°. 231-2004-

Cabe destacar que, ante eventuales acto de discriminación durante la vigencia de la relación laboral, la LPCL contempla en el artículo 30° la discriminación como un supuesto de hostilidad, pero a título de listado taxativo (solamente se prohíbe la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma) y en el caso de la terminación de la relación laboral que estamos analizando, el artículo 29° de la misma norma más otras dos disposiciones normativas califican de nulo el despido basado en motivos discriminatorios (en general, se alude a la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, actividad sindical, embarazo, VIH SIDA y discapacidad). Los supuestos de hostilidad conllevan la posibilidad de solicitar el cese de la hostilidad o el término de la relación laboral con la indemnización consiguiente; por su parte, la discriminación en el cese importa la nulidad del despido y el derecho de reposición, como hemos visto. En ambos casos, los procesos se ventilan ante la justicia laboral y, eventualmente, ante el TC, como veremos al final de este capítulo.

Para la oferta de empleo, como hemos visto, la Ley N°. 26772 prohíbe los requisitos discriminatorios, así como la anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato en las ofertas de empleo. Esta norma sufrió modificaciones por la Ley N°. 27270, pero la regulación de las causas de discriminación en la oferta de empleo es abierta, mientras que para la permanencia o la extinción, el legislador peruano prevé cláusulas taxativas.

Ciertamente, la regulación limitada de los supuestos de discriminación durante y al término de la relación laboral no se ajusta al ordenamiento constitucional ni internacional. La Corte Suprema ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre los supuestos taxativos de nulidad de despido. Así, en la sentencia recaída en la Casación N°. 2386-2005-Callao, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema declaró que los supuestos de despidos por discriminación no son taxativos y que, sobre la base de lo expuesto en la Constitución, se debe comprender otros supuestos de discriminación; así, en el caso descrito, la Corte Suprema declaró fundada una demanda de nulidad de despido porque existió una discriminación en la aplicación de la sanción: ante una misma falta laboral cometida por dos trabajadores, solo al demandante se le aplicó la sanción de despido.

Lambayeque de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República), quien señaló: «Que la entidad demandada no posibilitó la postulación del denunciante a una plaza de abogado, por no cumplir con el requisito de la edad máxima establecida en la convocatoria; es decir, que determinó desde su inicio un trato diferenciado en perjuicio del accionante, quien petitionó a la demandada para que anulara el requisito de la edad máxima por ser discriminatorio, obteniendo respuesta en sentido negativo días después de concluida la etapa postulatoria».

Seguidamente, presentamos un cuadro resumiendo lo que hemos venido explicando:

Regulación normativa de la discriminación en el Perú

Supuesto	Discriminación	Carga de la prueba	Consecuencia	Proceso de tutela
En la oferta	Cualquier causa de discriminación	Trabajador	Administrativa + indemnización	Civil
Durante el contrato	Solo sexo, raza, religión, opinión e idioma	Trabajador	Indemnización (despido indirecto) o cese de hostilidad	Laboral
Al cese	Solo sexo, raza, religión, opinión, idioma, sindicalización, embarazo, VIH SIDA y discapacitados	Trabajador, pero en embarazo existe reversión de carga probatoria	Indemnización por despido nulo o reposición + pago de devengados	Laboral

3.3.3.2. La discriminación laboral y el empleador ideológico

En función de la naturaleza de nuestro trabajo, las discriminaciones que abordaremos no son genéricas, sino específicas y concretas. No nos referiremos a las discriminaciones fundadas en condiciones «naturales» por los trabajadores, tales como nacionalidad, raza, sexo, lugar de nacimiento, etc. ya que son discriminaciones reprimibles pero que no suelen relacionarse con las discriminaciones posibles en un empleador ideológico.

Más bien, abordaremos el tema de las discriminaciones que tienen como causa opciones de la persona. Estamos ante los casos de discriminaciones basadas en la opción religiosa, la simpatía política, etc. Aquí, a diferencia del primer grupo de discriminaciones, nos encontramos ante supuestos que provienen de la voluntad y elección de los trabajadores. Además, no solamente está en juego el tema de la discriminación, sino el ejercicio de determinadas libertades y derechos constitucionales que representan el derecho discriminado¹²⁶. De esta forma, cuando un partido político opta por seleccionar solamente a quienes tienen su misma orientación ideológica de carácter político, se produce una discriminación y una afeción a la libertad de opción política —al margen de determinar la ponderación entre los bienes constitucionales—.

¹²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op. Cit., pp. 178-9.

Sobre el tema de la discriminación, pese a la existencia de un empleador especial y específico que tiene todas sus actividades estructuradas en torno a una ideología determinada, GIMENO destaca que el principio de no discriminación no permitiría que los empleadores ideológicos puedan discriminar en función a la ideología¹²⁷.

Nosotros pensamos que el principio de no discriminación no impediría que el empleador ideológico adecue, en función a cada caso, la identidad o afiliación ideológica del trabajador a la suya, en tanto se trata de una justificación objetiva, razonable y proporcional predicada para un puesto calificado como de tendencia. Así, el TC ha señalado la posibilidad de una diferenciación de manera general (Exp. N°. 0261-2003-AA) y que resulta aplicable para las relaciones laborales en las organizaciones de tendencia:

La diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato, cuando este se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas.

En los empleadores de tendencia, la diferenciación es posible y, como señala DEL REY GUANTER, es hasta necesaria, son áreas exentas de la prohibición de la diferenciación¹²⁸. En efecto, teniendo en cuenta la facultad de contratación del empleador ideológico y el sustento ideológico respectivo, sería posible que este opte por establecer ciertas limitaciones y restricciones a los trabajadores de tal manera que opte por contratar a la persona más idónea para el puesto de trabajo ideológico¹²⁹. Creemos que, en la medida en que la diferenciación se fundamente en la ideología del empleador que determina la exigencia de una condición ideológica específica, no atentaría contra nuestro esquema constitucional la restricción laboral al momento de la contratación y cuyas actuaciones se sustentan, como hemos apreciado anteriormente, en principios constitucionales como las libertades de empresa y contratación así como el derecho de propiedad¹³⁰. Dicho de otro modo,

¹²⁷ GIMENO, Blat. Op. Cit. pp. 80 y ss.

¹²⁸ DEL REY GUANTER, Salvador. «Contrato de trabajo y derechos fundamentales». En: AA.VV. (ALARCÓN, Manuel: Coordinador). *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Marcial Pons Ed. Madrid, 1992, p. 69.

¹²⁹ CALVO GALLEGOS, Francisco. Op. Cit., p. 195.

¹³⁰ En la misma línea, se ha indicado que «El empleador es titular de derechos fundamentales y que, en particular, al ejercer su poder de dirección, está actualizando su derecho a la libertad de empresa, amén de otros derechos concurrentes, tales como el derecho de propiedad y a la libertad

«la ideología del trabajador resulta un factor determinante en los estadios previos al contrato, en las fases de selección de personal, y, en este sentido, constituyen una excepción a la regla de no discriminación y vigencia de este derecho fundamental en la empresa»¹³¹.

Ahora bien, como ya hemos descrito, y describe BLANCAS BUSTAMANTE¹³², no se puede establecer reglas rígidas que permitan la actuación indiscriminada al momento de la contratación; la actuación del empleador debe fundarse en causas objetivas, razonables y proporcionales y el análisis, así como la valoración de bienes debe ser casuístico, resuelto por cada caso en función a las circunstancias específicas que rodean el supuesto bajo comentario.

En el caso específico de las organizaciones de tendencia, la armonía entre las ideologías del empleador y del postulante a un puesto de trabajo constituye exigencias razonables, objetivas y justificadas que permiten una diferenciación entre los postulantes siempre que, naturalmente, se encuentren estrictamente alienados al ideario de la organización de tendencia¹³³.

En este sentido, sería posible que una iglesia diferencie, entre los postulantes a un puesto ideológico, a quienes no se adecuen inicialmente a la religión de este empleador ideológico. Del mismo modo, tendrían fundamento los actos de discriminación de una empresa periodística que solamente contrata como periodistas para la sección editorial y política a quienes se afilian a su respectiva posición política. En esta línea, en el caso de los requisitos que deben cumplir los profesores de religión para postular a un colegio religioso, el Tribunal Constitucional de España indicó (Sentencia N.º. 38/2007 del 15 de febrero de 2007):

El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no solo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite,

de contratación». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 122.

¹³¹ PRADO, Francisco. «Contrato y relación de trabajo». En: AA.VV. (Fermín Rodríguez Piñero y Fernando Elorza: Coordinadores). *Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*, Editorial Tecnos. Madrid, 2001, p.202.

¹³² BLANCAS BUSTAMANTE destaca que «La discriminación, con ser un fenómeno social, se caracteriza y concretiza por sus manifestaciones jurídicas, ya que se traduce en la privación al individuo o grupo discriminado del goce pleno de sus derechos, tanto fundamentales como meramente legales». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 153.

¹³³ En las organizaciones de tendencia, se ha indicado, «se debe interpretar la derogación o no aplicación del principio de no discriminación por motivos religiosos de manera estricta, de tal forma que la discriminación o diferencia de trato no podrá exceder de lo que sea estrictamente necesario para obtener los resultados que persigue la actividad laboral para cuya protección se ha establecido el precepto». FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. CES. Sevilla, 2007, p.77.

puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe [...] Resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva.

Pese a lo expresado, en nuestro ordenamiento se prohíbe toda discriminación en el acceso al empleo, basada en la pertenencia a «un grupo, gremio o asociación con fines lícitos» (Reglamento de la Ley de discriminación en las ofertas de empleo)¹³⁴. En caso de que se verifique una discriminación, el postulante afectado tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios —pretensión que tendría que ventilarse en un proceso civil—.

En este caso, estimamos que la norma resulta cuestionable pues invalida la discriminación de un empleador ideológico cuando tal acto se basa en su orientación ideológica: en nuestra opinión, no podría objetarse a un empleador que no contrata a una postulante para ocupar un puesto de tendencia porque pertenece a una asociación que tiene conductas que son reprimidas por su ideología, o que contravienen esta misma ideología expresamente¹³⁵.

Tenemos otro límite adicional a esta disposición, ya que el reglamento citado dispone, como sanción a los empleadores que publican ofertas de empleo conteniendo requisitos discriminatorios, la imposición de una multa a favor del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la posterior demanda civil —en un proceso de conocimiento— por daños y perjuicios del postulante afectado (es decir, primero cobra el Estado y, luego de un proceso judicial, es reparado el afectado).

¹³⁴ La exposición de motivos del proyecto de reglamento (publicado el 4 de setiembre de 1997 en el diario oficial *El Peruano*), que tenía el mismo precepto, no efectuó ninguna mención a este acápite del entonces proyecto.

¹³⁵ Al contrario de nuestra regulación, la Directiva 2000/78 de la Comunidad Europea sobre igualdad de trato prevé que «[...] los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado» (artículo 4).

Sobre este tema, ROJAS RIVERO¹³⁶ tendría una posición favorable a la norma citada, en la medida en que señala que no cabe exigir como condición previa a la contratación laboral la pertenencia a un determinado partido político, sindicato o confesión religiosa porque la prestación nunca debe suponer la adhesión a la organización. En nuestra opinión, creemos que, en los puestos de tendencia, y en aquellos que APARICIO TOVAR¹³⁷ denomina como «organizaciones-soporte ideológico», es posible que el empleador exija una adhesión al ideario del centro laboral, una total identificación e, incluso, una afiliación —si fuera el caso— al ideario del centro de trabajo. Finalmente, estamos ante un empleador ideológico y, por ello, este debe contar con todas las prerrogativas necesarias para sostener, propagar y difundir a la organización de tendencia, y es un elemento necesario contar con los trabajadores más idóneos para los puestos de trabajo ideológicos.

Ante el panorama normativo descrito, en un caso concreto, un empleador ideológico tendría que solicitar la inaplicación del Decreto Supremo N°.002-98-TR por atentar contra la libertad de empresa reconocida en la Constitución, cuando un postulante cuestione la validez de un requisito discriminatorio que se relaciona íntimamente con el ideario del empleador ideológico e interponga una demanda judicial por daños y perjuicios. En este sentido, vía control difuso, el juez tendría que reconocer la validez del acto discriminatorio en la medida en que se deriva del carácter especial del empleador ideológico, inaplicando la citada norma por primacía de la Constitución.

3.4. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS PARTES LABORALES

Teniendo en consideración que nos encontramos ante un empleador ideológico, es importante tratar, cuando menos concretamente, el deber de información que tendrían las partes laborales sobre la ideología, cuando se trata de un puesto de trabajo ideológico. El tema cobra mayor relevancia si tenemos en cuenta que la posible terminación de la relación laboral puede originarse por las partes ante una variación de la ideología de la otra parte.

En este punto, el deber de buena fe laboral —que se impone a las partes de trabajo— es la institución sobre la cual girará nuestro análisis y que resulta un principio constitucional que es «inmanente a las relaciones de coordinación, un principio de justicia protectora en las relaciones de poder, es decir, un principio-soporte del Estado de derecho»¹³⁸. En esta línea, nos referiremos a las dos manifestaciones de la

¹³⁶ ROJAS RIVERO, Gloria. Op. Cit. «La libertad de expresión...», p. 211.

¹³⁷ APARICIO TOVAR, Joaquín. Op. Cit., p. 89.

¹³⁸ CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 119.

buena fe laboral. Como señala FERNÁNDEZ CRUZ¹³⁹, la buena fe puede comprender a la buena fe creencia («creencia en el actuar de acuerdo a su propio derecho») y buena fe probidad («voluntad de obrar honestamente»), y que importa, siguiendo a CONDE MARIN «una línea de diligente corrección, de honestidad, de comportamiento recto, en fin, de solidaridad contractual y social, que nos obliga en nuestro comportamiento contractual orientado recíprocamente a respetar y a salvaguardar los intereses de la contraparte»¹⁴⁰.

Si una de las partes transgrede esta buena fe laboral, posteriormente no podría invocar a su favor cualquier contingencia derivada de la falta de atención a este principio. Por un lado, el empleador ideológico tiene la facultad de investigar y requerir a los trabajadores sobre determinados aspectos de su intimidad que guarden estrecha relación con la prestación laboral ideológica y, por otro lado, el trabajador debe responder, a plenitud, tales interrogantes del empleador, porque estamos ante requisitos relacionados con la capacidad o aptitud ideológica que se requieren para la adecuada prestación de servicios. En otras palabras, existe la posibilidad de que la «orientación ideológica del individuo pueda ser, en primer lugar, indagada válidamente por el empleador sin que el candidato pueda mentir u ocultar la misma ya que forma parte de su capacidad y aptitud para el trabajo»¹⁴¹.

El deber de información del trabajador sin que pudiera alegar una afectación a su intimidad¹⁴² y su correspondiente deber de contestar los requerimientos del empleador son aspectos de la misma situación, pero que son indispensables y de la mayor trascendencia en la prestación laboral ideológica en tanto se relacionen con el ideario de la organización. Naturalmente, el empleador también tiene el deber de informar sobre el alineamiento al ideario del trabajador, así como las obligaciones y prohibiciones que se derivan de tal ideario.

¹³⁹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». En: *Revista Derecho* N°. 47. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1987, p. 175. En materia laboral, puede verse PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «Los principios...». Op. Cit., pp. 301 y ss.

¹⁴⁰ CONDE MARÍN, Emilia. Op. Cit., p. 111.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ, María y CALVO, Javier. «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones religiosas». En: *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Núm. 59. Sevilla, 2001, pp. 144.

¹⁴² Así, se ha indicado que «no comportan violación del derecho del trabajador al respeto de su intimidad, no solo las preguntas sobre las creencias e ideología o afiliación sindical del candidato, sino aquellas otras que indirectamente persiguen esos fines: hobbies del candidato, inscripción en clubes culturales o recreativos, tipo lecturas, películas u otras de teatro últimamente vistas, cómo pasa su tiempo en general, opinión sobre las organizaciones sindicales o sobre temas políticos de actualidad, etc.». VICENTE PACHÉS, Fernando de. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES. Madrid, 1998, p. 102.

En nuestro ordenamiento, no existen normas sobre el deber de información. En la Comunidad Europea, la Directiva N°. 91/533 establece la obligación de las empresas de informar a los trabajadores sobre los aspectos esenciales de la relación laboral¹⁴³. En concreto, se precisa que, entre otros aspectos, el empleador debe indicar al trabajador la descripción y características, con el mayor detalle posible, del contenido de la prestación laboral.

En este sentido, no sería cuestionable la facultad del empleador de interrogar a los trabajadores sobre su vida privada que se relacionan con la prestación laboral ideológica. Empero, no podría trasladarse plena responsabilidad a los trabajadores cuando estos omiten informar al empleador sobre las características específicas de la prestación laboral ideológica y que, razonablemente, pudieron ser conocidas por el empleador con una diligencia común¹⁴⁴.

Si el empleador contaba con la posibilidad de indagar sobre determinados aspectos del postulante que se relacionan con la labor ideológica, con posterioridad, no podría «trasladar» esta negligencia a dicho postulante. En estos casos, no podría imputarse alguna deficiencia al trabajador contratado por la negligencia del empleador en la etapa precontractual. Así, el empleador no podría solicitar la invalidez del contrato de trabajo por error, o negligencia o dolo del trabajador —aplicando supletoriamente las disposiciones del Código Civil— en la medida en que la deficiencia fue del propio empleador.

No obstante lo expresado, creemos que el postulante tiene la «obligación de informar» al empleador —en caso de una falta de requerimiento de este— en dos supuestos. Primero, cuando el empleador, utilizando la diligencia debida, no podría conocer aspectos indispensables de la vida del trabajador y que se relacionan con la prestación ideológica por su carácter oculto, extraordinario, excepcional (como, por ejemplo, indagar sobre su orientación política cuando se trata de un puesto de trabajo ideológico en un medio de comunicación). Segundo, cuando, por su carácter público, con la diligencia debida u ordinaria, el postulante pudo conocer de los lineamientos ideológicos del empleador de tendencia y que, precisamente por esta situación, el empleador omitió informar al trabajador (como puede ser la contratación de un profesor de religión en un colegio religioso). Como se ha dicho, la aceptación de ingreso a un puesto ideológico en una organización

¹⁴³ Sobre este tema, puede verse FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. «Las directivas laborales de la Comunidad Europea. Insolvencia del empresario. Información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo». En: *Derecho social comunitario: normas de aplicación y desarrollo*. II Jornadas sobre la Comunidad Europea. Comunidad Europea. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1994, pp. 205 y ss.

¹⁴⁴ CALVO GALLEGOS, Francisco. Op. Cit., p. 205.

de tendencia supone que el trabajador está ejerciendo su libertad ideológica y que debe ser consecuente con posterioridad por la opción asumida¹⁴⁵.

En los dos casos reseñados, el trabajador no podría alegar un desconocimiento inculcado de los fines ideológicos del empleador y, con ello, respaldar un acto de incumplimiento de obligaciones laborales por razones ideológicas.

Finalmente, tenemos el tema del derecho a mentir que tendrían los trabajadores que son requeridos sobre determinada información por el empleador ideológico. Sobre el tema, el Tribunal Federal del Trabajo Alemán ha destacado que, cuando la pregunta resulta improcedente en relación con la naturaleza de las actividades que se requieren cubrir, el postulante tiene derecho a una emitir una contestación incorrecta¹⁴⁶. En la misma línea, KROTOSCHIN¹⁴⁷ indica que el trabajador, ante una pregunta que lesiona su derecho de intimidad, tiene la prerrogativa de dar una respuesta falsa e incorrecta sin que ello suponga una transgresión al deber de fidelidad o lealtad laboral.

Sin duda, en estos casos, el «derecho a mentir» estará respaldado solamente si se trata de requerimientos que no son indispensables para el desarrollo de la prestación laboral ideológica. Cuando se trata de información que se relaciona directamente con el puesto ideológico que ocupará el trabajador, no se debería respaldar a un trabajador que proporciona una información que no se ajusta a su ideología.

3.5. EL DESARROLLO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

3.5.1. La conducta del trabajador de tendencia a la ideología del empleador

Las libertades del empleador y de los trabajadores, siguiendo a RAWLS¹⁴⁸, forman parte de la familia de las libertades básicas, donde una libertad no predominaría sobre otra ya que ninguna libertad sería absoluta. Veamos nuevamente el conflicto de libertades constitucionales: la libertad de organización del empleador ideológico y las libertades inespecíficas de los trabajadores que laboran para él, que serían los derechos fundamentales que se pueden manifestar en el seno de la relación laboral¹⁴⁹. En este punto, nos concentraremos especialmente en el ejercicio de los derechos fundamentales en el desarrollo y ejecución del contrato de trabajo.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op. Cit., pp. 227-8.

¹⁴⁶ DAUBLER, Wolfgang. Op. Cit., p. 531.

¹⁴⁷ KROTOSCHIN, Ernesto. Op. Cit., p. 1023.

¹⁴⁸ RAWLS, John. «Sobre...» Op. Cit., pp. 106 y ss.

¹⁴⁹ Como describe BLANCAS BUSTAMANTE, «No todos los derechos de libertad pueden ser catalogados como «derechos fundamentales inespecíficos» del trabajador, sino solo aquellos que, con mayor o menor intensidad, pueden desplegarse en el ámbito de la relación laboral o, a la inversa,

La doctrina constitucional y laboral —con reconocimiento en la jurisprudencia— extranjeras frecuentemente se refieren, para salvar el citado conflicto, a una conciliación de ambas libertades y, si ello no es posible, a un equilibrio que, según cada caso concreto, puede lograrse a través de los siguientes criterios: la proporcionalidad de los derechos en conflicto, el medio más adecuado para proteger el contenido de las libertades en conflicto y la restricción menos posible que se refiere al sacrificio de la libertad cuya no preferencia conlleve menor perjuicio¹⁵⁰, o que, en términos constitucionales, se puede resumir en la aplicación del método de ponderación.

Los derechos constitucionales no pueden ejercerse en forma ilimitada, existen restricciones, y es necesario delimitar adecuadamente los derechos de los trabajadores y empleadores sobre la base de criterios no arbitrarios. Al respecto, siguiendo a RUPP, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que si estamos ante una conducta arbitraria, si no hay motivo razonable, debe pronunciarse y controlarse esta situación¹⁵¹. Como hemos detallado en el Capítulo I anterior, siguiendo lo expuesto en el artículo 200 de la Constitución de 1993, los criterios de proporcionalidad y razonabilidad¹⁵² deberían ser utilizados cuando nos encontremos ante derechos en conflicto: el juicio de razonabilidad es lo primero y, tras ello, el juicio de proporcionalidad —que considera los sub criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad misma—, según lo hemos descrito en el Capítulo I anterior¹⁵³.

En el plano concreto de la libertad de organización del empleador ideológico —libertad institucionalizada— y la libertad del trabajador de tendencia —libertad particular—, pensamos que el equilibrio debería importar una restricción a las libertades de los trabajadores atendiendo a la finalidad que tienen los empleadores ideológicos en tanto se encuentre razonable, suficiente, necesaria y

que pueden verse afectados por el ejercicio del poder de dirección del empleador». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2007, p. 91.

¹⁵⁰ Al respecto, puede leerse GIMENO, Blat. Op. Cit., p. 52.

¹⁵¹ RUPP, Hans. «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En: AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeas y derechos fundamentales*. CEC, Madrid, 1994, p. 342. Además, puede verse, PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 1996, p. 146.

¹⁵² «Artículo 200.— [...] Cuando se interponen acciones de esta naturaleza con relación a derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo».

¹⁵³ Un estudio sobre este tema, puede verse en INDACOCHEA, Úrsula. «¿Razonabilidad, proporcionalidad, o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación». *Themis* N°. 55. Lima, 2008, pp. 97 y ss.

proporcional¹⁵⁴. Y, en general, todos los trabajadores, aun cuando no ocupen un puesto de tendencia, deben tener una actuación de respeto y buena fe al ideario de la organización de tendencia¹⁵⁵.

A diferencia de cualquier relación laboral común, en las tareas de tendencia, la prestación se desarrolla con una suerte de adhesión al ideario del empleador ideológico cuando se trata de puestos de tendencia, así como un respeto y consideración a dicho ideario en puestos neutrales. Como apunta ROJAS RIVERO, la prestación de servicios es más comunitaria porque envuelve juntos al empleador, trabajador y terceros en función a un ideario determinado¹⁵⁶. Con ello, el trabajador que ocupa un puesto ideológico debería desarrollar su prestación dentro de las limitaciones que le imponen la ideología del empleador: los deberes de colaboración y solidaridad, la buena fe —objetiva y subjetiva, siguiendo la clasificación del Derecho Civil—, la propia prestación de servicios, el trabajo efectivo y productivo, etc., se «incardinan» dentro de la orientación ideológica del centro de trabajo en tanto tales adecuaciones o limitaciones sean necesarias «para el correcto funcionamiento de la organización y sea inevitable para salvaguardar la normal actividad ideológica de esos entes, garantizada constitucionalmente»¹⁵⁷.

En esta línea, el trabajador que ocupa un puesto de tendencia no puede oponerse ni tener conductas o expresiones que sean ofensivas para el empleador ideológico. Así, en caso de conflicto de derecho, debería preferirse la libertad organizativa del empleador sobre la libertad ideológica del trabajador de tendencia¹⁵⁸. Debemos advertir que la primacía de la libertad de organización del empleador debe ser hasta lo estrictamente necesario para que este pueda mantenerse, guardando una coherencia externa e interna¹⁵⁹ y, especialmente, actuando dentro de los márgenes que le plantea su ideología.

¹⁵⁴ DEL REY, Salvador. «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general». En: *Revista Relaciones Laborales* N.º. 01. Madrid, 1995, p. 207.

¹⁵⁵ Resulta oportuno citar la Directiva 2000/78 de la Comunidad Europea sobre igualdad de trato que reconoce el «derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización» (artículo 4).

¹⁵⁶ ROJAS RIVERO, Gloria. Op. Cit., p. 206.

¹⁵⁷ RIVERO, Juan. «Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional». En: AA.VV. (Alfredo Montoya: Coordinador). *El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea*. MTAS. Madrid, 2003, p. 550.

¹⁵⁸ Una reseña interesante de autores que sustentan esta posición, puede encontrarse en ROJAS RIVERO, Gloria. Op. Cit., p. 216.

¹⁵⁹ ROMAN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus. Valladolid, 1992, p. 331.

Más todavía, en determinados casos, sería posible que la ideología del empleador no solamente tenga eficacia en el seno de la relación laboral, sino que incida en la conducta extralaboral del trabajador de tendencia que viene prestando servicios subordinados. Así, no solamente existiría una limitación a la libertad del trabajador en la empresa, sino fuera de ella: toda conducta que suponga una oposición abierta a la orientación ideológica del empleador no debería admitirse y que represente un atentado contra la proyección «externa» de la ideología o pública del centro de trabajo de tendencia¹⁶⁰, siempre y cuando los servicios que se presten estén directamente relacionados con la realización de los intereses institucionales de las tareas de tendencia, o tengan una repercusión directa en la organización¹⁶¹.

Ciertamente, la interpretación debería ser restrictiva y por cada caso en concreto, ya que estamos ante conductas del trabajador de tendencia que son extralaborales, privadas, que se realizan fuera del centro y jornada de trabajo, y en la medida en que se relacionen con la prestación ideológica del trabajador de tendencia. No se trata de «ajustar» todas las conductas privadas del trabajador, sino solamente aquellas que se refieran directamente al ideario del empleador¹⁶².

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha tenido la oportunidad para pronunciarse sobre las conductas de la vida privada de los profesores que prestan servicios en un centro educativo ideológico. En un caso (Sentencia del 13-2-81), el mencionado tribunal declaró que, en determinados supuestos, el libre y válido ejercicio de la libertad de los trabajadores en la determinación de sus conductas extralaborales podría representar una violación al ideario del colegio ideológico y constituir una causal para extinguir el contrato de trabajo. En tanto se trata de un trabajador que ocupa un puesto ideológico, cabe efectuar una restricción y una exigencia mayor que el solo cumplimiento de los requisitos laborales usuales:

Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para

¹⁶⁰ GOÑI SEIN, José. Op. Cit., pp. 285 y ss.; y GIMENO, Blat. Op. Cit., pp. 94 y ss.

¹⁶¹ En esta línea, «Solo podrá plantearse la incompatibilidad entre los derechos del trabajador y los derechos de la organización contratante, en aquellos casos excepcionales en que trascienda al exterior el conflicto, de forma tal, que impida pura y simplemente el cumplimiento de la prestación, por lo que la empresa tampoco podrá exigir del trabajador, fuera de la relación de trabajo, un determinado comportamiento acorde con el mensaje ideológico de la institución, si el comportamiento distinto no repercute directamente en ella». BADIOLA, Ana. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2003, p. 302.

¹⁶² GOÑI SEIN, José. Op. Cit., pp. 286-7.

la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable¹⁶³.

Una posición diferente a la descrita sería la sostenida por RAWLS¹⁶⁴ dado que este autor privilegia las libertades que expresan mejor las potestades morales de las personas —protección a la autonomía de la persona como sujeto moral— y, en esta medida, la libertad de conciencia o pensamiento sería, si hubiera que efectuar una prelación, la que se privilegie ante un conflicto.

En igual medida, APARICIO¹⁶⁵ sostiene que la resolución del conflicto planteado supone la primacía de los derechos individuales de los trabajadores sobre la ideología del empleador —la denomina «derechos de grupo»— ya que el ejercicio de la libertad de empresa no puede amenazar las libertades de los trabajadores individualmente considerados en el marco del contrato de trabajo.

Lo indicado, sin duda, no supone que los trabajadores de una organización de tendencia deban tener la orientación ideológica del empleador, dado que la limitación se contrae en las labores que se relacionan directamente con la ideología del empleador, esto es, los puestos de trabajo de alto contenido ideológico. En la mayoría de los casos, bastaría con no oponerse a la ideología impuesta dentro del centro de trabajo y observar las pautas establecidas en la organización de tendencia, aunque estas se opongan a la ideología del trabajador de tendencia.

De lo dicho, en el centro de trabajo, las conductas de los trabajadores de tendencia deberían ajustarse al ideario del empleador. En cambio, fuera del centro y jornada de trabajo, la valoración de las conductas extralaborales debe tener una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales de los trabajadores: solo de manera excepcional, y tras apreciar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se puede determinar un límite a la conducta extra laboral del trabajador que ocupa un puesto de tendencia en tanto se debe alinear a la ideología del empleador ideológico. Pese a ello, autores como SALA FRANCO¹⁶⁶

¹⁶³ La cita corresponde a una sentencia del Tribunal Constitucional Español en la cual se declara la validez de un despido de una profesora de religión que tenía una relación afectiva con una persona que no era su esposo (STC N.º. 38/2007 del 15 de febrero de 2007).

¹⁶⁴ RAWLS, John. «Sobre...». Op. Cit., pp. 106 y ss.

¹⁶⁵ APARICIO, Joaquín. Op. Cit., p. 285.

¹⁶⁶ SALA FRANCO indica que el control empresarial sobre el ideario es posible «únicamente por actuaciones dentro del centro de trabajo, esto es, respecto del específico cumplimiento de sus obligaciones laborales». SALA FRANCO, Tomás. «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y

destacan que el control solo cabe dentro del centro de trabajo en estos casos en tanto medida restrictiva; nosotros no compartimos dicha posición, consideramos que sí es posible establecer límites a la conducta extra laboral del trabajador que ocupa puestos ideológicos dada la carga ideológica que ostenta, especialmente cuando se trata de posiciones representativas en la empresa (piénsese, por ejemplo, en el director de un colegio religioso que tiene conductas públicas extra laborales contrarias al ideario de la organización de tendencia).

3.5.2. La libertad de expresión y el respeto al ideario del empleador ideológico

Teniendo en consideración el carácter fundamental de la libertad de expresión, el trabajador podría ejercer tal libertad dentro y fuera de la relación laboral y que representa una de las aristas esenciales de un estado democrático¹⁶⁷. Como indica CALVO GALLEGO¹⁶⁸, normalmente las declaraciones ideológicas, morales, religiosas, etc. de los trabajadores no alteran la estabilidad o imagen pública del empleador ideológico¹⁶⁹.

Estamos ante un derecho constitucional y, por ello, los trabajadores de tendencia tienen derecho a expresar sus opiniones o guardar reserva sobre las mismas. Naturalmente, resulta cuestionable que los trabajadores, por el mero hecho de prestar servicios en un centro de trabajo ideológico, se encuentren impedidos de expresar sus opiniones, dentro o fuera del centro de trabajo¹⁷⁰; sin embargo, esta libertad, como destaca BLANCAS BUSTAMANTE, no puede ejercerse en forma irrestricta e ilimitada¹⁷¹.

En este acápite, nos detendremos en el estudio de la libertad de expresión —entendida como la transmisión de ideas u opiniones a pocas personas o un

las nuevas tecnologías de control laboral». En: AA.VV. Trabajo y libertades públicas (Efrén Borrajo: Director). Revista *La ley-Actualidad*. Madrid, 1999, p. 228.

¹⁶⁷ Así, VALDES DAL RE precisa que «El reconocimiento en el ámbito de la empresa de un espacio de libre expresión a favor de los trabajadores se erige en garantía para el desarrollo de sistema democrático de relaciones laborales». VALDES DAL RE, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SIDTSS y AUDTSS. Montevideo, 2003, p. 140.

¹⁶⁸ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p.220.

¹⁶⁹ Un amplio tratamiento sobre la libertad de expresión pueden verse en EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*. Palestra Editores. Lima, 2004; y, MARCIANI, Betzabé. *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Palestra Editores. Lima, 2004.

¹⁷⁰ RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit., pp. 216-17.

¹⁷¹ Sobre este tema, destaca BLANCAS BUSTAMANTE que «El trabajador tiene el derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, pero, al hacerlo, resulta obligado también a respetar el honor, la dignidad y la intimidad del empleador o de sus representantes». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 177.

entorno reducido— y difusión —conocida como la transmisión de ideas u opiniones a un entorno más amplio—, de tal manera que la libertad de información no será tocada —apreciada como la difusión de hechos a un público usualmente amplio—¹⁷². Inclusive, como apunta EGUIGUREN, la libertad de opinión no cuenta con límites expuestos para su ejercicio a nivel de las normas internacionales, en tanto que la libertad de expresión «está sujeta a responsabilidades y sí puede ser objeto de ciertas restricciones»¹⁷³.

La empresa es un ámbito ordinario para el ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores, vía individual o, más todavía, por medio de la representación sindical a través de los respectivos representantes de los trabajadores¹⁷⁴. En todo centro de trabajo, la libertad de expresión es el cauce natural para la representación y comunicación entre las partes laborales y representa «un núcleo duro de la libertad de expresión en todo sistema democrático de relaciones laborales»¹⁷⁵.

Sin embargo, en las organizaciones de tendencia se aprecia una intensidad ideológica tal que exige al personal un mínimo respeto al ideario y, en función al puesto que ocupa, un deber de «promover y defender de manera activa el mundo de valores, creencias e ideas de dicha organización», así como se «acentúa sus deberes personales, actúa como factor de limitación de sus libertades de pensamiento y de expresión»¹⁷⁶. En otras palabras, el ideario de la organización de tendencia importa la necesidad de delimitar la libertad de expresión de los trabajadores en relación con dicho ideario¹⁷⁷.

¹⁷² Al respecto, puede verse BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 170. En concreto, sobre este tema, CASTILLO ha destacado: «es conveniente tratar ambas libertades como si de un solo derecho fundamental se tratase: como un derecho que permite la transmisión de mensajes comunicativos conformados tanto por hechos como por juicios de valor, de manera que en los casos concretos no haya que preguntarse si está en juego la libertad de expresión o de información, sino que se pregunte por el contenido del mensaje a transmitir, de manera que si está presente el elemento objetivo se exija el test de veracidad, y si a la vez está presente el elemento subjetivo se exija también que no sea injurioso o insultante». CASTILLO, Luis. «Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información». En: *Revista Actualidad Jurídica* N°. 152. Lima, julio de 2006, p. 16.

¹⁷³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Op. Cit., p. 34.

¹⁷⁴ De acuerdo al estudio de BILBAO UBILLOS, este sería el derecho inespecífico que, con mayor incidencia, tiene mayor conflictividad a la luz de la jurisprudencia constitucional de España. BILBAO UBILLOS, Juan. Op. Cit., p. 491.

¹⁷⁵ DEL REY, Salvador. *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*. Ed. Civitas. Madrid, 1994, pp. 82-3.

¹⁷⁶ VALDES DAL RE, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona y el Derecho del Trabajador». En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SIDTSS y AUDTSS. Montevideo, 2003, p. 126.

¹⁷⁷ DEL REY, Salvador. «La libertad...». Op. Cit., p.126.

En este sentido, es posible que las declaraciones de los trabajadores tengan una enorme relevancia y afecten al empleador ideológico. Cuando, por el cargo que se ocupa y las funciones que se ostenta, las declaraciones del trabajador pueden perjudicar la imagen, el prestigio o simplemente el ideario del centro laboral y que «se manifiesta en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico»¹⁷⁸, sería reprimible tal conducta laboral¹⁷⁹. Nos referimos a aquellas declaraciones ideológicas que son públicas y que se oponen al ideario del centro de trabajo, valorando —además— la intencionalidad y ánimo de los trabajadores, el contenido y veracidad de la información propagada y las características del puesto de trabajo¹⁸⁰. Dentro del concepto de declaración «pública», deberíamos incorporar, además de declaraciones emitidas en medios de comunicación masiva, todas aquellas que se proclaman contra el ideario del empleador —por ejemplo, en la comunidad en la cual se desenvuelve la organización de tendencia—.

Ahora, si bien en la mayoría de los puestos de trabajo no se exige una afiliación plena al ideario del empleador, sin duda, la imposibilidad de expresar conductas que se opongan al ideal del empleador ideológico representa una excepción al principio proclamado por MILL, referido a la única libertad, la que supone la búsqueda —o intento por conseguirlo— del bienestar individual sin impedir a ninguna persona la búsqueda de la suya¹⁸¹. La finalidad ideológica del empleador impide, pues, en última instancia, el pleno ejercicio de las libertades del trabajador de tendencia.

Por otro lado, CALVO GALLEGO sostiene que el respeto en el caso de los puestos de trabajo donde no se requiera que exista una total identificación con el ideario del centro de trabajo, se contraen en comportamientos negativos —a nuestro parecer, en «deberes de no hacer»—: el trabajador debe dar la mínima publicidad a sus posibles discrepancias con el ideario del centro laboral, reservándolas del conocimiento público y relegándolas a su esfera íntima o familiar¹⁸². En otras

¹⁷⁸ BADIOLA, Ana. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2003, p.315.

¹⁷⁹ Al respecto, se ha dicho que «La libertad de expresión, si bien puede servir de vehículo a las críticas laborales, no puede suponer una actuación del trabajador dirigida a causar un daño material o moral al empresario o la empresa; es decir, debe evitarse la existencia de esta especial intención para que la buena fe sirva de límite al ejercicio de la libertad de expresión». GORELLI, Hernández. «Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (en torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de julio)». En: *Revista Actualidad Laboral* N°. 6. Febrero de 1997. Ed. La Ley. Madrid, 1997, p. 111.

¹⁸⁰ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p.222.

¹⁸¹ MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Alianza Editorial. Madrid, 1981, p. 69.

¹⁸² CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p.225.

palabras, en las posiciones neutras, se exige que los trabajadores no realicen «ataques abiertos o solapados»¹⁸³ contra el ideario de la organización de tendencia. Pensamos, inclusive, que la limitación puede extenderse al caso de los representantes de los trabajadores: en estos casos, se aplican las mismas restricciones, no se debería eximir de responsabilidades si se expresaran frontalmente contra el ideario de la organización (a lo sumo, se podría realizar un análisis más cuidadoso respecto de las circunstancias y condiciones que rodearon las declaraciones¹⁸⁴).

Sobre este tema, resulta interesante comentar una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania. Determinados médicos de un hospital católico suscribieron una pública declaración donde se señalaba que, en ciertos casos, debería admitirse el aborto. Ante ello, el hospital católico decidió despedir a dicho trabajador en la medida en que sus declaraciones habían sido contrarias al ideario católico que reprime el aborto. El Tribunal Constitucional de Alemania sentenció a favor del empleador en tanto que la libertad de expresión representa un comportamiento desleal frente a la posición de empleador¹⁸⁵. En el caso comentado, estamos ante un puesto ideológico donde el trabajador no podía efectuar declaraciones públicas contrarias al ideario del centro. Nótese que no se trata de una opinión fundada en una causa científica, sino que supone una valoración de bienes donde la iglesia católica tiene una posición firme.

Finalmente, veamos parte del caso del Sr. César Hildebrandt y su empleadora, una televisora local, producido a fines del año 1998. Este trabajador dirigía un programa periodístico que se caracterizaba por sus abiertas críticas al gobierno, oposición y todo aspecto de la realidad nacional que, de acuerdo con sus patrones ideológicos, merecían ser observados. En la última aparición de su programa de televisión, César Hildebrandt sostuvo —en vivo y en directo— abiertos debates con los propietarios del canal de televisión. Entre los temas que se discutieron estaban aquellos referidos a la oposición entre la ideología del empleador y del conductor del programa periodístico.

En este caso, y en función a la perspectiva que estamos abordando, consideramos que, si bien existió un abierto conflicto ideológico, por las características del programa de televisión, el trabajador no debió tener una oposición pública y frontal

¹⁸³ APARICIO, Joaquín. «Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador». En: APARICIO, Joaquín y BAYLOS, Grau. *Autoridad y democracia de la empresa*. Ed. Trotta. Madrid, 1992, p. 93.

¹⁸⁴ DEL REY, Salvador del. *La libertad de expresión e información y contrato de trabajo: Un análisis jurisprudencial*. Ed. Civitas. Madrid, 1994, pp. 81-88.

¹⁸⁵ Sentencia del 4 de junio de 1985. Esta sentencia llegó a la Comisión Europea de Derechos Humanos pero esta resolvió, atendiendo a una causal formal, declarando improcedente la demanda. Al respecto, véase BILBAO UBILLOS, Juan. Op. Cit., p. 518.

con la ideología del empleador en tanto que se estaba transmitiendo directamente tal conflicto a través de la televisión. En última instancia, el respeto a la ideología del empleador es un tema relevante dentro de la relación laboral y que no debió dejarse de lado por el trabajador.

Por lo demás, si bien se reconocía una libertad de expresión del conductor periodístico, existía el deber de buena fe laboral que supone un límite a las facultades de expresión del trabajador¹⁸⁶. Tal como ha sido señalado por una sentencia del Tribunal Constitucional español (Sentencia 88/1985)¹⁸⁷, la libertad de expresión tiene límites y no puede ser ejercida sin dejar de lado la buena fe laboral, que supone el respeto a la empresa y la reserva de los problemas internos de la misma para conversaciones previas y directas con sus funcionarios.

En este sentido, si existían diferencias ideológicas y otros aspectos en conflicto, el trabajador debió tratarlos directamente con la empresa periodística y evitar que tales diferencias se conozcan públicamente y dañen la imagen del medio de comunicación social.

3.5.3. Las vicisitudes ideológicas y la extinción del contrato de los trabajadores de tendencia

3.5.3.1. *Marco general: el conflicto de derechos*

Al igual que el supuesto precedente, estamos ante casos especiales donde la variación de la ideología del trabajador o el simple ejercicio de una libertad como la de expresión, así como, del otro lado, la alteración del contenido ideológico de la organización de tendencia, podrían suponer un conflicto de derechos fundamentales que conllevaría a la imposibilidad de continuar con la relación laboral.

La usual respuesta que corresponde, ante una variación de la ideología del trabajador, es que no cabría el despido de un trabajador por razones ideológicas en tanto no suele tener incidencia en la prestación laboral. Inclusive, en nuestro vigente ordenamiento jurídico que prevé, como regla, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario, se admite como excepción y se confiere el derecho a la reposición al trabajador que es despedido por una causal discriminatoria,

¹⁸⁶ La relevancia de la buena fe debe ser destacada: «La buena fe, como piedra angular de la relación laboral, es el medio a través del cual se da satisfacción a los intereses de las partes, y contribuye firmemente al cumplimiento de los objetivos que estas consideraron al celebrar el contrato de trabajo y que se pudieron plantear a lo largo de toda la relación contractual. Para ello, es indispensable que los contratantes mantengan un comportamiento coherente a lo largo de la relación laboral». CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p.108.

¹⁸⁷ Un comentario de esta interesante sentencia —y de otras sobre libertad de expresión e información de los trabajadores— puede verse en DEL REY GUANTER, Salvador. Op. Cit., pp. 49 y ss.

como son las libertades de opinión y de orientación religiosa (artículo 30 de la LPCL) y, además, cabría optar por una acción de amparo —de acuerdo a la tesis esgrimida por el TC conforme veremos al final de este capítulo— en tanto se afectan derechos fundamentales, como veremos más adelante.

Empero, cuando se trata de un empleador ideológico, las reglas usuales frente al conflicto de derechos fundamentales como el expuesto no pueden ser iguales; por ejemplo, cabría que el empleador, al existir un comportamiento del trabajador que se oponga con el ideario o simplemente nos encontremos ante una ideología incompatible con su orientación ideológica, cuente con mecanismos jurídicos frente a estos hechos. Así, el sistema jurídico debe brindar una respuesta frente a los casos de falta de armonía entre los idearios del trabajador y de la organización de tendencia. En palabras de MANCINI, se puede indicar que «En la Tendenzbeltriebe es la misma prestación de trabajo la que no puede ser cumplida utiliter si el prestador no participa en la concepción del mundo en la que la empresa se inspira»¹⁸⁸.

En este caso, por ejemplo, la libertad de expresión no podría ejercerse por el trabajador que ocupa un puesto ideológico para brindar opiniones contrarias a la orientación ideológica del empleador de tendencia. Un supuesto más concreto: la relación laboral de un redactor de la sección política de un diario podría extinguirse si discute abiertamente sobre la línea política del diario¹⁸⁹; o, en la misma línea, la oposición entre una ideología adoptada y difundida por un profesor en ejercicio de la libertad de cátedra que se opone al ideario de un colegio. Finalmente, será necesario apreciar qué elementos provee la legislación para los casos donde la ideología del empleador de tendencia varía y el trabajador opta por no adecuarse a este cambio ideológico.

En estos casos, pues, resulta necesario apreciar cómo conciliar la libertad de dirección y de organización del empleador de tendencia —sustentada en la libertad de empresa¹⁹⁰ más, usualmente, el ejercicio de derechos que sostienen el ideario como las libertades de religión u opinión— y la libertad de los trabajadores para sostener o modificar su ideología. Si el trabajador de tendencia realiza conductas

¹⁸⁸ Citado por OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 238.

¹⁸⁹ ROJAS RIVERO, Gloria. «La prensa, empresa ideológica de información». En: AA.VV. *Jornadas nacionales sobre libertad de expresión y medios de comunicación*. Consejo General del Poder Judicial. La Laguna, 1990, p. 168.

¹⁹⁰ Así, BLANCAS BUSTAMANTE explica que «Cuando el derecho del trabajador se opone al poder de dirección del empleador, este último es también titular de derechos fundamentales, especialmente el de libertad de empresa que sustenta aquel poder y que, mediante este, legítima las decisiones del empleador que podrían estimarse limitadoras o incluso impeditivas del derecho del trabajador». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 122.

o tiene una ideología abiertamente contrarias a los ideales del empleador ideológico, la prestación de servicios no tendría la virtud y funcionalidad para la cual se lo contrató —por lo demás, voluntariamente aceptó prestar servicios en un empleador de tendencia, con las limitaciones a su libertad que ello podría suponer—; o, desde otra perspectiva, si el empleador modifica radicalmente el contenido ideológico por diversas razones, ¿cuáles serán las garantías jurídicas que se deben reconocer a los trabajadores —que ocupen o no un puesto ideológico— frente a esta variación ideológica?

Seguidamente, abordaremos dos hipótesis de trabajo, según la extinción de la relación laboral se produzca por una variación ideológica del trabajador o del empleador, en el solo ánimo de tratar de brindar una respuesta a los supuestos que se han planteado.

3.5.3.2. *La variación ideológica del trabajador*

En este acápite, describiremos los supuestos de extinción de la relación laboral —o las adecuaciones que pudieran corresponder sin que se verifique un término del contrato—, porque el trabajador que ocupa un cargo de tendencia varía su ideología a tal punto que se opone al ideario del centro laboral. En este caso, nos encontramos ante un trabajador que ocupa un puesto ideológico y que prestaba servicios laborales con un alineamiento ideológico pero, por razones no imputables a la organización de tendencia, el trabajador varía de orientación ideológica.

Sobre la variación ideológica, esta debe ser relevante, sustancial o radical y que, a su vez, represente una verdadera oposición al ideario del empleador ideológico de tal manera que se plantea un conflicto ideológico. Al respecto, resulta útil citar lo dicho por el Tribunal Constitucional de España: «Una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor [...] la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro (STC 47/1985, FJ 3)».

Ante la variación, se presentarían hasta cinco supuestos: la renuncia del trabajador, el ocultamiento de la variación ideológica, la resistencia y hostilidad del empleador, la adecuación de la nueva ideología y la extinción de la relación laboral por iniciativa del empleador.

Frente al caso propuesto, una primera solución simple sería la renuncia al centro de trabajo. En este caso, las convicciones ideológicas del trabajador son tan fuertes que decide presentar su carta de renuncia al centro de trabajo. Aquí, la única posible consecuencia negativa para el trabajador sería que, si la renuncia origina un daño al empleador ideológico, o simplemente se transgrede un pacto

de permanencia laboral¹⁹¹, cabría la posibilidad de que el empleador obtenga una indemnización a su favor. No obstante ello, consideramos que, en los casos de variación ideológica, el trabajador tendría el derecho a extinguir el contrato de trabajo sin que tenga que asumir alguna sanción por daños y perjuicios, salvo que la imposibilidad de la variación ideológica estuviera pactada entre las partes (una penalidad derivada de un pacto de permanencia laboral).

En cualquier caso, es claro que la libertad de trabajo permite al trabajador la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo aun cuando exista un pacto de permanencia y ocupe un puesto ideológico. Para el caso de una variación ideológica de un diario, un periodista alegó este cambio y este fue admitido por el Tribunal Constitucional Español (Sentencia 225/2002 del 9 de diciembre de 2002):

El periodista tiene derecho a preservar su independencia ante situaciones de mutación ideológica desde el momento en que la considere realmente amenazada, evitando conflictos con la empresa de comunicación (que legítimamente puede alterar su línea ideológica) y riesgos de incumplimiento que, de permanecer en ella, pudieran darse y provocarle perjuicios por razón de su legítima discrepancia ideológica con la nueva tendencia editorial.

Veamos la segunda posibilidad, que se relaciona con el «ocultamiento» de la variación ideológica. En este caso, consideramos que mientras que la modificación de la ideología no se exteriorice y la prestación laboral se cumpla a cabalidad, no existe un caso jurídicamente relevante¹⁹². Así, la ideología del empleador no podría importar que el trabajador de tendencia deba tener, en su fuero interno, la misma ideología.

En definitiva, el trabajador de tendencia mantiene su libertad ideológica en el seno de la relación laboral, puede «hacer una cosa en su trabajo, pensar otra y actuar también de otra fuera del trabajo»¹⁹³. Un caso sería el de un redactor de la editorial de una empresa informativa: en estos supuestos, el trabajador puede adscribirse a una determinada orientación ideológica y escribir sobre temas de abierta oposición a su ideología particular, pero que se incardinan dentro de la ideología del empleador.

¹⁹¹ Si bien el pacto de permanencia no cuenta con una regulación normativa en el Perú, nada obsta para que las partes establezcan un pacto de permanencia laboral mínima, cuyo incumplimiento acarrea el pago de una indemnización. Al respecto, puede verse ULLOA, Daniel. «La obligación de prestar servicios por tiempo determinado: el pacto de permanencia». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, febrero de 1998, pp. 8 y ss.

¹⁹² Así, OTADUY describe que «La ineptitud debe tener necesariamente un reflejo externo —no basta la mera pérdida de creencias internas— por cuanto debe dar lugar a un incumplimiento de la prestación». OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 286.

¹⁹³ APARICIO, Joaquín. Op. Cit. p. 92.

Un tercer supuesto se contrae en la adecuación de la nueva ideología dentro del centro de trabajo ideológico, sin que exista oposición al ideario del mismo. En estos casos, si el empleador acepta la adecuación y la probable variación de la prestación de los servicios laborales del trabajador para que la organización de tendencia no se vea afectada por este cambio ideológico, se produciría una válida novación de la prestación ideológica que no debe tener impacto en el plano jurídico. Empero, si el empleador se niega a la adecuación ideológica, existen mayores niveles de discusión sobre este espinoso aspecto¹⁹⁴.

Por un lado, algunos consideran que, en ningún caso, debería exigirse al empleador determinadas conductas que conduzcan a tratar de adecuar la prestación laboral. Por otro lado, otros estiman que, cuando la variación ideológica se produjo por circunstancias sobrevinientes que no pudieron ser previstas por el trabajador al inicio de la relación laboral y que sean contrarias a la dignidad del trabajador, debería exigirse —atendiendo al principio de buena fe laboral— al empleador que trate de adecuar la variación ideológica para evitar la extinción del contrato de trabajo¹⁹⁵.

Nosotros consideramos, además de lo dicho, que el empleador tendría que realizar conductas razonables que busquen conservar la relación laboral —en virtud del principio de continuidad laboral¹⁹⁶ y las adecuaciones razonables que se exigen cuando nos encontramos ante un conflicto de derechos fundamentales—. Por el contrario, la organización de tendencia no estaría obligada a realizar las variaciones si es física, legal o económicamente imposible o de difícil realización.

Un penúltimo supuesto es que el trabajador exteriorice su cambio ideológico, pero que decida mantener la relación laboral, y la reacción del empleador no sea la extinción de la relación laboral, sino actos conducentes a favor de una adecuación ideológica del trabajador o que este renuncie. Ante ello, el trabajador podría invocar la existencia de actos de hostilidad (previstos en el artículo 30 de la LPCL). En estos casos, si el trabajador invocara la existencia de actos de hostilidad, consideramos que la validez jurídica de tal alegación debería tener como medida de análisis su relación directa con la orientación ideológica: si se trata de actos del empleador que buscan la adecuación ideológica del trabajador, no estaríamos ante supuestos de hostilidad; en cambio, si el empleador cometiera actos

¹⁹⁴ Sobre este tema, puede verse CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., pp. 247 y ss.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op. Cit., p. 227. En este caso, se cita y analiza la jurisprudencia constitucional española. Además, puede verse GOULD, William. *Nociones de derecho norteamericano del trabajo*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 166.

¹⁹⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «Los principios...». Op. Cit., pp. 151 y ss.

de discriminación en contra del trabajador no relacionados con una adecuación ideológica, se configuraría un caso de hostilidad.

Así, si un profesor de religión desarrolla una postura ideológica que no se alinea con los cánones y dogmas del centro educativo religioso, y el empleador lo invoca para que adecue su posición ideológica o le otorga algunos días de licencia con goce de haberes para que reflexione sobre la variación ideológica, no estamos ante actos de hostilidad. Por otro lado, si, en el mismo supuesto descrito, el colegio no abonara oportunamente las remuneraciones solamente de este trabajador, habría un acto de hostilidad carente de sustento objetivo y razonable.

Finalmente, tenemos el supuesto referido a la voluntad del empleador de extinguir el contrato de trabajo ante la variación de la ideología del trabajador de tendencia.

De entrada, la sola variación de la ideología no supone una falta laboral ni necesariamente un incumplimiento de las obligaciones del trabajador que labora en un puesto ideológico. Si el empleador, ante la variación de la ideología, opta por extinguir la relación laboral, el punto se contrae a determinar en qué clase de extinción del contrato de trabajo ingresa este supuesto, de conformidad con las normas peruanas —en concreto, las causales descritas en el artículo 16 de la LPCL—. Sobre este tema, hay dos teorías: para unos, nos encontramos un supuesto objetivo de término de la relación laboral por una ineptitud sobrevenida del trabajador (despido objetivo) y, para otros, estamos ante un incumplimiento laboral que se debe reconducir ante una falta disciplinaria (despido disciplinario)¹⁹⁷. En nuestra opinión, los dos supuestos se pueden configurar en la realidad, tal como describiremos seguidamente.

Veamos primero los casos de inconducta del trabajador. Si la variación ideológica se manifestara a través de actos expresos del trabajador que pretendan dañar al empleador, su ideario, etc., estaremos ante una falta laboral que se relaciona con

¹⁹⁷ Un resumen de ambas posiciones ha sido realizada por VALDÉS DAL RE: «Para las teorías del primer grupo, la afinidad ideológica del trabajador con el sistema de valores defendido y transmitido por la empresa de tendencia constituye una condición necesaria de la estipulación así como de la continuidad del vínculo contractual. La comunión de creencias y valores se erige en las base subjetiva del negocio y, en consecuencia, su desaparición faculta la extinción del contrato de trabajo. La pérdida de la identificación ideológica del trabajador con la empresa de tendencia actúa, en suma, como condición resolutoria de la relación laboral. Para las teorías del segundo grupo, de índole objetiva, las tareas ideológicas forman parte de la prestación laboral, constituyen una característica inescindible de ella, de manera que el trabajador portador de tendencia, en el momento de la celebración del contrato, se compromete a ajustar y adecuar la ejecución de su actividad al ideario defendido y difundido por la organización en la que se incorpora». VALDÉS DAL RE, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del Trabajador». En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SIDTSS y AUDTSS. Montevideo, 2003, p. 127.

la conducta del trabajador¹⁹⁸, siempre que nos encontremos ante una actuación que vuelva irrazonable el mantenimiento de la relación laboral de tal manera que su análisis debe ser riguroso y estricto en torno a la connotación e implicancias de la falta cometida¹⁹⁹ en cada caso en particular. Estamos, siguiendo a FERNÁNDEZ, ante el ejercicio por el empleador de una facultad derivada del contrato de trabajo y que tiene por finalidad la imposición de una sanción disciplinaria frente a un acto de desviación del trabajador²⁰⁰.

En estos casos, se configura una falta disciplinaria y tendría que aplicarse uno de los supuestos contemplados como faltas graves que motivan la terminación de la relación laboral²⁰¹ descritos en el artículo 25 de la LPCL. En esta línea, nos encontramos ante una falta disciplinaria cuando el profesor de religión se abstiene de acudir al centro de trabajo por su variación ideológica, el editor de un diario que se presenta ante los medios de comunicación brindando opiniones contrarias a la posición ideológica de su empleador, el gerente general de un partido político que destruye bienes del partido por el cambio de su orientación política, la directora de una ONG feminista que se apropia de fondos de la organización en tanto no está de acuerdo con una nueva directiva, etc.

El despido disciplinario también se extendería a los casos donde los trabajadores que ocupan cargos de tendencia, por una conducta extralaboral, atentan grave y expresamente contra el ideario del centro de trabajo a tal punto que resulta necesario extinguir la relación laboral²⁰². En estos casos, no estaríamos ante una ineptitud del

¹⁹⁸ ROJAS RIVERO, Gloria. Op. Cit., p. 221.

¹⁹⁹ Sobre el particular se ha comentado que «Los paralelismos de nuestra jurisprudencia ha realizado entre el derecho penal y el ordenamiento jurídico disciplinario laboral, que consideran a este último una modalidad de aquel, obligando al órgano juzgador a tener en cuenta los principios generales que informan al ordenamiento penal; entre otros, el de la interpretación favorable al trabajador sancionado». AA.VV. (Coordinador: Juan GORELLI). *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Ed. Tecnos. Madrid, 2004, p. 138.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ, María Fernanda. *El poder disciplinario en la empresa*. Civitas. Madrid, 1991, pp.232-235.

²⁰¹ De acuerdo a las normas peruanas, podrían imputarse como faltas, según sea el caso, el incumplimiento de obligaciones laborales que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral y el faltamiento de palabra contra el empleador (literales a) y f) del artículo 25 de la LPCL). En torno a los alcances del «incumplimiento de obligaciones laborales», BLANCAS BUSTAMANTE ha señalado que «Las obligaciones de trabajo» cuyo incumplimiento se tipifica como falta grave, deben entenderse como aquellas que determinan el contenido propio y específico de la labor que toca ejecutar al trabajador, y no lato sensu como conjunto de «obligaciones que impone la relación de trabajo». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA Ed. Lima, 2002, p. 169.

²⁰² RIVERO ROJAS, Gloria. Op. Cit., p. 222. En la misma línea, se ha dicho que la falta laboral exige «tres notas para poder apreciar la conducta como grave y culpable: notoriedad o exteriorización, intencionalidad y naturaleza de la conducta con una relación evidente entre la identidad religiosa de

trabajador pues nos encontramos ante la valoración de una conducta —como hemos ya señalado, esta conducta representa un válido ejercicio de un derecho constitucional pero existe una afectación directa a los intereses tutelados por la organización de tendencia—, y se debería emplear este procedimiento de extinción disciplinaria de la relación laboral que no confiere al trabajador una indemnización.

Ahora bien, si se verifica la sola inadecuación ideológica entre el trabajador de tendencia y el empleador ideológico, pero no se aprecia una inconducta del trabajador referido, en rigor, el empleador no podría despedir por la conducta del trabajador porque no habría incumplido disciplinariamente una orden laboral, sino que, simplemente, estaría ejerciendo su libertad ideológica, esto es, estamos ante el simple ejercicio de un derecho fundamental de tal magnitud que «de tal grado que imposibilite al trabajador el cumplimiento de todas, o al menos, de las fundamentales tareas de su profesión habitual²⁰³». En este caso, como se ha dicho, «Si el trabajador, debido al cambio operado en sus ideas, no puede válidamente dirigirse a realizar una prestación de contenido ideológico, hay que hablar de ineptitud sobrevenida por causas a él no imputables y no de incumplimiento contractual»²⁰⁴.

Entonces, tendríamos que referirnos a una falta de capacidad —algunos la denominan «descualificación» laboral— y, concretamente, una ineptitud del trabajador para prestar adecuadamente sus servicios (supuesto previsto en el literal a) del artículo 23 de la LPCL²⁰⁵), donde no existe un acto doloso o culposo del trabajador, sino una divergencia ideológica²⁰⁶. En efecto, en estos casos, estamos ante circunstancias objetivas —ajenas a la voluntad del empleador— que motivan la extinción de la relación laboral por iniciativa del empleador y que son incorporadas indebidamente como causales de despido —lo apropiado fue calificarlo

la empresa y la actividad profesional». FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. CES. Sevilla, 2007, p. 80.

²⁰³ QUESADA, ROSA. «Tendencias recientes de la Jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido». En: *Revista y monografías sobre temas laborales*. N.º. 16. Sevilla, 1989, p. 50.

²⁰⁴ MORENO, Botella. *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. FUE. Madrid, 2003, p.263.

²⁰⁵ Este precepto señala que es una causa justa de despido relacionada con la capacidad «El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas».

²⁰⁶ Para el caso de los medios de comunicación la objeción de conciencia de los periodistas tiene un contenido parecido en tanto que, verificada la confrontación ideológica, la relación laboral puede extinguirse con —y esta es la diferencia con el caso que tratamos— el pago de una indemnización: «La mutación ideológica interesa frontalmente a la libertad ideológica del medio y del profesional. Se trata de un conflicto entre dos tendencias ideológicas diversas, resuelto, por tratarse de una mutación sobrevenida, por la extinción objetiva super-indemnizada del contrato». SEGALES, Jaime. *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 368.

como una causa objetiva de extinción, según la clasificación peruana— y que no confieren al trabajador el derecho a percibir una indemnización por el despido dado que este califica como válido²⁰⁷.

Dicho de otro modo, estamos ante un caso de desviación ideológica del trabajador que puede motivar un «despido por causas objetivas por ineptitud moral sobrevenida no conocida ni podida conocer ni en el momento de efectuar el contrato» y que se contrae en una «pérdida de su aptitud ideológica para desempeñar eficazmente el objeto del contrato celebrado»²⁰⁸ pues, en estos casos, la aptitud profesional, como describe SANTONI, «no se mide con relación a la capacitación técnica del trabajador, sino a la idoneidad del individuo para contribuir a la difusión de la ideología, de la que es expresión institucional la organización»²⁰⁹.

Nótese que la LPCL indica que la causal debe ser «determinante» o, siguiendo a BLANCAS BUSTAMANTE, «significativa»²¹⁰ para el desempeño de las labores del trabajador: el empleador debe acreditar que el trabajador no puede prestar servicios en la empresa no solamente en el cargo para el cual fue contratado, sino en los demás puestos de trabajo compatibles con su grado de incapacidad o ineptitud²¹¹, en tanto sea posible dicha adecuación (acomodación razonable) sin que se genere un costo excesivo o relevante para el empleador. En estos casos, existe una condición objetiva para el trabajo²¹² y que es esencial para la sostenibilidad de la organización de tendencia a tal punto que resulta legítimo el alineamiento ideológico entre el trabajador y la organización de tendencia²¹³

²⁰⁷ En la misma línea, para el caso español, OTADUY indica: «La divergencia ideológica entre el trabajador y la empresa reconocida por el Derecho como institucionalmente marcada con un carácter propio, es un supuesto de la ineptitud sobrevenida contemplada en el artículo 52, a) del Estatuto de los trabajadores, y, por tanto, de extinción por causa objetiva y no de despido disciplinario; más en concreto la consideramos como una especie dentro del género de ineptitud intelectual o psíquica a la que nos hemos referido». OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 235.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. Op. Cit., p.83.

²⁰⁹ MORENO, Botella. *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. FUE. Madrid, 2003, p.255.

²¹⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA Ed. Lima, 2002, p.142.

²¹¹ BRIONES GONZÁLES, Carmen. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*. MTSS. Madrid, 1995, p. 127.

²¹² VICENTE PACHÉS, Fernando de. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES. Madrid, 1998, p. 357.

²¹³ El TC ha declarado nulo los despidos bajo esa modalidad que no cumplen con los requisitos descritos (Exp. N° 10422-2006-PA/TC): «En este sentido, este Tribunal llega a la conclusión de que el demandante ha sido despedido por razones de discriminación derivadas de su condición de discapacitado o inválido, debido a que del contenido de las cartas referidas, no se desprende que el supuesto detrimento de las facultades del trabajador sea determinante para el desempeño de las labores que desempeñaba el demandante; además, en autos no se encuentra probada la relación

y, por ello, la acomodación razonable probablemente no permita encontrar un puesto adecuado para el trabajador.

Un estudio específico sobre los empleadores de tendencia de CALVO GALLEGO²¹⁴ precisa que no estamos ante un caso de descualificación porque estas son ajenas a la voluntad del trabajador; en cambio, en el caso de la variación ideológica, esta se produce por una libre decisión del trabajador y, por ello, estaríamos ante una falta disciplinaria. En la misma línea, QUESADA destaca que estamos ante una descualificación objetiva del trabajador que motiva la pérdida de las condiciones para prestar servicios y cuya nota distintiva es la «ausencia de voluntariedad culpable del trabajador»²¹⁵.

No compartimos la posición señalada. En el caso de la variación de la ideología, nos encontramos ante un supuesto de falta de condiciones objetivas del trabajador para continuar con la prestación laboral. No existe una automática falta disciplinaria de los trabajadores por la mera variación ideológica, simplemente estos no tienen la capacidad para prestar sus servicios, sin importar el origen de la misma. En las causales de despido disciplinario, el trabajador «sabe y puede trabajar pero no quiere, en las que justifican la extinción por ineptitud el individuo quiere trabajar pero no sabe o, sabiendo, no puede hacerlo»²¹⁶. De esta manera, cuando el trabajador varía su ideología, la sola variación no supone un incumplimiento disciplinario laboral, una falta disciplinaria²¹⁷. Y, es en este

directa y evidente entre la supuesta pérdida de la capacidad y los requerimientos específicos del cargo que desempeñaba el demandante».

²¹⁴ Al respecto, se señala que «Todas estas discapacidades ideológicas a las que venimos haciendo referencia han sido causadas por una decisión libre y voluntaria del trabajador. Es obvio que no hay nada más libre y consciente que la propia formación interna de la conciencia y moral. De ahí que, a nuestro juicio, la merma o incluso la desaparición de la aptitud ideológica del empleado provoca por su cambio unilateral de creencias no pueda ni deba ser incluida en el supuesto de hecho objetivo establecido en el Art. 52.a) ET [ineptitud del trabajador] [...] De ahí que, en conclusión, los incumplimientos en los que se manifieste esta ineptitud deban considerarse incluidos —ante la falta de un epígrafe más adecuado— en los apartados b) o d) del Art. 54.2 del E.T. [indisciplina o desobediencia y transgresión de buena fe laboral] (los agregados son nuestros)». CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., pp. 256-7.

²¹⁵ QUESADA, Rosa. «Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido». En: *Revista y monografías sobre temas laborales*. N.º. 16. Sevilla, 1989, p. 49.

²¹⁶ FITA ORTEGA, Fernando. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 42.

²¹⁷ En esta línea, se ha dicho que «la simple disconformidad del trabajador con el ideario no es causa legítima de despido, sino que es precisa una actividad hostil o contrario que, además se haya exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro». PRADO, Francisco. «Contrato y relación de trabajo». En: AA.VV. (Fermín Rodríguez Piñero y Fernando Elorza: Coordinadores). *Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*, Editorial Tecnos. Madrid, 2001, p. 202.

momento donde el empleador puede tomar la iniciativa de extinguir la relación laboral del trabajador que ocupa un puesto de tendencia y cuya ideología debe ajustarse al ideario del centro laboral. La falta de adecuación entre las ideologías de la organización empleadora y el trabajador se inserta dentro de esta causa objetiva de término de la relación laboral y que resulta indispensable para la tutela de esta peculiar prestación de servicios donde: «La condición de conformar en todo momento la prestación exigida con una determinada concepción del mundo, como sería la que se estableciese en la relación laboral de contenido ideológico, se encontraría intrínsecamente unida a la prestación»²¹⁸.

En el ordenamiento español —marco normativo de referente del profesor CALVO GALLEGO— la ineptitud sobreviniente califica como una causa objetiva y en nuestro país es una falta de capacidad del trabajador que motiva un despido —acto de extinción por voluntad del empleador causado por un acto del trabajador—. Este tratamiento es similar: se busca regular aquellos casos donde existe una ineptitud, una falta de adecuación del trabajador al ideario de la organización de tendencia.

Así, existen casos de causas objetivas que provienen de la propia voluntad del trabajador: repárese en un acto voluntario y extralaboral de un trabajador que le ocasiona la incapacidad física para laborar o la pérdida de una licencia administrativa que le impide continuar con sus servicios laborales. En el ejemplo citado, se produce una incapacidad sobreviniente, pero que no se originó en una falta disciplinaria del trabajador y, por lo tanto calificaría como una «descualificación laboral» o una ineptitud sobreviviente, aun cuando fue provocada por el trabajador. En este caso, se tendría que otorgar un plazo de 30 días (artículo 31 de la LPCL) para que el trabajador pueda alinearse al ideario de la organización y, solo tras este plazo y en caso de que no exista una adecuación, cabría el cese por esta causal; en caso que no se observe este procedimiento, el despido sería atentatorio contra el debido proceso y cabría una tutela al trabajador mediante una acción de amparo, tal como veremos más adelante²¹⁹.

²¹⁸ OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 288. En la misma línea, se ha dicho que «Una insuficiente capacidad profesional de trabajador, es decir, que estamos ante una carencia de la habilidad imprescindible para que el trabajador pueda desarrollar su trabajo, por lo que se hace inviable el objeto del contrato de trabajo». AA.VV. (Coordinador: Juan GORELLI). *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Ed. Tecnos. Madrid, 2004, p. 378.

²¹⁹ Sobre este caso, el Tribunal Constitucional ha señalado en una acción de amparo (Exp. N.º 03578-2006-PA/TC) que: «Por consiguiente, la entidad emplazada estaba en la obligación de otorgar al recurrente el plazo de treinta días para que demostrara su capacidad o corrigiera sus deficiencias, cosa que no hizo, ya que se limitó a concederle seis días para que efectuara su descargo, desnaturalizando, de ese modo, el procedimiento preestablecido en la ley y vulnerando los derechos al debido proceso y al trabajo». En la misma línea, la Corte Suprema ha ratificado la necesidad de cumplir con este trámite (Casaciones Nos. 885-2001-Lima y 875-2001-Lima). En: MESINAS,

Por último, debemos indicar que, cuando el empleador extingue la relación laboral por la causal citada, no estaríamos ante un caso de discriminación laboral, porque se presentaría una causa objetiva relacionada con la capacidad del trabajador de tendencia²²⁰. Si el trabajador se considerase despedido por discriminación y solicitara la nulidad de despido en la vía judicial, tendría que desestimarse tal pretensión en la medida en que el acto del empleador estaría plenamente sustentado en la incompatibilidad entre las ideologías de este y del trabajador. Sobre este tema, volveremos más adelante.

3.5.3.3. *La variación ideológica del empleador*

A continuación, abordaremos la segunda hipótesis de trabajo: la posible extinción del contrato de trabajo por una variación ideológica del empleador. Aquí, por los mismos fundamentos constitucionales que motivaron la fundación de una organización de tendencia, resulta válido que, durante el desarrollo de la prestación laboral, dicho empleador varíe de orientación ideológica.

Dentro de la clasificación de variaciones que acostumbra establecer la doctrina, consideramos que estamos ante una modificación funcional de carácter ideológico por parte del empleador²²¹. Tal variación es una facultad innata del empleador y que puede importar la necesaria modificación de la prestación laboral de los trabajadores o, cuando menos, de quienes ocupan cargos de tendencia.

En el escenario de una variación ideológica, el empleador debería realizar los mayores esfuerzos posibles para adecuar la prestación laboral del trabajador que ocupa un puesto de tendencia a la nueva orientación ideológica y, de no ser viable el alineamiento, cumplir con otorgar las prestaciones y facilidades que permitan a los trabajadores adecuarse a la variación producida. En otras palabras, resultaría cuestionable el acto del empleador que suponga la extinción inmediata de la relación laboral por la mera variación sin que se realicen esfuerzos para apuntar hacia una acomodación razonable del trabajador que tiene una disconformidad con la variación ideológica en aras de mantener el contrato laboral—más cuando la variación ideológica fue motivada por el empleador— y, en todo caso, brindar las mejores condiciones para la adecuación de la prestación de servicios por parte

Federico y GARCÍA, Álvaro. *Problemas y soluciones laborales. Guía de casos de controversias laborales resueltos por los tribunales*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2007, p. 121.

²²⁰ Baste señalar, como soporte normativo, lo dispuesto en el Convenio N°. 111 de la OIT: «Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación» (artículo 1.2).

²²¹ VALVERDE ASENSIO, ANTONIO. «Las causas de despido objetivo y la limitación en los supuestos de movilidad funcional». En: AA.VV. (Jaime Castiñeira: Coordinador). *Presente y futuro de la regulación del despido*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997, pp. 145 y ss.

de los trabajadores y sin que ello suponga que la organización deba «soportar unos costes económicos o extraeconómicos superiores a los mínimos», de tal manera que este es el «límite del gravamen, real, al que le basta con realizar una propuesta razonable, aunque no sea la preferida del trabajador»²²².

Antes que nada, no debe olvidarse que fueron los trabajadores quienes apostaron por la ideología de la organización de tendencia y ellos permanecieron fieles a ella, de tal forma que resulta razonable exigir al empleador una conducta mínima y satisfacer los intereses y expectativas de sus trabajadores²²³, en el marco de la buena fe laboral que importa la «adecuación o coherencia entre la conducta y su finalidad, entre el medio y el fin»²²⁴. Naturalmente, más allá de lo expresado, no habría la posibilidad de los trabajadores que ocupan puestos de tendencia de exigir la conservación del ideario o mantener el mismo puesto de trabajo que «poco antes había asumido lícitamente» y «violaría el propio principio de buena fe al ir en contra de sus propios actos»²²⁵.

3.5.3.3.1. *Las variaciones ideológicas: modificaciones sustanciales*

Teniendo en consideración que nos encontramos ante un centro de trabajo ideológico, las variaciones ideológicas repercuten enormemente en las relaciones laborales y, por ello, estamos ante auténticas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores que ocupan puestos de tendencia.

²²² FERNÁNDEZ, Roberto y Otros. *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. CES. Sevilla, 2007. p.63

²²³ Así, se habla de un poder-deber del empleador dirigido a «la colaboración con el trabajador no solo en lo que se refiere a los compromisos establecidos en el contrato sino a las expectativas creadas, para con ello procurar un cierto grado de satisfacción de los intereses del trabajador, un poder-deber de ejercitar la acción disciplinaria en condiciones de coherencia, transparencia y ecuanimidad, una obligación de facilitar la ejecución de la prestación al trabajador, un derecho-deber de tutelar las condiciones de trabajo y un respeto integral de los intereses del trabajador y de su desarrollo personal y profesional a través del trabajo». CONDE MARIN, Emilia, p. 403. Con más énfasis, se ha dicho también que «Se podrá obligar al empresario a que realice una adecuación de la prestación de servicios para hacerla mínimamente compatible con el ejercicio del derecho fundamental de trabajador, siempre que no suponga un grave trastorno para la organización de la empresa, pero no necesariamente esa adecuación que se deba realizar será la que haya solicitado el trabajador». RIERA, Carlos. *El despido nulo*. Tirant Monografías. Valencia, 1999, p. 169.

²²⁴ CASAS BAAMONDE, M.E. «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe». En: *Revista Relaciones Laborales* N° 12. Madrid, 2004, p. 9.

²²⁵ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p. 249. Más adelante, este mismo autor señala que «no creemos que pudiera considerarse correcta, honesta y leal, en definitiva, ajustada a la buena fe, aquella actitud empresarial que, sin justificación o causa alguna, se negase a realizar una adaptación contractual inocua para sus intereses y necesario, en cambio, para la normal continuación del contrato y al respeto a la conciencia del trabajador». CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p. 250.

El contrato de trabajo, al ser de ejecución continuada y tener vocación de permanencia, está propenso a sufrir una serie de modificaciones por iniciativa del empleador. Y, en este caso, la libertad de empresa —con asidero constitucional— no solamente adquiere una dimensión jurídica y económica, sino que confiere el marco a la organización para organizar y tomar las decisiones que estime adecuadas²²⁶. De allí que todo empleador, en virtud del poder de dirección, puede introducir modificaciones no esenciales en la prestación de trabajo —a esta potestad concreta se le denomina *ius variandi*—. Empero, las modificaciones sustanciales de la relación laboral, salvo norma expresa facultativa, o procedimiento administrativo o judicial, no pueden unilateralmente ser efectuadas por el empleador.

Dentro de las modificaciones sustanciales, siguiendo lo expuesto por la doctrina española y latinoamericana, se encuentran todas aquellas que alteran los aspectos fundamentales de la relación laboral, de tal forma que pasan a ser otros distintos de modo notorio y evidente²²⁷. Se trata, por consiguiente, de modificaciones que afectan al trabajador y «redundan en perjuicio de su formación o en menoscabo de su dignidad» y, por ello, «una actitud contraria a sus propias creencias redundaría en perjuicio de su dignidad, tanto profesional como humana»²²⁸. Adicionalmente, conviene precisar que las modificaciones que estamos describiendo versan sobre la funcionalidad o contenido ideológico de la organización de tendencia y no sobre modificaciones orgánicas o estructurales (que pueden motivar modificaciones sustanciales, pero no suelen tener un contenido ideológico)²²⁹.

Actualmente, no existe un procedimiento en el ordenamiento peruano que permita al empleador modificar, de manera general, sustancialmente cualquier condición de trabajo ante los supuestos que se presenten, y solamente se esta-

²²⁶ LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999, p. 89.

²²⁷ Estudios sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo puede verse en ERMIDA, Óscar. *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*. Ed. Hammurabi, 1989, Buenos aires, pp. 31-98.

²²⁸ MORENO, Botella. *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. FUE. Madrid, 2003, p.265. En el mismo sentido, para el caso de un medio de comunicación, se ha descrito que «nos encontramos ante el ejercicio de una facultad modificativa empresarial que ya no cabe calificar de normal u ordinaria en la gestión de la actividad informativa, pudiéndose calificar de modificación auténticamente sustancial tanto del objeto como del modo de la prestación, en cuanto puede afectar negativamente a la propia conciencia ética y dignidad profesional, incluso personal, del periodista». MOLINA, Cristóbal. *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*. Ed. Comares. Granada, 2000, p. 123.

²²⁹ SEGALÉS, Jaime. *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 379.

blecen mecanismos de control luego de la implementación de la variación y en tanto exista una oposición del trabajador. La Ley de Facultades del Empleador, norma que permitía modificaciones esenciales de trabajo y fijaba el respectivo procedimiento, fue derogada por la Ley N°. 26513, hoy LPCL.

En tal sentido, la potestad del empleador se encuentra limitada parcialmente debido a que no está legalmente previsto de manera general el procedimiento para modificar, unilateralmente, condiciones de trabajo en forma sustancial. A título ejemplificativo, ante una causa justificada: ¿cuál es el procedimiento para reducir la remuneración?, ¿cómo modificar una condición de trabajo que proviene de un convenio colectivo?, ¿de qué forma el empleador puede suspender la relación laboral por causales distintas de la fuerza mayor o el caso fortuito? Estas interrogantes no cuentan con respuesta en las normas laborales.

El artículo 9 de la LPCL señala que el empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de la razonabilidad y las necesidades de la empresa²³⁰: de esta forma, la LPCL confiere al empleador la potestad para variar las condiciones de trabajo en forma unilateral sin prever un procedimiento para ello, de tal manera que, el control de legalidad sobre la modificación introducida es posterior. No obstante ello, el artículo citado no brinda una respuesta a todas las interrogantes expuestas en torno a las variaciones sustanciales ya que está planteado para modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, pero no está prevista su aplicación para variar condiciones que se originan en un convenio colectivo, no comprenden los casos de suspensión de labores y sería cuestionable que permitiera una rebaja unilateral de remuneraciones.

Salvo los casos no contemplados, estimamos que resulta posible la modificación de condiciones de trabajo que provengan de actuaciones razonables del empleador, entendiéndose por estas a las que resultan necesarias para la consecución de las actividades propias del negocio a tal punto que puede suponer una modulación de los derechos fundamentales del personal²³¹. La norma laboral alude

²³⁰ La indicada disposición destaca lo siguiente:

«Artículo 9º.— Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo».

²³¹ Sobre este tema, BAYLOS destaca que «Existen limitaciones derivadas de las necesidades organizativas de las empresas, pero entendiendo en un sentido estricto el término necesidad, de

a los límites de «razonabilidad y necesidades» que deben ser observados por el empleador para introducir modificaciones. Y, en este sentido, consideramos que los aspectos que se deben tener en cuenta para el tratamiento de los conflictos de derechos fundamentales pueden trasladarse a estos supuestos dado que, en este caso, la razonabilidad y necesidad implica que las variaciones del empleador deben ser idóneas, proporcionales y necesarias, para que no se afecten los derechos fundamentales del trabajador²³². En realidad, existe una íntima vinculación entre la teoría de los conflictos de derechos fundamentales, y las divergencias entre los poderes de dirección del empleador y los derechos de los trabajadores, pues en ambos existen diversos intereses en juego y un análisis casuístico basado en instituciones semejantes (razonabilidad, proporcionalidad y necesidad).

Al respecto, el TC ha utilizado estos criterios para referirse a los límites que tiene el empleador en su actuación; así, en el Expediente N°. 8330-2006-PA/TC destacó lo siguiente:

De los hechos expuestos se concluye que las medidas adoptadas por el empleador resultan irrazonables, por cuanto los traslados sucesivos, la rebaja de categoría sin justificación alguna y sin amparo legal, así como la clausura del centro de labores en el contexto de una negociación colectiva, resultan actos violatorios que atentan contra la actividad sindical. En efecto, si bien los actos señalados podrían encontrar justificación en caso se sujeten a la legislación pertinente (lo que no ha sido probado en el caso de autos), tales actos, en su conjunto, neutralizan en gran medida la actividad sindical de los trabajadores, a efectos de poder negociar, de forma libre, con su empleador.

manera que equivalga a una constatación de que no había otra forma de alcanzar el objetivo organizativo perseguido que a través del sacrificio del derecho fundamental del trabajador». BAYLOS GRAU, Antonio. «La Autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario». En: AA.VV. (Jaime Cabeza, José Lousada y Matías Movilla: Coordinadores). *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. Ed. Comares. Granada, 2002, p. 43.

²³² En este sentido, PALOMEQUE describe que «Toda medida restrictiva de un derecho fundamental deberá superar el correspondiente «juicio de proporcionalidad», para lo que será imprescindible comprobar si cumple tres requisitos o condiciones: 1) si la medida «es susceptible de conseguir el objetivo propuesto» (juicio de idoneidad); 2) si, además, «es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia» (juicio de necesidad); y, finalmente, 3) si la misma «es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general) que prejuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (juicio de proporcionalidad en sentido estricto». PALOMEQUE, Carlos. «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos». En: *Derecho del trabajo y razón crítica* (Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque). Caja Duero. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2004, p. 164.

Por otro lado, si bien la LPCL permite, en los procedimientos de reducción de personal por causas objetivas, la rebaja de remuneraciones, suspensión de labores y modificación de convenios colectivos, ello solo podría ocurrir en situaciones extraordinarias que se configuran cuando: i) nos encontramos ante un procedimiento de reducción de personal que culmine con una resolución aprobada del Ministerio de Trabajo, y/o ii) existe un acuerdo con los trabajadores para que operen tales modificaciones. Entonces, al no existir un procedimiento previo para la modificación de condiciones de trabajo, esta se produciría automáticamente y, ante ello, el trabajador lo podría cuestionar en las vías administrativa —una denuncia en el procedimiento inspectivo— o judicial —una acción judicial por afectación a las condiciones de trabajo—. Serían, en definitiva, estas instancias las que deban pronunciarse sobre el fondo de la variación.

Bajo el marco descrito, la variación ideológica, en tanto modificación sustancial de la relación laboral, no cuenta con un tratamiento normativo que permita establecer las pautas normativas procesales que se deban observar expresamente (control previo de legalidad). Nótese que no estamos cuestionando la facultad del empleador de efectuar una variación ideológica dado que nos encontramos ante el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1993, se trata de apreciar las pautas y procedimientos que deberían observarse con los trabajadores que se identificaban con la ideología anterior.

3.5.3.3.2. *La variación ideológica: supuestos*

Al igual que el caso de la variación de la ideología del trabajador, en este supuesto tendríamos las siguientes alternativas ante una modificación sustancial en la ideología de la organización de tendencia: que el trabajador que ocupa un puesto ideológico se adecue a la nueva ideología, que el trabajador renuncie al centro de trabajo, que el trabajador alegue la existencia de actos de hostilidad, que el empleador despida al trabajador por incumplimiento de obligaciones laborales, que el empleador extinga la relación laboral bajo el procedimiento de ineptitud laboral y que el empleador indemnice al trabajador como si se tratara de un despido arbitrario.

Ahora bien, en cualquier caso, siguiendo lo ya expresado en los puntos precedentes, como estamos ante un empleador ideológico cuya motivación se contrae en el ejercicio de derechos constitucionales²³³ pero, a su vez, se afectará un derecho

²³³ En esta misma línea BLANCAS BUSTAMANTE sostiene que «Solo cuando la decisión limitadora tenga sustento directo en un derecho fundamental del empleador, por configurarse un supuesto de colisión de derechos fundamentales, entonces este se resolverá mediante el principio de proporcionalidad, como debe suceder en cualquier conflicto semejante entre particulares». BLANCAS

constitucional de los trabajadores que ocupan puestos de tendencia, el empleador tiene que demostrar la real variación en el marco de su ideología y delimitar tales derechos, justificando la razonabilidad y necesidad de la modificación sustancial²³⁴. En otras palabras, no deberíamos amparar aquellos casos donde se aprecie una aparente variación ideológica con la finalidad de extinguir la relación laboral del trabajador que ocupa el cargo de tendencia o, los supuestos donde la variación ideológica no tenga alguna relación con el ideario del centro de tendencia.

En primer lugar, tenemos los casos de la adecuación del trabajador a la variación ideológica del empleador y de la renuncia al centro de trabajo. Estos dos supuestos no merecen discusión alguna, en la medida en que el trabajador no se opone a continuar con la relación laboral sin que exista una resistencia a la implantación de la nueva ideología del empleador —en estos casos, el empleador debería realizar conductas que faciliten la adecuación del trabajador, tal como lo hemos descrito precedentemente—, o en todo caso, renuncia voluntariamente.

La posible permanencia del trabajador también sería viable en tanto se debería exigir al empleador una actuación diligente para tratar de ubicar la prestación del trabajador en una posición en la cual no pueda convivir con el nuevo ideario. Ciertamente, no se trata de un deber de «ubicación» del trabajador en la organización, sino de una diligencia mínima derivada de la buena fe contractual en tanto que esta última institución se entiende como un instrumento de «información, cooperación y adaptación para responder a las necesidades de transparencia, diálogo, participación, gestión anticipada de las competencias y cualificaciones»²³⁵.

Estos dos casos se pudieron apreciar cuando, en 1997, el Canal 2 de televisión, por decisión judicial, cambió de administración y gerencia, motivando la salida del principal accionista, Baruch Ivcher. Antes del cambio, los programas periodísticos —especialmente «Contrapunto»— emitían una serie de informes contrarios al gobierno de ese momento, y después del cambio, los mismos programas tenían informes que no tenían una abierta oposición al gobierno. En este caso, los periodistas que se identificaban con la línea periodística anterior al cambio, luego de una tenaz resistencia, o presentaron sus cartas de renuncia o se «ajustaron» a la nueva línea periodística. Sin embargo, ¿qué hubiera sucedido si los periodistas decidían «quedarse» laborando, pero manteniendo firme su plena

BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 136.

²³⁴ DEL REY GUANTER, Salvador. Op. Cit. «Contrato ...», p. 45.

²³⁵ CONDE MARÍN, Emilia. Op. Cit., p. 111.

identificación con la línea periodística anterior? Este es el «tema» de los siguientes supuestos que abordaremos²³⁶.

Veamos primero la posibilidad del trabajador de solicitar una terminación indemnizada de la relación laboral. En estos casos, que se encuentran regulados en determinados países, el trabajador podría extinguir la relación laboral, ante una variación sustancial de las condiciones de trabajo, y solicitar el pago de una indemnización en la medida en que se afecta la dignidad del trabajador, sin que se aprecie la licitud o no de la modificación sustancial²³⁷, y en el caso de las organizaciones de tendencia la regulación frecuente se aprecia en los medios de comunicación que son los más proclives a la variación ideológica.

En nuestro ordenamiento jurídico, el literal g) del artículo 30 de la LPCL indica que es un acto de hostilidad las actitudes que afecten la dignidad del trabajador²³⁸. En estos casos, es posible que el trabajador, luego de la negativa del empleador de enmendar su conducta ante un previo requerimiento del propio trabajador, extinga la relación laboral y demande el pago de una indemnización —una remuneración y media mensual por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones mensuales—²³⁹.

Desde la lectura legislativa española, bastaría la sola variación ideológica del empleador para que el trabajador pueda invocar la afectación a su dignidad²⁴⁰. En nuestra opinión, para que se configure este supuesto de hostilidad, dada su condición justamente de «actos hostiles» se deben apreciar actos arbitrarios, subjetivos y carentes de justificación del empleador contra el trabajador que se resiste

²³⁶ En algunos países, determinados medios de comunicación periodística, cuentan con estatutos que regulan estos supuestos pero que se contraen a establecer derechos a favor de los trabajadores si deciden retirarse del centro de trabajo ante la variación ideológica. Al respecto, puede verse CARRILLO, Marc. Op. Cit., pp. 142 y ss.

²³⁷ Al respecto, véase GIMENO, Blat. Op. Cit., p. 127. Aquí se sostiene que el artículo 50.1.a del Estatuto de Trabajadores de España, respaldaría esta alternativa, dado que en él se señala que los trabajadores pueden solicitar una indemnización si una modificación sustancial afecta la dignidad de los trabajadores.

²³⁸ «Artículo 30º.— Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

[...] g. Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador».

²³⁹ Sobre la regulación de actos de hostilidad que lesionen la dignidad del trabajador, BLANCAS BUSTAMANTE ha indicado que «Podría considerarse que este enunciado opera como una cláusula de apertura, que no describe un hecho específico, susceptible de ser calificado como acto de hostilidad, sino que extiende dicha calificación a todos aquellos que tengan como efecto concreto lesionar la dignidad del trabajador». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA Ed. Lima, 2002, p. 424.

²⁴⁰ Así, CALVO destaca que el trabajador «está igualmente legitimado para solicitar la resolución indemnizada de su contrato cuando prueba el grave daño a su dignidad casado por esta alternación ideológica». CALVO GALLEGU, Francisco. Op. Cit., p. 269.

a la adecuación del nuevo ideario²⁴¹. Así, en nuestro ordenamiento, se establece como requisito de procedencia de esta causal la existencia de una actitud ilícita del empleador. Sin embargo, cuando un empleador varía el ideario no comete en sí mismo un ilícito ni, mucho menos, una conducta deshonesta pero, a su vez, se requiere de una manifestación o exteriorización de un comportamiento ideológico del trabajador. En suma, la vía de hostilidad no sería precedente por la sola variación ideológica de la organización de tendencia.

Ante lo expresado, una alternativa, y que se reconduce en el pago de una indemnización a favor del trabajador, se relaciona con la cláusula de conciencia, la misma que será abordada en el siguiente acápite (objeción de conciencia).

Finalmente, resta por tratar la posibilidad del empleador de extinguir la relación laboral cuando el trabajador no se aliena a la nueva orientación ideológica de la organización de tendencia. En este caso, habría que diferenciar dos hipótesis: los supuestos de una simple falta de adecuación ideológica del trabajador a la nueva ideología del empleador y aquellos donde el trabajador incurre en una inconducta laboral derivada de esta falta de adecuación ideológica.

Antes que desarrollemos los dos supuestos, nuevamente, conviene reiterar que el empleador debiera tratar de apreciar si hay posibilidades de adecuar la prestación para evitar que el trabajador que ocupa un puesto de tendencia deba retirarse ante la variación ideológica, esto es, una adecuación acomodación razonable: una modificación de las condiciones de trabajo, la adecuación de sus funciones a la nueva opción de tendencia o el traslado a un puesto que no sea de tendencia pueden ser alternativas que eviten el término de la relación laboral. Como anota DEL REY GUANTER, y dado el caso específico de un puesto de tendencia, el empleador debería tener la mínima obligación de acomodar el ejercicio en buena fe de los derechos fundamentales de los trabajadores a la organización de trabajo por las circunstancias especiales que rodean este caso²⁴². Así, el empleador podría modificar condiciones de trabajo variando puestos de trabajo e,

²⁴¹ La jurisprudencia entiende que los actos de hostilidad requieren de una falta de motivación, de un perjuicio, un acto vejatorio, una falta de una causa razonable, etc. Al respecto, puede verse un resumen de sentencias en MESINAS, Federico y GARCÍA, Álvaro. *Problemas y soluciones laborales. Guía de casos de controversias laborales resueltos por los tribunales*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2007, pp. 160 y ss.

²⁴² DEL REY GUANTER, Salvador. Op. Cit. «Contrato...», p. 48. En la misma línea, se ha indicado que «si existe un perjuicio excesivo para la empresa, queda suficientemente probada la no obligación por parte de esta de proceder a la adecuación razonable y, a su vez, si está es imposible, debe determinarse por la prueba del «gravamen excesivo». GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús. Op. Cit., p. 271.

inclusive si ello permite la permanencia de la relación laboral²⁴³, efectuar hasta una rebaja de categoría²⁴⁴.

Sobre el primer supuesto, el empleador podría culminar la relación laboral por la ineptitud o incapacidad sobrevenida del trabajador (literal a) del artículo 23 de la LPCL²⁴⁵), es decir, sobre la base de la misma cita normativa que hemos descrito para el caso de la variación ideológica del trabajador. En el supuesto comentado, la libertad del empleador de variar su opción ideológica e implementarla en el seno de la relación laboral ideológica —que tiene el soporte de la libertad de empresa y la propia libertad ideológica del empleador— debería ser un tema que merecería de una mayor tutela con relación a la conservación ideológica por el trabajador que ocupa un puesto de tendencia en tanto que se trata de una modificación derivada de su ideario²⁴⁶.

Nuevamente, conviene referirnos a que los casos que estamos abordando se contraen a las personas que ocupan puestos de tendencia, es decir, son posiciones representativas o esenciales dentro de la organización de tendencia y que están marcadas por un contenido ideológico en su prestación a tal punto que se ha dicho que, como agregado a la generalidad de los servicios profesionales de un trabajador, se le agrega uno adicional, ideológico, y que «no es otro que el mismo contenido profesional, moralizado en un determinado sentido»²⁴⁷.

²⁴³ Las normas peruanas señalan que solamente es cuestionable —califica como acto de hostilidad— la rebaja de categoría si carece de una motivación objetiva o legal (artículo 30 b) de la LPCL y artículo 49 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo).

²⁴⁴ Para el caso de la libertad religiosa del trabajador, BLANCAS BUSTAMANTE describe que «Para que esta «acomodación» sea exigible al empleador, el trabajador debe acreditar una creencia religiosa de buena fe que entre en conflicto con sus obligaciones laborales y haber informado al empleador sobre dicha creencia. Si, pese a ello, el empresario no le facilita cumplir sus deberes religiosos e incluso lo sanciona por negarse a cumplir sus obligaciones contractuales, en el proceso judicial que pudiera entablar el trabajador, corresponderá al empleador demostrar que no es posible la acomodación razonable sin incurrir en un gravamen excesivo». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo». Op. Cit., p. 472.

²⁴⁵ El inciso a) del artículo 23 de la LPCL indica: «Artículo 23º.— Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a. El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas».

²⁴⁶ En este sentido, se señala que «El juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela». VALDES DAL RE, Fernando. «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SIDTSS y AUDTSS. Montevideo, 2003, p. 101.

²⁴⁷ OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 210.

En los casos de falta de adecuación del trabajador a la variación ideológica, no se trata de «suprimir» o «anular» la opción ideológica del trabajador: esta se mantiene y ejerce. Empero, el ejercicio de un derecho no necesariamente es amplio e ilimitado, está sujeto a una serie de modulaciones y adecuaciones si se opone al ejercicio de otros derechos que también merecen una tutela constitucional aunque, ciertamente, se debe buscar, hasta donde resulte posible, el respeto y grado de realización máxima de los derechos constitucionales en conflicto, dado que «en el conflicto entre dos bienes constitucionales no solo debe llegarse a una solución ponderada, sino que, además, el punto de equilibrio exigible ha de ser, precisamente, aquel en el que ambos bienes alcancen el grado de realización óptima»²⁴⁸.

Ahora bien, dado que nos encontramos ante un trabajador que ocupa un puesto de tendencia, se requiere el necesario alineamiento del ideario del trabajador que ocupa dicha posición y del empleador. En este sentido, consideramos que la libertad del empleador ideológico debería ser el valor constitucional que se aplique sobre el derecho de los trabajadores que ocupan un puesto de tendencia a conservar la opción ideológica que regía con anterioridad en el centro de trabajo. La estabilidad del centro de trabajo ideológico, en buena cuenta, sería el bien constitucional que se debería considerar en estos casos, relativizándose el derecho ideológico de los trabajadores individualmente considerados²⁴⁹. Naturalmente, estamos ante una modificación razonable de la variación ideológica, no se trata de un acto de hostilidad que pretende encubrir con una modificación de la ideología un intento de culminar la relación laboral con un trabajador. Al contrario, nos encontramos ante una inadecuación entre la prestación «ideologizada» del trabajador y el ideario del centro laboral a tal punto que «ya que no se requiere del trabajador una prestación cualquiera sino moralizada en una concreta dirección según la ideología que orienta a la empresa», y esta situación deberá valorarse entonces en términos de capacidad y aptitud»²⁵⁰.

De otro lado, cuando el empleador opta por culminar la relación laboral, no se afectaría el principio de igualdad de trato en la medida en que la falta de identidad entre las ideologías del trabajador y la organización de tendencia es la causa objetiva que permite iniciar el procedimiento de despido por falta de

²⁴⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús. Op. Cit., p. 270.

²⁴⁹ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y de OTTO Y PARDO, Ignacio. Op. Cit., pp. 128 y ss.

²⁵⁰ OTADUY, Jorge. Op. Cit., pp. 211-12. Siguiendo a QUESADA, Rosa, se puede decir que estamos ante una «ineptitud de tal grado que imposibilite al trabajador el cumplimiento de todas, o al menos, de las fundamentales tareas de su profesión habitual, que dicha frustración del cumplimiento sea, al menos presumiblemente, definitiva y, finalmente que no responda a una voluntariedad, por acción u omisión, del propio trabajador, ni sea debido a factores ajenos al mismo». En: AA.VV. (Coordinador: Juan GORELLI). *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Ed. Tecnos. Madrid, 2004, p. 381.

capacidad —siguiendo lo expuesto en nuestro ordenamiento— contra aquellos trabajadores que, oportunamente, no se ajustaron al nuevo ideario del centro de trabajo. De esta forma, no debe calificarse a estos actos del empleador como discriminatorios e ilegales²⁵¹ cuando la orientación del término de la relación laboral se basa en una variación de la ideología del empleador que colisiona con el ideario del trabajador que ocupa el puesto de tendencia. Tampoco estaríamos ante un despido abusivo, según reseña ERMIDA URIARTE²⁵², en la medida en que este es «aquel que se adopta sin justa causa o motivo justificante (o con un motivo o causa desviado, disfuncional o antifuncional), o con mala fe o deslealtad».

El otro supuesto que se puede presentar se relaciona con la comisión de una falta laboral. Para algunos, en el caso que estamos describiendo, tendríamos que concluir que, si los trabajadores que ocupan un puesto de tendencia simplemente no cumplen con prestar sus servicios en la forma prevista por el empleador, habrían incurrido en una causal que podría suponer la extinción del contrato de trabajo y el trabajador estaría incumpliendo una orden del empleador que, al final de cuentas, califica como un acto de indisciplina²⁵³. No compartimos lo dicho precedentemente. Solamente podríamos referirnos a la existencia de una causal de despido por comisión de una falta grave laboral si, ante la variación ideológica, el trabajador expresamente se niega a adecuarse y su conducta afecta frontalmente el ideario de la organización cometiendo una falta grave laboral²⁵⁴, afectando la buena fe laboral²⁵⁵. Así, la mera inadecuación implica encontrarnos ante un supuesto de falta de capacidad; en cambio, la exteriorización de tal inadecuación que supone acciones u omisiones del trabajador implica el encauzamiento como un supuesto de falta grave laboral.

²⁵¹ CALVO GALLEGO, Francisco. Op. Cit., p. 294.

²⁵² ERMIDA URIARTE, Óscar. «El concepto de despido abusivo». En: *Revista Derecho Laboral* N° 135. Montevideo, 1984, p. 521.

²⁵³ Todo acto de desobediencia debería calificar, salvo excepciones legitimadas del trabajador a la orden del empleador, como un acto de indisciplina. Al respecto, puede verse SANCHEZ-RODAS, Cristina. «La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo». En: «AA.VV. (Jaime Castiñeira, coordinador)...», pp. 415 y ss.

²⁵⁴ Sobre el particular, se ha indicado que «Se trata de prestaciones laborables de gran contenido ideológico, siendo estos trabajadores los que difunden ese ideario. En estos casos, una conducta pública contraria a la ideología propugnada por la empresa no solo podría dañar la difusión del ideario defendido por la empresa, además haría imposible el objeto del contrato de trabajo». GORELLI, Juan. «Libertad de expresión...». Op. Cit., p. 116.

²⁵⁵ Siguiendo a CONDE MARIN, se puede decir que «El deber de buena fe del trabajador supone la observancia de una regla de conducta que le obliga a conducirse con probidad, honestidad y celo para no defraudar los intereses del empresario ni la confianza en él depositada». CONDE MARIN, Emilia. Op. Cit., p. 281.

Recuérdese que la falta laboral está basada en una conducta —o conjunto de comportamientos— que revisten especial gravedad a tal punto que hacen inmanejable la vigencia de la relación laboral. No se trata de cualquier falta laboral entonces: debe afectarse la base misma de la relación laboral, de tal manera que, como apunta WALL MEYER, «si el trabajador no se comporta del modo exigido por el tipo de trabajo establecido mediante contrato [...] la base de la que (dador y prestador de trabajo) partieron, decae» de tal forma que el despido procede «cuando el peligro de lesionar la tendencia de la empresa es tan grande que solo a través de una inmediata resolución del contrato de trabajo puede evitarse»²⁵⁶.

Entonces, el segundo supuesto que hemos descrito —despido por falta grave— se presentaría solamente si, tras la variación ideológica, el trabajador comete actos de indisciplina graves como reacción a este cambio. No obstante, en este caso, el proceso de despido no se sustenta en una falta de adecuación ideológica de las partes laborales, sino en la actuación del trabajador que se ha exteriorizado a través de inconductas laborales. En este sentido, en este caso, la materia controvertida se contrae en la comisión de una falta laboral, no en la inadecuación ideológica.

Lo expresado no supone que los trabajadores no puedan objetar el acto del empleador si se verifica una transgresión al principio de igualdad de trato —esto es, una diferenciación carente de una base objetiva—, y puede demandar la nulidad del despido si el despido se basa en una de las causales discriminatorias previstas en la LPCL²⁵⁷, u optar entre una demanda ordinaria por despido arbitrario o una acción de amparo por la transgresión al principio de igualdad de trato o la libertad ideológica de ser el caso. La acreditación y probanza del despido es el punto álgido de este aspecto, especialmente cuando el empleador oculta las reales causas del despido: la LPCL exige que el trabajador acredite y pruebe la causa que motivó la terminación laboral, en este caso, la discriminación laboral.

Según el artículo 37 de la LPCL, el trabajador debe probar que fue despedido por una causal de nulidad y, como se comprenderá, en la práctica ello resulta harto difícil ya que el empleador tratará de encubrir la causal con una falta grave o, simplemente, despedir en forma intempestiva, pero no alegar como causal de

²⁵⁶ Citado por OTADUY, Jorge. Op. Cit., p. 207. En la misma línea, se ha indicado que «Las conductas marginales de los que intervienen en el ciclo docente no deben ser tomadas en cuenta en tanto no se dirijan directamente al descrédito, ofensa o vejamen del ideario educativo del centro en que se encuentran integrados». VICENTE PACHÉS, Fernando de. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES. Madrid, 1998, p.358.

²⁵⁷ El artículo 29 de la LPCL señala que son causales de nulidad del despido, aquellas que se basan en una discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma. Resulta cuestionable esta limitación de la LPCL, descartando otras causales de discriminación, especialmente cuando la Constitución (artículos 2,2 y 26,1) prevén una cláusula abierta de discriminación laboral.

despido uno basado en la discriminación. Al respecto, y sin perjuicio de invocar una variación del sistema impuesto para la prueba del despido nulo —en estos casos, se debería revertir la carga de la prueba y el empleador debería acreditar que su despido no fue discriminatorio—, es importante destacar que la jurisprudencia laboral, en función a una serie de indicios y presunciones, ha resuelto varios casos de nulidad de despido —especialmente de dirigentes sindicales— declarando la reposición de trabajadores porque, si bien el empleador no manifestó expresamente que terminaba la relación laboral por una causal de nulidad, los hechos y circunstancias que rodearon al despido permitían concluir que existió una causal de despido calificada por la LPCL como nulo²⁵⁸.

Inclusive, sobre este tema, el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997 —realizado en la ciudad del Cusco— estableció las pautas descritas en el párrafo precedente para analizar la nulidad de un despido²⁵⁹. Un ejemplo de lo expuesto sería el caso de un trabajador despedido verbalmente sin carta de despido y que, utilizando como pretexto una variación de la ideología del centro laboral, el empleador alegue la falta de adecuación del trabajador cuando, realmente, la realidad es otra y que puede ser «inferida» o «presumida» razonablemente: el trabajador no ocupaba un cargo de tendencia, y el despido se produjo a los días de conocida por el empleador la afiliación del trabajador al sindicato²⁶⁰.

En estos casos, la «verbalidad» del despido y la conexidad temporal entre la afiliación sindical y el despido permiten inferir que se pretendía utilizar una causa válida de extinción cuando, realmente, nos encontrábamos ante un despido discriminatorio²⁶¹. Más adelante detallaremos una vía adicional que tienen los trabajadores ante un despido nulo: el proceso de amparo.

²⁵⁸ Al respecto, puede verse el trabajo de VINATEA RECOBA, Luis. «La prueba del despido nulo». En: *Revista Asesoría Laboral* N°. 87. Lima, marzo de 1998, pp. 9 y ss. Además, pueden revisarse MONEREO PÉREZ, José. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, y RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. Op. Cit., pp. 289 y ss.

²⁵⁹ Sobre este tema del impacto adverso que supone el análisis de la discriminación indirecta, esto es, la apreciación, en la práctica, de los casos de discriminación puede verse BALTA, José. «El impacto adverso». En: *Revista Thémis* N°. 33. Lima, 1997, pp. 117 y ss. Además, GOULD, William. Op. Cit., p. 160.

²⁶⁰ A lo expresado, como se verá más adelante, se debe agregar la posibilidad del trabajador de interponer una acción de amparo e invocar la vulneración al derecho al trabajo (despido incausado) o una razón de nulidad (discriminación por ejemplo), derivadas de la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

²⁶¹ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco. «El despido verbal discriminatorio». En: AA.VV. *Cuestiones actuales sobre despido disciplinario* (Director: Javier Gárate). Estudios ofrecidos en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea. Santiago de Compostela, 1998, p. 112.

3.6. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS TRABAJADORES DE TENDENCIA

Siguiendo a RAWLS²⁶², y adaptando su definición a la objeción de conciencia de los trabajadores de tendencia, podemos señalar que ella representa un rechazo al cumplimiento de la orden del empleador ideológico por motivos, simplemente, de conciencia sin llegar a calificar como desobediencia civil —que tiene connotaciones políticas—²⁶³ y que usualmente debería calificar como un incumplimiento contractual²⁶⁴; dicho de otro modo, se presenta un conflicto interno «subjetivamente insoluble que enfrenta una persona cuando determinadas circunstancias le imponen una obligación cuyo cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que profesa»²⁶⁵.

Esta objeción de conciencia, en el derecho comparado, suele concretarse frecuentemente en la cláusula de conciencia de los periodistas de los medios de información, que tiene sus raíces en Francia²⁶⁶ y busca tutelar la identidad ideológica del periodista²⁶⁷ así como preservarla²⁶⁸ y difundirla en tanto que el objeto central de esta organización de tendencia es la defensa y promoción del ideario.

²⁶² RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. FCE. México, 1979, p. 336.

²⁶³ Cabe destacar que, para MORENO, no es posible ejercer una objeción de conciencia cuando se trata de empleadores ideológicos en tanto que «No se puede obligar al empresario a mantener a su servicio trabajadores que por divergencias ideológicas no sean capaces o se nieguen a desarrollar sus propias tareas según determinadas pautas o directrices ideológicas. En estos supuestos, no cabe objeción de conciencia siendo inevitable, a nuestro juicio, el despido, cuando la realización de la prestación ha devenido imposible por una crisis de fe o un cambio ideológico». MORENO, Botella. *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. FUE. Madrid, 2003, p. 281.

²⁶⁴ NAVARRO-VALSS, Rafael. «Las objeciones de conciencia». En: *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. EUNSA. Pamplona, 2007, p. 147.

²⁶⁵ PACHECO, Luz. «La objeción de conciencia en la jurisprudencia Constitucional». En: *Revista Análisis Laboral*, Lima, Octubre 2003, p. 7.

²⁶⁶ En España, la Ley Orgánica 2/1997 desarrolla la cláusula de conciencia prevista en la Constitución Española. En este caso, se permite al profesional de la información extinguir la relación laboral cuando el empleador varía su orientación ideológica. Al respecto, puede verse GORELLI HERNANDEZ, Juan. Op. Cit., pp. 92 y ss.

²⁶⁷ Sobre la cláusula de conciencia, MOLINA ha indicado que «La noción delimitadora del ámbito objetivo a proteger sería la relativa a la tutela de la identidad individual del periodista en la realización profesional del trabajo informativo, según un concepto complejo e integrador de forma unitaria tanto de la «conciencia personal», la independencia profesional, la integridad moral y deontológica, así como la dignidad profesional del periodista». MOLINA, Cristóbal. *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*. Ed. Comares. Granada, 2000, p.117. Además, puede verse RIVERO, Juan. «Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional». En: AA.VV. (Alfredo Montoya: Coordinador). *El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea*. MTAS. Madrid, 2003, p. 551.

²⁶⁸ PALOMEQUE describe que «El derecho subjetivo a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, que por lo pronto protege la libertad ideológica, el derecho de opinión y ética profesional del periodista, mantiene además una relación instrumental respecto a la libertad de

Así, por ejemplo, si al variarse la orientación política de una empresa periódica por decisión de sus propietarios y, fruto de ello, renuncian los trabajadores que ocupan posiciones de tendencia por tener un ideal de abierta oposición, estos podrían acceder al pago de una indemnización. En nuestro sistema jurídico, solamente la creación de una doctrina jurisprudencial —en la medida en que no existen dispositivos expresos sobre el tema—, basada en fundamentos constitucionales, podría estimar una pretensión indemnizatoria de un trabajador de tendencia que, fruto de la modificación del ideal del empleador ideológico, deja de prestar servicios para este empleador.

Expresamente, la Constitución de 1993 no recoge la objeción de conciencia²⁶⁹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (Expediente N.º. 895-2001-AA/TC) ha declarado que esta objeción de conciencia no puede encontrar respaldo en la dignidad (artículo 1) o en la cláusula abierta de la Constitución de derechos fundamentales (artículo 3), sino que tiene su sustento en la libertad de conciencia (artículo 2.3):

[...] habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3º de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.

información (la cláusula de conciencia preserva así el papel de la libertad de información como pieza básica del sistema democrático), que constituye verdaderamente el «presupuesto básico» para la invocación de aquel». PALOMEQUE, Carlos. «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos». En: *Derecho del trabajo y razón crítica* (Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque). Caja Duero. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2004, p. 182.

²⁶⁹ A nivel de normas internacionales sobre Derechos Humanos, aplicables a nuestro esquema constitucional de conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución, el artículo 18º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 18º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 12º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recogen la objeción de conciencia.

Ahora bien, si la ideología del trabajador de tendencia varía, este no podría ejercer la objeción de conciencia laboral²⁷⁰, pues cuando ingresó a laborar lo hizo con conocimiento de las limitaciones que le imponían la prestación de servicios para un empleador ideológico y las opiniones del trabajador estaban alineadas al ideario de la organización de tendencia.

En el plano laboral, se suele aceptar que el trabajador pueda efectuar una objeción de conciencia en la medida en que la ideología del empleador varíe; en estos casos, en determinados países, especialmente si se trata de una empresa informativa, donde suele denominarse «cláusula de conciencia»²⁷¹, suele reconocerse una indemnización —una suerte de despido indirecto— a favor de los trabajadores que, fruto de la objeción de conciencia laboral, no desean continuar prestando servicios para un empleador ideológico que varió de ideario. Conviene resaltar que el conflicto es ideológico y no ético o que se deriva de una práctica no adecuada del trabajador²⁷².

Naturalmente, se debe apreciar una confrontación ideológica entre la organización de tendencia y el trabajador ideológico de tal magnitud que hace inviable la continuidad de la relación laboral. No se trata de una simple u ocasional confrontación ideológica, el análisis debe ser casuístico y según las circunstancias que se presenten pues, finalmente, se trata de un conflicto de derechos fundamentales²⁷³. Así, si el directorio de un medio de comunicación

²⁷⁰ MENENDEZ, Manuel. «El derecho a la cláusula de conciencia en el Informador». En: AA.VV. «Jornadas...». pp. 169 y ss.

²⁷¹ Pese a ello, autores como FERNÁNDEZ, niegan la aplicación de la cláusula de tendencia cuando se trata de empresas de comunicación: «La protección del indicado interés, exige, como punto de partida, negar la condición de empresa de tendencia a los medios de comunicación social toda vez que, en las empresas ideológicas, la orientación pertenece en exclusiva al poder de dirección empresarial y, por lo tanto, la cláusula de conciencia carece de operatividad real, salvo en los supuestos en que se produjera una alteración ideológica y respecto de los profesionales vinculados con la misma». FERNÁNDEZ, Covadonga. «El derecho de cláusula de conciencia de los profesionales de la información (a propósito de la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio)». En: AA.VV. *Trabajo y libertades públicas* (Efrén Borrajo: Director). Revista La ley-Actualidad. Madrid, 1999, p. 376.

²⁷² Sobre este tema, se ha destacado que el contenido de la cláusula de conciencia importa «dirigir nuestra perspectiva hacia el conflicto entre el derecho del medio de comunicación y del invocante a transmitir información veraz, en tanto que los principios éticos de la comunicación no son capaces de arbitrar sobre las diferentes maneras de concebir la realidad o de configurar el pensamiento (ni estos principios éticos ni otros), sino que solo pueden intentar regular las diferentes formas de comunicar la noticia o el hecho informativo, y de ahí que no puedan vincularse directamente al conflicto de base ideológica entre el profesional y el medio de comunicación». SEGALES, Jaime. *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 261.

²⁷³ Así, se ha dicho que «Cuando tiene lugar una colisión entre principios, uno de los dos debe ceder, pero la preeminencia de un principio sobre otro variará según los supuestos. Dadas unas determinadas circunstancias, se resolverá la colisión señalando que el principio A y el principio B

cambia radicalmente de orientación política y el jefe de la sección política desea conservar la opción política que tenía la organización de tendencia, se presentaría un conflicto ideológico marcado. En cambio, si existieran dos puntos de vista sobre el tratamiento de un hecho político específico en la editorial de un día, consideramos que no nos encontramos ante una colisión ideológica que importe la necesidad de culminar la relación laboral.

Además, la modificación de la ideología debe ser razonable, relacionada con su ideario pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante actos arbitrarios o hasta de hostilidad en tanto estén dirigidos a perjudicar a un trabajador en particular. De la misma forma, por el lado del trabajador: la regla general es el respeto de la objeción de conciencia del trabajador ante determinadas órdenes o modificaciones de condiciones de trabajo del empleador; sin embargo, es posible que, por causas razonables, no se pueda ejercer dicha objeción y el trabajador deba cumplir con su prestación laboral. Justamente, los casos donde probablemente existan mayores supuestos de razonabilidad para rechazar o admitir la objeción de conciencia del trabajador, son los que corresponden a empleadores ideológicos. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha destacado (Expediente N°. 895-2001-AA/TC):

Siendo que el Estado Constitucional promueve la formación en los individuos de sus propias convicciones y la formación de una jerarquía de valores y principios, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Dichas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así, mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones.

Entonces, estamos ante un complejo conflicto entre la libertad de organización del empleador ideológico —libertad individual institucionalizada— y la libertad del trabajador de tendencia —libertad particular—, y ello supone ponderar y valorar las libertades del trabajador que labora en cargos de tendencia atendiendo a la finalidad —y existencia— del empleador ideológico, así como la posición ideológica que ocupa el trabajador, en la cual se debe realizar los máximos esfuerzos razonables para lograr una ponderación adecuada de los derechos constitucionales en juego dado que «el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización

deben ceder. Dadas otras circunstancias, la relación de preeminencia puede invertirse». En: GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús. Op. Cit., p. 252.

del derecho preponderante»²⁷⁴. Todo ello, como destaca CASAS BAAMONDE, en aras de «preservar el necesario equilibrio entre los derechos del trabajador y las obligaciones por él asumidas, como consecuencia del contrato de trabajo y, consiguientemente, el correcto y ordenado desenvolvimiento y satisfacción de los intereses empresariales»²⁷⁵.

Naturalmente, se debe tener en consideración —para intentar resolver los conflictos presentados ante una objeción de conciencia laboral— una adecuación razonable de las labores del trabajador de tal manera que los servicios que se presten no supongan un atentado contra la ideología del trabajador —que, en este caso, puede o no, ocupar un cargo de tendencia— pues se debe apuntar a la adecuación máxima de los derechos en juego fruto de un análisis ponderado, máxime si tenemos el reconocimiento constitucional de la proyección de los derechos fundamentales sobre las relaciones de trabajo que, como se ha dicho, representa «una clara toma de postura a favor de la prevalencia de los derechos constitucionales del trabajador sobre los intereses empresariales en caso de conflicto entre ambos»²⁷⁶. En la misma línea, coincidimos con PALOMINO²⁷⁷ cuando señala que se debería exigir una acomodación de la prestación laboral que impida la colisión de conciencia, especialmente en los casos donde el empleador varía radicalmente la prestación laboral.

Un tema que podría servir para resolver los conflictos es la apreciación inicial sobre el puesto de trabajo. Si, desde el inicio del contrato de trabajo, el empleador y el trabajador tenían conocimiento del tipo de trabajo —con un fuerte contenido ideológico— que se realizaría, no cabría una objeción de conciencia sobre determinada orden del empleador. En la misma línea, en tanto no exista una regulación expresa, es posible y deseable la existencia de una serie de estatutos particulares a nivel de los centros de trabajo altamente ideológicos —especialmente, los medios de comunicación informativa—, como se aprecia en algunos países europeos²⁷⁸.

Otros aspectos que pueden servir para apreciar el indicado conflicto es tener en cuenta el requisito de previsibilidad de una variación al inicio de la relación laboral, así como el contenido ideológico de las partes laborales, y resolver los conflictos que se presenten.

²⁷⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y MERCADER UGUIANA, Jesús. Op. Cit., p. 270.

²⁷⁵ CASAS BAAMONDE, M.E. «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo?». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 11. Madrid, junio de 2004, p.12.

²⁷⁶ SANGUINETI, Wilfredo. «Derecho Constitucional del Trabajo». Op. Cit., p.76.

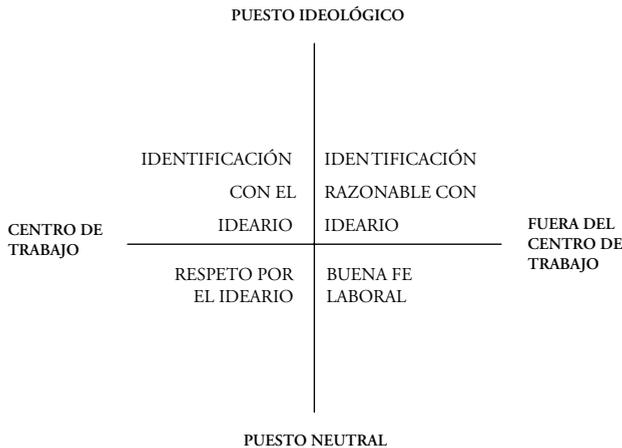
²⁷⁷ PALOMINO, R. «Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos». En: *Revista Española de Derecho del Trabajo* N°. 5. Madrid, 1995, pp. 908 y ss.

²⁷⁸ CARRILLO, Marc. Op. Cit., pp. 127 y ss.

En este sentido, el Tribunal Federal del Trabajo de Alemania ha considerado en determinados casos la validez de la objeción de conciencia atendiendo a la naturaleza de las actividades inicialmente contratadas. De este modo, ha admitido la objeción de conciencia en el caso de médicos que se negaron a preparar medicamentos que también tenían aplicación para la guerra nuclear. Por otro lado, se indica que no se admitiría una objeción de conciencia al trabajador que, ingresando al área de editorial de una empresa periodística de abierta oposición al gobierno, se niega a escribir un artículo que critica determinados aspectos del sistema económico instaurado por tal gobierno²⁷⁹.

Ciertamente, estamos ante una institución que no ha sido tratada con la debida profundidad en nuestro medio, que debe merecer de una mayor atención por la doctrina nacional y que, si se apreciara en un proceso judicial, debería ser cuidadosamente resuelta sobre la base de los criterios de resolución que hemos abordado ante un conflicto de derechos fundamentales.

En el siguiente esquema, podemos resumir lo que hemos venido explicando en relación con las relaciones entre los derechos fundamentales de los trabajadores en los centros de trabajo ideológicos.



4. La jurisdicción constitucional: el control de la actuación ideológica

En tanto que nos encontramos ante un conflicto de derechos fundamentales, tal como hemos descrito precedentemente, nos dedicaremos al estudio de la acción

²⁷⁹ DAUBLER, Wolfgang. Op. Cit., pp. 623-24. Además, para apreciar la jurisprudencia en el derecho comparado, puede verse BILBAO UBILLOS, Juan. Op. Cit., pp. 694 y ss.

de amparo, la vía de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores de las organizaciones de tendencia.

4.1. EL CRITERIO DE RESIDUALIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Ante la avalancha de procesos de amparo —el mismo que se pudo denominar como proceso de «amparización» de lo laboral—, así como el marco jurídico brindado por el Código Procesal Constitucional, el TC delimitó las acciones de amparo en materia laboral. En primer término, tenemos la instauración del criterio de «residualidad» de los procesos constitucionales. En efecto, el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional prevé, como causales de improcedencia de los procesos constitucionales —entre los cuales está la acción de amparo—, lo siguiente: «No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado».

Entonces, estamos ante una acción de amparo residual. Ahora resulta aplicable la conocida frase de SAGUÉS sobre el particular: el amparo es una vía excepcional, residual, y hasta «heroica»²⁸⁰, pues los conflictos debieran ser conocidos en la vía ordinaria o llamada también paralela. De otro lado, la vía paralela o convergente será «todo proceso (ordinario, sumario, especial, etc.) distinto al Amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho vulnerado o amenazado»²⁸¹. En suma, la acción de amparo solo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado. En este punto, resulta útil citar a SAGUÉS²⁸²: «Únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo».

Anteriormente, dentro de quienes postulaban que la acción de amparo debía ser una vía optativa, podía tenerse en cuenta que ello tenía razón de ser solamente dentro del contexto que imperaba cuando se emitió la Ley de Acción de Amparo y Hábeas Corpus (Ley N.º. 23506), como apunta García Belaunde²⁸³. En ese entonces, las vías ordinarias no brindaban los mecanismos adecuados e idóneos

²⁸⁰ SAGUÉS, Nestor. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Astrea. Bs. As., 1988, p. 16.

²⁸¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Ed. Gaceta Jurídica. 1ra. Edición. Lima, 2004. pp. 268. Además, puede leerse, LAZZARINI, José. El juicio de amparo. Ed. La Ley. Bs.As., 1967, p. 123.

²⁸² SAGUÉS, Nestor. Op. Cit., pp. 169-170.

²⁸³ 173 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La jurisdicción constitucional en el Perú». En: AA.VV. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, 1996, p. 848.

para tutelar la vulneración de derechos constitucionales²⁸⁴. En cambio, luego de la emisión de los códigos procesales —dentro de ellos, la nueva Ley Procesal del Trabajo— y las reformas judiciales del sistema procesal constitucional, nosotros nos inclinábamos por una variación en la interpretación judicial de tal manera que se adoptara el criterio residual de las acciones de amparo frente a la utilización de las vías ordinarias.

En todo caso, en relación con el criterio de subsidiaridad de la acción de amparo, recogido en el Código Procesal Constitucional, el TC ha dispuesto (Exp. N.º. 206-2005-AA/TC):

[...] Al respecto, este Colegiado precisó que «[...] tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario.

Naturalmente, la subsidiaridad de los procesos de amparo laboral tiene un soporte no solamente en el criterio de residualidad de la acción de amparo, sino también en la propia configuración de los procesos constitucionales en relación con los procesos ordinarios²⁸⁵. Justamente, esta propia configuración implica que los procesos constitucionales actúen ante la deficiencia, lentitud o poca eficacia de los procesos

²⁸⁴ En este punto, no queremos dejar de mencionar que, cuando menos en una oportunidad, la Tercera Sala Laboral de Lima se ha pronunciado sobre las relaciones de las acciones de amparo y las laborales, ante un despido arbitrario. Al respecto, la ejecutoria recaída en el Expediente N.º. 4694-97-BS-S del 7 de octubre de 1997, indica que la acción de amparo es una vía excepcional, «a la cual se debe acudir ante la inoperancia de las demás vías procesales».

²⁸⁵ Al respecto, en el Exp. N.º. 266-2002-AA/TC, el TC diferenció la naturaleza, finalidad y principios de los procesos constitucionales y ordinarios: «Los fines antes señalados, que los procesos constitucionales se proponen alcanzar, permiten establecer distinciones entre estos y los procesos ordinarios, pues ambos tienen una naturaleza muy distinta. De modo general, este Colegiado considera pertinente formular tales distinciones en cuatro niveles: por su finalidad, por el rol del juez, por los principios que orientan los procesos constitucionales y por su naturaleza.

Una primera diferencia radica en los fines que persiguen ambos tipos de procesos. En efecto, a diferencia de los procesos constitucionales, los procesos ordinarios no tienen como objetivo hacer valer el principio de supremacía de la Constitución, y no siempre persiguen la tutela de derechos fundamentales.

La segunda diferencia estriba en la actuación del juez. En los procesos constitucionales, los jueces tienen —por razones más trascendentes que en los procesos ordinarios— el deber de controlar la

ordinarios, a título de excepción dentro del sistema jurídico. En esta línea, el TC ha señalado (Exp. N°. 206-2005-AA/TC):

Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

En nuestra opinión, este criterio general del TC no ha sido trasladado de manera adecuada al resolver las controversias laborales, pues en la mayoría de los casos la vía laboral establece las mismas garantías y tutela que las acciones de amparos laborales, tal como veremos más adelante.

4.2. SUPUESTOS TÍPICOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO LABORAL

Ahora bien, ¿cuáles son los aspectos usuales que se deben observar para la procedencia de una acción de amparo laboral en caso de que un trabajador de una organización de tendencia acuda a esta vía? Vamos a desarrollar centralmente tres. En primer lugar, el TC ha diferenciado las disposiciones, normas y posiciones de derecho fundamental, para indicar que estas últimas son aquellas que son los atributos de la persona humana y por ende resultan exigibles mediante una acción de amparo (Exp. N°. 1417-2005-AA/TC):

Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo

actuación de las partes, a fin de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

La tercera se fundamenta en los principios que orientan los procesos constitucionales. Si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales.

Finalmente, la cuarta tiene que ver con la naturaleza de ambos procesos, y que puede enunciarse básicamente en que, a diferencia de los ordinarios, los constitucionales son procesos de tutela de urgencia».

válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

Y, para una mayor delimitación, la tutela mediante una acción de amparo solamente procedería cuando se afecte el contenido de un derecho protegido por una disposición constitucional —esto es, la posición de un derecho fundamental, en la línea de lo explicado precedentemente— (Exp. N°. 1417-2005-A/TC):

[...] una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, contrario sensu, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

Al respecto, el Código Procesal Constitucional prevé lo siguiente (artículo 38): «No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo».

En segundo lugar, y siguiendo con los principales aspectos de procedencia de una acción de amparo, el TC ha indicado que no es posible una acción de amparo cuando se trate de hechos controvertidos²⁸⁶, esto es, cuando el juzgador requiera implementar una etapa probatoria para determinar si se puede ratificar o no la existencia de las alegaciones de las partes:

De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de *hechos controvertidos*, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo.

Finalmente, como hemos visto, la acción de amparo procederá solamente en tanto no exista una vía ordinaria que brinde la misma satisfacción o protección al accionante, tal como lo expresa el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Solo cuando, de manera excepcional, la vía ordinaria no sea idónea, satisfactoria o eficaz, o se requiera de una urgente actuación, es posible la vía de amparo en defecto del proceso ordinario, tal como ha resuelto el TC (Exp. N°. 2132-2006-PA/TC):

²⁸⁶ El artículo 9 del Código Procesal Constitucional prevé que en los procesos constitucionales no existe una etapa probatoria.

Que, de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la sentencia precitada, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, se determina que, en el presente caso, la pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado.

4.3. LA LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS ACCIONES DE AMPARO LABORALES

4.3.1. Marco general

En el marco de las relaciones laborales, el trabajador que labora en una organización de tendencia tiene asegurado el respeto de sus derechos fundamentales (tanto aquellos que se derivan de su condición de persona —derechos inespecíficos o de la «ciudadanía laboral»— como los que se sustentan en su calidad de trabajador dentro de una relación laboral —derechos específicos—), de allí que la protección constitucional de sus derechos fundamentales sea una consecuencia natural ante cualquier afectación por el empleador.

Naturalmente, la protección contra cualquier afectación a sus derechos tendrá que ajustarse a las delimitaciones previstas en la acción de amparo que hemos descrito (debe tratarse de un derecho cuyo contenido esté constitucionalmente reconocido, no exista una materia controvertida que requiera etapa probatoria y no se cuente con un proceso que brinde la protección adecuada al trabajador, entre otros).

Como sabemos, la acción de amparo se interpone contra los actos que vulneren o amenacen derechos constitucionales, teniendo por finalidad el regreso a la situación anterior a la trasgresión del derecho constitucional. Con la acción de amparo, el afectado busca la tutela de su derecho lesionado y, si la demanda es estimada por el órgano jurisdiccional, se declara la nulidad del acto que se considera inconstitucional.

La Constitución de 1993 (numeral 2 del artículo 200) no restringe la aplicación de la acción de amparo a determinados supuestos, de tal manera que lo único relevante es que se verifique la afectación o amenaza de un derecho fundamental más los supuestos de procedencia descritos. El propio TC ha desarrollado ampliamente la vinculación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares (Sentencia recaída en el Exp. N.º 976-2001-AA/TC), con una copiosa jurisprudencia y doctrina internacionales, tal como hemos visto precedentemente. Naturalmente, estamos de acuerdo con la hipótesis de vincular la

acción de amparo a los actos entre particulares, y estamos, en verdad, ante un tema pacífico en nuestro sistema jurídico.

En este sentido, el centro de trabajo ideológico no califica un fuero excluyente de los derechos fundamentales, de tal manera que los trabajadores tienen garantizado el ejercicio de sus derechos fundamentales en el seno de la relación laboral, tal como ha indicado el TC (Exp. N°. 3218-2004-AA/TC): «Se impone, así, una cláusula de salvaguarda de los derechos del trabajador, en concordancia con el artículo 1° de la Constitución, que estatuye que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

Nótese cómo el TC destaca el lugar preeminente de la dignidad como elemento central de tutela de los derechos del trabajador así como la posibilidad de utilizar la acción de amparo como la vía de protección constitucional respectiva²⁸⁷. De este modo, la acción de amparo puede ser utilizada y representa la vía idónea para la tutela de derechos fundamentales laborales, inclusive para los trabajadores que prestan servicios en un centro de trabajo ideológico:

En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumar (Exp. N°. 976-2001-AA/TC).

4.3.2. Limitaciones a la acción de amparo laboral

Ahora bien, tras la dación del Código Procesal Constitucional, así como la propia evolución del TC, el TC ha ido limitando los alcances de la acción de amparo. En materia laboral, la emblemática sentencia recaída en el Exp. N°. 206-2005-AA/TC, que tiene carácter de precedente vinculante de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, destacó lo siguiente:

Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del

²⁸⁷ Al respecto, se ha indicado que «En el Derecho del Trabajo, la dignidad ocupa, asimismo, un lugar preeminente como valor supremo en el ejercicio de los derechos y deberes que explicitan las relaciones laborales». SAGARDOY, Juan. Op. Cit., p.50.

amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

Y, concretamente sobre los procesos de amparo laborales, el TC precisó en el Exp. N.º 206-2005-AA/TC:

[...] los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

La sentencia del TC intenta delinear los supuestos en los cuales resulta posible canalizar una acción de amparo en materia laboral, y este esfuerzo es acertado para detener el proceso de «amparización laboral que se venía observando en sede laboral». Tras esta sentencia, ya casi no sería posible la interposición de acciones de amparo laborales.

En concreto, para el TC, en materia de despido, existen dos vías de protección y el trabajador escogerá, en función de cada caso, su conveniencia de acudir a una u otra vía (Exp. N.º 1058-2004-AA/TC):

[...] la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27º de la Constitución, ofrece dos opciones: a) la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y b) la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe «reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional», como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley N.º 23506, lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido nulo, incausado o fraudulento.

Para el TC no procede una acción de amparo en los casos donde exista una vía laboral ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, con excepción

de aquellos supuestos en los cuales es urgente o especial brindar una tutela vía acción de amparo²⁸⁸, o cuando se trata de hechos controvertidos que se cuestionan en sede laboral o existen dudas sobre tales hechos o requieren de una etapa probatoria.

Ahora bien, a nuestro juicio, la Constitución²⁸⁹ concedió al legislador la posibilidad de regular la forma de protección al trabajador ante un despido arbitrario. El propio TC describe lo siguiente (Exp. N°. 1417-2005-AA/TC):

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

²⁸⁸ En el Exp. N°. 206-2005-AA/TC, sentencia de carácter vinculante, se describieron las siguientes vías laborales donde el asunto controvertido no podía ser abordado en un proceso de amparo:

«17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636, prevé en su artículo 4.º la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

Impugnación de despido (sin reposición).

Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.

Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.

Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

18. A su turno, el artículo 30.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:

La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.

La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.

El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.

Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Consecuentemente, los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo».

²⁸⁹ El artículo 27 de la Constitución indica: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario».

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.

De este modo, tenemos dos posibilidades: i) si se trata de delimitar los alcances de la protección adecuada ante un despido, las normas internacionales —como han sido utilizadas por el TC en muchos procesos laborales— son las que deben servir como parámetro de interpretación, y estas prevén la posibilidad de una indemnización; o, ii) si el artículo 27 de la Constitución no comprende a la reposición como una forma de protección, es válido que el legislador haya optado por la indemnización.

En esta línea, consideramos que la tesis del TC basada en que el artículo 22 de la Constitución implica que todo despido sin expresión de causa sea incausado o fraudulento, no se adecua a nuestro esquema constitucional. Se ha dejado de tener en cuenta lo expuesto en el artículo 27 de la Constitución que delega a la ley la forma de protección ante un despido arbitrario, además de que se obvia la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana.

Empero, el criterio del TC se ha mantenido desde el 2002 y debemos respetarlo. Seguidamente, describiremos los principales supuestos abordados por el TC sobre la procedencia de una acción de amparo laboral con ocasión de un despido que puede sufrir un trabajador.

4.3.3. El despido incausado

Como hemos descrito, para nosotros, en virtud de lo establecido en los artículos 22 y 27 de la Constitución, no cabría una acción de amparo contra un despido sin expresión de causa o uno fraudulento, en tanto que la Constitución no recoge expresamente el derecho a la reposición ante un despido incausado o fraudulento, inclusive tratándose de una organización de tendencia sobre un trabajador que no desarrolla una actividad ideológica. Sobre el tema en cuestión, BLANCAS BUSTAMANTE²⁹⁰ manifestaba, inclusive antes de la sentencia del TC sobre los despidos incausados, que el reconocimiento del derecho de estabilidad laboral en la Constitución confiere a los trabajadores la posibilidad de interponer una acción de amparo frente a un despido arbitrario.

Nosotros no compartimos la posición del profesor BLANCAS BUSTAMANTE en la medida en que, como ya hemos apuntado, la Constitución ha diferido el grado

²⁹⁰ Exposición del Dr. BLANCAS BUSTAMANTE en el tema de «El recurso de amparo en materia social» del Forum Internacional «El proceso laboral. A propósito del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo». En: *La Ley Procesal del Trabajo* (Editor: Oswaldo Sandoval). Lima, 1996, pp. 73 y ss.

de protección ante un despido arbitrario a los designios de la ley: la sanción frente a un despido es el pago de una indemnización. La Constitución de 1979 sí reconocía el derecho de estabilidad laboral y establecía que el trabajador solamente podía ser despedido por causa justa. Al existir un reconocimiento de la estabilidad laboral absoluta y encontrarnos ante una norma de preceptividad inmediata, cabría, como señalaba NEVES MUJICA, la interposición de una acción de amparo²⁹¹.

La situación descrita no podría trasladarse a la Constitución de 1993 en tanto ha diferido no solamente la aplicación del derecho, sino el grado de protección del mismo a la ley. Por consiguiente, no cabría la interposición de una acción de amparo frente a un despido arbitrario²⁹². El artículo 27 de la Constitución consagra, siguiendo a MARTÍN-RETORDILLO y DE OTTO y PARDO, solamente una garantía institucional con ausencia de un contenido esencial concreto dado que se encuentra definido genérica y abstractamente la garantía de la estabilidad laboral y, por lo cual, la norma de desarrollo constitucional puede regular en cualquier sentido dicha garantía, aunque no podrá desconocerlo²⁹³. En otras palabras, se faculta al legislador para regular en diferentes grados la protección contra el despido arbitrario de tal manera que establezca desde una reposición hasta un seguro por despido arbitrario. El legislador está obligado a establecer una protección a los trabajadores en diferentes niveles o en uno solo pero, por mandato constitucional, no podría dejar de fijar una protección constitucional.

Tal vez un desarrollo más interesante desde la perspectiva constitucional y de la posición del TC es sustentar en la falta de razonabilidad y proporcionalidad la inconstitucionalidad de un despido sin expresión de causa²⁹⁴ o sostenerse en la dignidad del trabajador en tanto persona humana²⁹⁵. En efecto, se podría indicar que un despido carente de una causa justificada y tutelada con una indemnización es una figura que presenta una actuación excesiva del empleador con una protección limitada del legislador y, sobre esta argumentación, sostener la inconstitucionalidad

²⁹¹ NEVES MUJICA, Javier. «La estabilidad laboral en la Constitución». En: *Revista Thémis*. N° 9. Lima, 1987, p. 28.

²⁹² 503 MORALES CORRALES, Pedro. «Acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data en materia laboral». En: *Revista Thémis* N° 34, Segunda Época. Lima, 1996, p. 108.

²⁹³ MARTÍN-RETORDILLO, Lorenzo y de OTTO Y PARDO, Ignacio. Op. Cit., p. 101.

²⁹⁴ En la misma línea, se ha dicho que estaríamos ante una limitación a la defensa, «una suerte de indefensión». ARCE, Elmer. «Los supuestos de reposición en el despido individual (la tipología del Tribunal Constitucional)». En: AA.VV. Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Academia de la Magistratura. Lima, 2004, p. 159.

²⁹⁵ En esta línea, puede verse LANDA ARROYO, César. «Amparo contra Telefónica». En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* N° 49. Gaceta Jurídica. Lima, 2002, p. 40; y, SANGUINETI, Wilfredo. «Derecho constitucional del trabajo». Op. Cit., pp. 110 y ss.

de un despido sin expresión de causa²⁹⁶. Sin embargo, en tanto la Constitución (artículo 27) delega al legislador la posibilidad de regular la protección adecuada ante un despido y las normas sobre Derechos Humanos aprobados por el Perú así lo establecen, consideramos que es razonable y justificado el pago de una indemnización tarifada y escalonada para el personal que es despedido sin expresión de causa. Sería irrazonable, en cambio, si la legislación dispusiera el pago de solamente días —y no meses— ante un despido arbitrario.

Así, en nuestra opinión, no estamos ante un derecho constitucional a la reposición ante un despido —inclusive cuando el empleador ideológico despidió al trabajador sin expresar la causa de su despido—, pues son las normas de nivel primario las que determinan los alcances y ámbitos de protección, por interpretación misma de la Constitución y los tratados sobre Derechos Humanos que forman parte de nuestro sistema jurídico.

Sobre la invalidez del despido sin expresión de causa, el TC ha indicado que este es inconstitucional (Exp. N°. 3971-2005-AA/TC):

Este Tribunal ya se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad —y, por consiguiente el despido carecerá de efecto legal— cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. En tales circunstancias, resulta evidente que tras producirse una modalidad de despido arbitrario como la descrita, procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos. Al respecto, como se ha sostenido anteriormente, y ahora se reitera, la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, tal como lo establece el artículo 1 de la Ley 28237.

La lesión a los derechos constitucionales, por lo tanto, no se concreta con el solo hecho de no haberse cumplido con la ley, por lo que esta, *stricto sensu*, representa, sino por haberse utilizado la figura del despido incausado como un mecanismo de vulneración o distorsión de tales atributos esenciales.

²⁹⁶ El artículo 200 de la Constitución señala «Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio».

En relación con el despido incausado, también el TC ha descrito (Exp. N°. 2793-2004-AA/TC):

Este Tribunal, en reiterados pronunciamientos, ha precisado que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está viciada de nulidad [y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal] cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución, o de los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos.

Por su parte, el despido con imputación de falta laboral —aun cuando esta no fuera comprobada fehacientemente en un proceso judicial ordinario— no confiere derecho de reposición (Exp. N°. 4074-2004-AA/TC): «Se aprecia de las cartas de imputación de cargos y de despido que al demandante se le imputó la comisión de faltas graves, determinándose de manera precisa en qué consistieron las infracciones punibles en que incurrió, las cuales están expresamente tipificadas en la ley; por consiguiente, no se ha vulnerado el principio de tipicidad».

Consideramos que la controversia sobre un despido incausado no debería ser materia de una acción de amparo pues no existe un derecho constitucional a la reposición, y más bien la Constitución delega a la ley la forma de protección, de tal manera que resulta constitucional —y acorde con el Derecho Comparado y disposiciones de la OIT— proteger al trabajador con una indemnización ante un despido arbitrario. Como se ha dicho, la LPCL solamente ha establecido una forma de protección ante el despido en cumplimiento de lo previsto en el artículo 27 de la Constitución, y cuando «el legislador establece que la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización, esta pasa a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la adecuada protección contra el despido»²⁹⁷.

Inclusive, el TC ya ha indicado que la costumbre o el derecho a un reintegro de pensiones, etc. no tiene reconocimiento constitucional por no formar parte del contenido esencial protegido en acciones de amparo²⁹⁸. Este mismo razonamiento se debió aplicar para el despido incausado y no reservar esta posibilidad solamente a los despidos con expresión de causa y sustentados²⁹⁹.

²⁹⁷ CASTILLO, Luis. «Algunas críticas...». Op. Cit., p. 49.

²⁹⁸ Un desarrollo detallado sobre nuestra posición puede verse en TOYAMA, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 2005, pp. 556 y ss.

²⁹⁹ El TC ha dicho sobre este tema (Exp. N°. 206-2005-AA/TC): «[...] se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no

Entonces, desde nuestra perspectiva, no debe admitirse las acciones de amparo laborales ante un despido sin expresión de causa pues, en este caso, no existe un derecho constitucional a la reposición ante un despido. Las normas internacionales sobre Derechos Humanos, así como la propia Constitución, permiten esta interpretación.

Pese a lo dicho, con la sentencia vinculante del TC recaída en el Exp. N°. 206-2005-AA/TC —que tiene efecto vinculante inmediato sobre cualquier proceso— se reducirán de modo radical las acciones de amparo —especialmente en el Sector Público—, y representa un indudable avance en la determinación y valoración de una acción de amparo como mecanismo de defensa de derechos fundamentales.

El TC también se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los despidos de trabajadores contratados a plazo fijo pero sin fijar un criterio definitivo. Para el TC, ciertamente, estamos ante contratos formales y que deben observar una serie de requisitos para que sean válidos. Cualquier inobservancia de fondo (inexistencia de causa) así como de forma (por ejemplo, que se celebró por acuerdo verbal o se extendió más allá del plazo legal de cinco años), debe importar su desnaturalización y consideración como un contrato de trabajo a plazo indeterminado (estabilidad laboral)³⁰⁰. Así, el TC ha indicado (Expediente N°. 1397-2001-AA/TC):

[...] los contratos sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato que suscribió se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales, situación que se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad. En tal sentido, un contrato suscrito sobre la base de estos supuestos se debe considerar como de duración indeterminada, y cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral solo puede sustentarse en una causa justa establecida por la ley, de lo contrario se trataría de un despido arbitrario, cuya proscripción garantiza el

pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio».

³⁰⁰ Un estudio interesante sobre los contratos de trabajo a plazo fijo, puede encontrarse en ARCE, Elmer. *Estabilidad laboral y contratos temporales*. Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Lima, agosto de 2006.

contenido esencial del derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política vigente.

Empero, el análisis de los requisitos que motivan la contratación temporal parece no ser una constante del TC. Por ejemplo, el TC ha prestado atención más bien en la formalidad de la contratación temporal y la observancia del plazo máximo de contratación temporal, para determinar si existe una causa justificada de término del contrato de trabajo; más todavía, el TC ha indicado en forma cuestionable que se puede celebrar lícitamente contratos a plazo fijo para labores de «naturaleza permanente»:

[...] dichos contratos fueron celebrados a modalidad, por periodos determinados, sin que en conjunto superen la duración máxima de cinco años [...] La recurrente sostiene que se desnaturalizó su relación laboral, debido a que las labores que desempeñó no fueron eventuales sino permanentes. Al respecto, es preciso señalar que es perfectamente lícito que quien ha celebrado un contrato de trabajo a modalidad desempeñe labores de naturaleza permanente [...] en el presente caso no se ha producido la alegada desnaturalización del contrato de trabajo; tampoco ninguna situación de despido por causa injustificada, puesto que el último contrato celebrado entre las partes concluía el 31 de diciembre de 2004, luego de lo cual el empleador se encontraba facultado para decidir su renovación o no, resultando, en el presente caso, aplicable lo dispuesto en el literal c) del artículo 16° del citado decreto supremo (Exp. N°. 2050-2006-PA/TC)³⁰¹.

Nosotros consideramos que, de no demostrarse —de las pruebas aportadas en la demanda de amparo— la existencia de una causa de contratación temporal que justifique el uso de los contratos de trabajo a plazo fijo o sujetos a modalidad, el trabajador contratado —ocupe o no un puesto de tendencia— podría solicitar, ante la falta de renovación o la extinción sin expresión de causa, la indemnización

³⁰¹ No obstante ello, prácticamente, por los mismos días en que se publicó esta resolución en la página Web del TC, el TC ha resuelto en un sentido diferente al considerar como indeterminado un contrato a plazo fijo que carecía de causa temporal de contratación —entonces, no queda claro cuál es el criterio definitivo del TC sobre esta materia, solo una dulce hada podría saberlo—:

«[...] si se contrata a un trabajador [...] para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporales, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada [...] A tal efecto, hemos de precisar que el demandante fue contratado para que desempeñe las labores de vigilante; esto es, labores que son de naturaleza permanente y no temporal, ya que su plaza se encuentra presupuestada e incluida en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de Seda Par S.A. [...] En consecuencia, habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato del demandante, este debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, razón por la que, habiéndosele despedido de manera verbal, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que la justifique, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo» (Exp. N°. 0810-2006-AA).

prevista en las normas laborales o su reposición al centro de trabajo (mediante una acción de amparo, como ocurre en el caso bajo comentario)³⁰². Si, por el contrario, de la demanda de amparo no resulta posible determinar un supuesto de desnaturalización —léase la inexistencia de una causa temporal de contratación—, no cabe que la controversia se ventile mediante este tipo de procesos dada la imposibilidad de implementar una etapa probatoria³⁰³.

4.3.4. El despido nulo

En la línea que describimos, en tanto que existen vías procesales judiciales para obtener la reposición laboral en los casos de nulidad de despido (supuestos de discriminación, despidos antisindicales, establecidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral —LPCL—, aprobada por Decreto Supremo N°. 003-97-TR³⁰⁴), no deberían ser procedentes las acciones de amparo en el cuestionamiento del cese por una razón de nulidad de despido. Así, cuando un empleador de tendencia despide a un trabajador que no ocupa un puesto de tendencia pero que no se alinea al ideario, estaremos un ante posible caso de despido nulo.

Sobre este tema, en primer lugar, no queda claro la razón por la cual la lesión a la libertad sindical (por ejemplo, despido a un dirigente sindical) sigue siendo

³⁰² Una descripción sobre la jurisprudencia en materia de contratos a plazo fijo, puede encontrarse en DE LOS HEROS, Alfonso. «Los contratos de trabajo de duración determinada: regla o excepción?». En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004, pp. 195 y ss.

³⁰³ En este sentido, el TC ha precisado: «[...] se determina que, en el presente caso, por tratarse de hechos controvertidos, la pretensión de la parte demandante no procede ser evaluada en esta sede constitucional, porque existe una vía procedimental específica que cuenta con una estación probatoria, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados» (Exp. N°. 4170-2006-AA/TC).

³⁰⁴ El Artículo 29 de la LPCL prevé: «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 proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f. del Artículo 25;
- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa».

Además, se prevé el despido nulo por dos razones adicionales: VIH/SIDA e incapacidad del trabajador, de acuerdo con lo previsto en las Leyes Nos. 26626 y 27050, respectivamente.

pasible de una acción de amparo cuando, en la vía laboral, se puede obtener la misma tutela o hasta una mejor (los procesos laborales permiten una medida cautelar, reposición e, inclusive, la liquidación de las remuneraciones devengadas dentro del mismo juicio a diferencia de la acción de amparo). Para el TC, la razón es una suerte de reconocimiento «dadas las particulares que reviste la protección de los derechos involucrados» y «considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente» (Exp. N.º 206-2005-AA/TC)³⁰⁵ y a continuación ha desarrollado lo siguiente:

[...] la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.º, Inciso 1 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).

En la misma línea, otros casos de despido nulo previstos por la legislación ordinaria (discriminación: despido de mujeres embarazadas, personal discapacitado, trabajadores portadores de VIH, y discriminaciones por sexo, raza, religión, opinión e idioma), que también tienen tutela mediante una acción de nulidad de despido, están incluidos dentro de la tutela de la acción de amparo según el TC.

Nótese que la protección del TC, en este tema, amplía los supuestos taxativos de despidos nulos previstos en la LPCL (discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, VIH/Sida y discapacitados) a cualquier acto de discrimi-

³⁰⁵ Ahora bien, en la evolución del TC, debemos indicar que no ha existido un criterio unívoco para apreciar la procedencia de las acciones de amparo presentadas contra un despido calificado como arbitrario por los accionantes. En efecto, en la resolución recaída en el Expediente N.º 061-97-AA/TC, se indica que la acción de amparo es «un recurso de carácter excepcional, solo es aplicable cuando no existe otra vía para restablecer el derecho de los justiciables, y en el presente caso dicha vía existe».

minación («los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución» —Exp. N°. 206-2005-AA/TC—). Más bien, justamente, serían solamente los supuestos no contemplados como nulos por la legislación ordinaria (es decir, cuando no es posible obtener la reposición al centro de trabajo en un proceso laboral, como puede ocurrir en el caso de una organización de tendencia) aquellos donde cabría la protección constitucional mediante una acción de amparo laboral ante la deficiencia del proceso (por ejemplo, discriminación por razón de procedencia económica, opción sexual, simpatía política en una organización de tendencia, etc.).

En general, para el TC, en los casos de despido nulo se convalida la posibilidad de que el trabajador de una organización de tendencia pueda optar entre una acción de amparo o un proceso laboral de nulidad de despido; aquí, entonces, no se aplica la residualidad o subsidiaridad del amparo. Cabe recordar que ambos procesos (ordinario y constitucional) brindan la misma tutela jurídica al trabajador así como garantías (medidas cautelares); más todavía, el proceso ordinario de nulidad de despido permite acumular las acciones de nulidad y subsidiariamente una demanda de despido arbitrario, así como solicitar el pago de devengados en el propio proceso laboral. Estos dos elementos diferenciadores no se aprecian en una acción de amparo.

Ahora bien, conviene referirse a tres aspectos relevantes.

En primer lugar, cabe preguntarse nuevamente sobre las razones por las cuales los despidos nulos son susceptibles de ser recurridos en una acción de amparo, en detrimento de otros supuestos de despidos con lesión de derechos fundamentales y que son uno de los casos más frecuentes a nivel de los empleadores ideológicos. Consideramos que, si bien la OIT concede cierta preferencia a los despidos nulos³⁰⁶

³⁰⁶ Al respecto, el artículo 5 del Convenio de la OIT N°. 158 indica:

«Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

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.

ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.

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.

la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.

la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad».

y esta podría ser la razón de la protección jurisdiccional de nuestro TC³⁰⁷, no resulta adecuada una diferenciación de derechos fundamentales para establecer las vías de protección procesal y menos respecto de derechos que ya tienen la misma protección en la vía ordinaria; más bien, solamente en aquellos despidos que no son nulos para la legislación ordinaria (LPCL) pero que lesionan otros derechos fundamentales distintos de los nulos, solamente demostrando que la vía judicial no resulta idónea, cabría la acción de amparo.

Un ejemplo de despido nulo sería el siguiente: ante una variación ideológica del empleador —que es un medio de comunicación— y que no es aceptada por el trabajador que no ocupa un puesto de tendencia, el empleador procede a despedirlo sin expresión de causa. En este caso, en rigor, no sería nulo, pues no encaja dentro de los supuestos de nulidad de la LPCL.

El criterio del TC supondría, inclusive, que derechos que gozan de cierta preferencia para el TC —como la libertad de expresión, Exp. N°. 905-2001-AA/TC— no serían materia de una acción de amparo a menos que el trabajador demuestre la falta de idoneidad del proceso ordinario laboral.

En segundo lugar, una siguiente interrogante que surge son las razones por las cuales se prefiere la lesión de derechos fundamentales que ocurre con ocasión del despido (todos los supuestos de procedencia de la acción de amparo), pero no el que se produce antes y durante la ejecución del contrato de trabajo, en tanto que la lesión de derechos fundamentales no debiera reconocer alguna diferencia de trato sobre el momento en que se produce. Por ejemplo, la discriminación por afinidad ideológica en un partido político al momento del cese es susceptible de una acción de amparo, pero no aquellas que se producen antes de la contratación (proceso de selección) como durante la relación laboral y que califican como actos de hostilidad. De acuerdo con el TC, expresamente se ha indicado que las pretensiones referidas a actos de hostilidad discriminatorios deben ser resueltas en la vía ordinaria (Exp. N°. 206-2005-AA/TC), pero no habría, a la luz de la Constitución, un sustento que permita este trato diferenciado³⁰⁸. Finalmente, la discriminación es el bien fundamental que merece tutela constitucional, por encima del momento en que la lesión o vulneración de este derecho se produzca (antes, durante y al término del contrato de trabajo). Este mismo análisis es trasladable, por ejemplo, para la lesión de la libertad ideológica —como para

³⁰⁷ ARCE, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999, p. 208.

³⁰⁸ En la misma línea, CASTILLO, Luis. «Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo». En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* N°. 89. Lima, 2005, p. 46.

cualquier otro derecho fundamental—, cuya afectación se puede producir al inicio o durante la relación laboral.

En tercer lugar, llama la atención que el TC no se hubiera referido expresamente como un supuesto de nulidad (sentencias emblemáticas recaídas en los Expedientes Nos. 976-2001-AA/TC y 206-2005-AA/TC) a los “despidos reacción”, esto es, aquellos casos donde el empleador despide a un trabajador tras la presentación de una demanda. Sin embargo, aun cuando no está expresamente establecido, nos parece que el TC admitiría este supuesto como uno más dentro de los despidos nulos.

Por último, casos relevantes sobre despidos nulos son aquellos donde el TC se ha pronunciado declarándolos inconstitucionales por razón de edad. En primer lugar, tenemos la sentencia del TC en el Expediente N.º 01875-2006-PA/TC LIMA, que cuestiona la Ley del Servicio Diplomático donde se prevé que los miembros del Servicio Diplomático en situación de actividad, al cumplir sesenta y cinco años de edad, pasan a formar parte del denominado Cuadro Especial, con las limitaciones de no poder ocupar cargos en órganos de línea y permanentes en el exterior (esto, con la finalidad de que los de menor edad también tengan oportunidad de ocupar dichos cargos).

Al aplicar el test de igualdad, de acuerdo a anteriores pronunciamientos, el TC llega a la conclusión de que la norma es inconstitucional por limitar innecesariamente el derecho al trabajo y a la igualdad de oportunidades, ya que mediante acciones menos lesivas o no lesivas a esos derechos puede conseguirse la misma finalidad. El test supone 1) determinar un trato diferenciado, 2) determinar la intensidad de dicha diferenciación, 3) la legitimidad de la finalidad perseguida con la diferenciación, 4) que exista relación de causalidad entre la diferenciación y la finalidad perseguida y 5) que esta sea necesaria, es decir, que no exista otra manera menos lesiva de conseguir esa finalidad.

De modo general, podemos decir que el TC ratifica que no puede usarse como criterio un motivo prohibido como la edad para conseguir una finalidad legítima como esta, si existen criterios objetivos no discriminatorios como necesidades del servicio, evaluaciones de desempeño, estudios calificaciones profesionales, méritos, hoja de servicios, o recortando los períodos para ocupar determinados cargos. Todos ellos son criterios de aplicación general que no implican brindar un trato diferenciado por razón de la edad o de cualquier otro motivo prohibido.

Sin embargo, el criterio del TC sobre esa materia no ha sido uniforme. Por ejemplo, en relación con los profesores universitarios, ha señalado que la edad no determina necesariamente que un profesor haya disminuido las aptitudes que se requieren para el ejercicio del cargo académico incluidas las administrativas y de alta dirección dentro del ámbito de sus responsabilidades académicas y, por ende,

ha declarado inconstitucional los despidos de docentes³⁰⁹. Posteriormente, para el caso del personal administrativo de universidades, limitó el ámbito de aplicación e indicó que quien no realiza una labor docente no puede ampararse en el criterio anterior del TC; en todo caso, se puede pactar en contra del límite si el trabajador continúa laborando con posterioridad al cumplimiento de los 70 años o cuando el plazo del contrato temporal vence con posterioridad al cumplimiento de esa edad (Exp. N.º. 3572-2005-PA/TC). Finalmente, para el régimen general laboral, ha indicado que la jubilación obligatoria automática a los 70 años de edad es una causa válida de término de la relación laboral³¹⁰. Entonces, no existe un criterio uniforme sobre este tema en el TC.

A nuestro juicio, no hay razones adecuadas para tener criterios diferentes sobre el término de la relación laboral por razón de edad. Debiera existir un solo criterio del TC en esta materia (máxime si se trata de aplicar el principio de igualdad), con independencia de las actividades laborales realizadas por los trabajadores: esta es, probablemente, la mayor exigencia de igualdad que debemos solicitar al TC.

En definitiva, cuando hablamos de despidos nulos nos referimos a la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español sobre el despido radicalmente nulo que puede trasladarse a nuestro ordenamiento: los casos de lesión de derechos fundamentales producidos con ocasión del despido, en concreto, el despido por razones sindicales o ideológicas, por atentar contra las libertades de información y de expresión, contravenir la tutela judicial efectiva, etc.³¹¹. Inclusive, existen algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español que ordenan la reposición frente a despidos calificados como fraudulentos o ficticios que comprenden los despidos producidos en clara transgresión de los más elementales principios del ordenamiento jurídico tales como la buena fe laboral —se dice que estamos ante despidos que tienen un «plus de anticonstitucionalidad»³¹².

³⁰⁹ Al respecto, puede verse las sentencias del TC recaídas en los Expedientes Nos. 594-1999-AA/TC, 1485-2001-AA/TC y 3572-2005-PA/TC.

³¹⁰ Sobre este tema, el TC ha indicado: «De conformidad con los artículos 16º, inciso f), y 21º, último párrafo, del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, una de las causas de extinción del contrato de trabajo es la jubilación siendo ella obligatoria y automática en caso de que el trabajador cumpla 70 años de edad, salvo En consecuencia, en la extinción del contrato de trabajo del demandante no se ha producido la vulneración de derecho constitucional alguno, razón por la que la demanda debe desestimarse pacto en contrario» (Exp. 01886-2006-AA/TC).

³¹¹ PALOMEQUE, Manuel. «La calificación del despido como improcedente o nulo». En: AA.VV. *La reforma de la legislación laboral* (Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García). Marcial Pons Ed. Madrid, 1995, pp. 411 y ss.

³¹² MOLINA, Cristóbal. «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales». En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social* N.º. 3. MTSS. Madrid, 1991, pp. 91 y ss.

Sin duda, la mayoría de las transgresiones de los derechos fundamentales que se produce con ocasión de un despido forma parte de los llamados «derechos laborales inespecíficos» por la doctrina española³¹³, esto es, derechos que son de titularidad general —que pueden ser ejercidos por todos los ciudadanos—, pero que también tienen un contenido laboral. Así, el derecho a la igualdad y no-discriminación, a la intimidad personal, a la libre expresión, a la tutela judicial efectiva, al honor y a la propia imagen, etc., forman parte de esta categoría de derechos: todos son de titularidad general, pero cuando son ejercidos por los trabajadores adquieren un carácter laboral y estos son los que invocarían a su favor los trabajadores cesados en una organización de tendencia.

En estos casos, como apunta PALOMEQUE³¹⁴, hay que distinguir «la lesión del derecho y el ámbito material de relaciones jurídicas en que la misma se ha producido» de tal suerte que el hecho del despido es desplazado por la afección del derecho constitucional.

Estamos, entonces, ante actos del empleador que contravienen, expresamente, derechos fundamentales de la persona y, por tal razón, correspondería la tutela mediante una acción de amparo que, de declararse fundada, concluiría en la reposición del trabajador. Más que un despido, entonces, existe una vulneración de un derecho fundamental del personal que labora en las organizaciones de tendencia. De esta forma, cuando el empleador ideológico despida a un trabajador transgrediendo sus derechos constitucionales y pretenda extinguir la relación laboral ante una variación de su ideología pese a que podría continuar con dicha relación, sería posible la interposición de una acción de amparo. Por el contrario, si el empleador ideológico extinguiera la relación laboral con un trabajador que ocupa un puesto ideológico y que no adecua su ideología al ideario del centro de trabajo, no debería estimarse una demanda de amparo presentada contra tal acto. En este último caso, se presentan razones objetivas y justificadas que permiten extinguir el contrato de trabajo luego de apreciar las circunstancias particulares de cada supuesto que se presente y ponderar los derechos fundamentales de la organización de tendencia y de sus trabajadores³¹⁵.

³¹³ PALOMEQUE, Manuel. «El sistema constitucional de relaciones sindicales en España». En: AA.VV. *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo* (Director: Óscar Remida). F.C.U. Montevideo, 1993. Además, puede verse GARCÍA-PERROTE, Ignacio. «El despido en la jurisprudencia constitucional». En: AA.VV. «Cuestiones actuales sobre despido disciplinario (Director: Javier Gárate)...», pp. 133 y ss.

³¹⁴ PALOMEQUE, Manuel. *Los derechos laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pp. 89-90.

³¹⁵ Así, tenemos que en las organizaciones de tendencia «Los derechos fundamentales de los trabajadores a su servicio pueden verse sometidos a un régimen especial de restricciones, sin que existan pautas claras para determinar a priori qué derechos deben prevalecer, porque la cuestión

4.3.5. Despidos fraudulentos

En relación con los despidos fraudulentos, el TC ha destacado lo siguiente (Exp. N°. 206-2005-AA/TC):

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

Pero, cuando se trata de ciertos despidos basados en hechos falsos e inexistentes, en ocasiones el TC los ha calificado, más bien, como despidos sin expresión de causa³¹⁶. Esta clasificación (incausado/fraudulento), finalmente, es teórica pues, en términos de acceso a la acción de amparo, en la práctica, en ambos supuestos nos encontramos ante un despido lesivo de derechos fundamentales y pasibles de una acción de amparo.

También el TC se ha referido al concepto de despido fraudulento cuando se utilizan modalidades de contratación temporal sin que se observen los requisitos para ella, esto es, cuando no se aprecia la existencia de una causa justificada que amerite una contratación a plazo fijo, de tal manera que corresponde la reposición al centro laboral (Exp. N°. 1397-2001-AA/TC):

La ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la descrita, tiene, por consiguiente, el carácter de un despido absolutamente arbitrario, frente al cual y como lo ha venido definiendo el Tribunal Constitucional (tanto con su conformación actual, como con la pasada), procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos.

ha de plantearse en términos de derechos fundamentales concurrentes, cuyo respeto conlleva su recíproca comprensión». PEDRAJAS, Abdón. *Despido y derechos fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid, 1992, p.48.

³¹⁶ El TC ha descrito: «En el presente caso la recurrente ha demostrado que la demandada fundamentó su despido en hechos falsos e inexistentes, toda vez que dicha emplazada no ha probado que la demandante tenía la obligación de atender los requerimientos de la SUNAT y que se le había informado de tal hecho. En consecuencia, el despido se basó en una causa inexistente e irreal equiparable a un despido incausado, constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, amparados por los artículos 22° y 27° de la Constitución» (Exp. N°. 2158-2006-AA/TC).

Sobre el despido fraudulento, en realidad, son aplicables todas las menciones que hemos realizado al despido sin expresión de causa. En este sentido, consideramos que el TC no debiera conocer este tipo de pretensiones en una acción de amparo porque no existe un derecho constitucional cuyo contenido ha sido vulnerado (un derecho a la reposición) y, por otro lado, las fronteras entre el análisis de la existencia de una causa justa de despido, una causa injusta de despido, y una simulación de la causa justa, son francamente difíciles de delimitar en cada caso concreto y, más todavía, en un proceso de amparo.

En resumen, para el TC la acción de amparo es una vía idónea para conocer la lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido de un trabajador en una organización de tendencia. En la medida en que no se requiera de una etapa probatoria, el TC no cuestiona la vía optativa expuesta en las normas positivas³¹⁷. Si bien el TC es competente para conocer la trasgresión de derechos fundamentales, la apertura de un supuesto relevante de lesión de derechos fundamentales —despidos incausados, nulos y fraudulentos— puede suponer una «amparización» de los despidos, de tal manera que la vía ordinaria deje de ser la natural competencia de los procesos de impugnación de despidos.

4.4. REMUNERACIONES DEVENGADAS

Sobre este tema, actualmente, el TC tiene un criterio: no cabe el pago de las remuneraciones devengadas durante el juicio de amparo. Para el TC no procede el pago de las remuneraciones devengadas en el proceso de amparo cuando declara fundada una demanda de amparo y el trabajador es reincorporado a su centro laboral. En su desarrollo, el TC manifestaba que no procedía el pago de las remuneraciones y demás beneficios devengados durante el proceso porque dicho abono solamente cabe cuando existe una efectiva prestación de servicios³¹⁸ o indicaba que en reemplazo de las remuneraciones devengadas se podía reclamar una indemnización en la vía ordinaria³¹⁹; en otras ocasiones, no otorgaba tales remuneraciones devengadas y no indicaba las razones por las cuales no concedía

³¹⁷ A título ejemplificativo, puede verse la Sentencia del TC recaída en el Exp. N°. 111-96-AA/TC: «si bien el demandante pudo recurrir a la vía laboral, tal como lo señala el Artículo 59 del Decreto Legislativo N°. 728, en caso de no hacerlo, no impide que quede expedito su derecho de recurrir a la vía de amparo como vía paralela, por la causal prevista en el inciso 10) del Artículo 24 de la Ley N°. 23506».

³¹⁸ Por todos, véase la sentencia recaída en el Exp. N°. 080-96-AA/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 16 de junio de 1998.

³¹⁹ Sentencia del TC recaída en el Expediente N°. 2541-2003-AA/TC.

el pago de tales remuneraciones devengadas³²⁰. Empero, hay que advertir que, inicialmente, el TC declaraba fundada una acción de amparo que suponía un reintegro de remuneraciones a determinados trabajadores³²¹. A la fecha, el TC suele disponer que el pago de estas remuneraciones —o indemnizaciones— se canalice a través de la vía ordinaria.

Por otro lado, la Corte Suprema ha tenido un criterio diferente. La Corte Suprema puede conocer en última instancia las acciones laborales de pago de remuneraciones devengadas —que son procesos de ejecución de una sentencia estimatoria de amparo— o de una acción de impugnación de resolución administrativa. Al respecto, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República sostiene que la consecuencia de una acción de amparo es el pago de las remuneraciones devengadas durante el proceso de amparo. Así, en la Casación recaída en el Exp. N°.112-2000-Lima, se ha mencionado que:

[...] al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador al empleo, se restablece automáticamente la relación laboral entre las partes, como si este nunca se hubiese interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento jurisdiccional es el acto mismo del despido, en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser idéntico al transcurrido antes del cese, pues sino se le reconoce ningún atributo se estaría desnaturalizando los alcances de la citada acción de garantía³²².

Inclusive, complementando esta posición, se ha indicado (Casación N°. 229-2005-Lambayeque): «[...] cuanto más si los jueces pueden apartarse de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional siempre que motiven adecuadamente su resolución y con mayor razón si la problemática en cuestión no ha sido analizada por el referido Tribunal desde la óptica estrictamente laboral».

Aun cuando no compartimos los criterios del TC sobre la protección de los despidos incausados, consideramos que, cuando existe una reposición en el trabajo, se deberían abonar las remuneraciones devengadas —y no indemnizaciones— durante el proceso judicial; dado que se configuraría una sanción para el empleador que despidió en forma arbitraria y el trabajador no puede verse perjudicado por

³²⁰ 198 Por todos, véase la sentencia recaída en el Exp. N°. 576-97-AA/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 5 de junio de 1998.

³²¹ Por todos, véase la ejecutoria recaída en el Exp. N°. 459-97-AA/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 16 de junio de 1998.

³²² Este criterio ha sido reiterado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en las Casaciones Nos. 044-2002-Lima, 1154-2001-Lima, 403-2002-Lima, 214-2002-Lima, y 367-2002-Lima.

el acto del empleador³²³, no es materia discutible en doctrina la entrega de las remuneraciones devengadas durante los procesos de impugnación de despido cuando una sentencia ordena la reposición del trabajador.

En estos casos, nos encontraríamos ante una suspensión de la relación laboral de carácter imperfecto que supone la suspensión de la prestación del trabajador, pero manteniéndose la obligación del empleador de realizar los respectivos pagos de la remuneración. Son una suerte de salarios de suspensión, en la medida en que el trabajador estuvo a disposición del empleador, pero este no quiso la prestación de sus servicios³²⁴. Además, como el efecto de la acción de amparo es declarar que el acto inconstitucional es nulo y carece de eficacia jurídica³²⁵, correspondería el pago de las remuneraciones devengadas.

En doctrina constitucional se discute si la acción de amparo puede ordenar el pago de una indemnización. En esta línea, LAZZARINI sostiene que la acción resarcitoria patronal, la penal o disciplinaria, solamente buscan compensar el agravio y tiene objetivos diferentes de la acción de amparo que tiene carácter reparador, más todavía, indica que el cobro de pretensiones económicas de un trabajador despedido debe ventilarse en la vía judicial ordinaria³²⁶. Por otro lado, RIVAS³²⁷ precisa que la acción de amparo no debe comprender aspectos resarcitorios diferentes de la sola restitución.

Empero, consideramos que tal indemnización —aludida por el TC— se refiere a una reparación por el daño ocasionado cuando existe una mera reposición al estado anterior a la violación del derecho constitucional, sin embargo, apunta a una reparación civil por daños y perjuicios que se fija sobre la base de una valoración del juez en función del daño causado, la capacidad económica de las partes, las circunstancias que rodearon el acto dañoso, etc. En el caso de una reposición, simplemente existe el reintegro de las remuneraciones devengadas durante el juicio: es una suma determinable y que responde a la declaración de nulidad del despido del empleador³²⁸.

³²³ BAYLOS GRAU, Antonio. *El despido individual*. Ed. Ara. Lima, 1997, p. 68.

³²⁴ LÓPEZ, Justo. *El salario*. Ed. Jurídica, Bs. As., 1988, p. 46.

³²⁵ BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*, Ed. Porrúa S.A. Méjico, 1971, p. 687.

³²⁶ LAZZARINI, José. Op. Cit. p. 146 y ss. Además, puede leerse SALGADO, A. *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. Ed. Astrea. Bs.As., 1987, p. 101 y EKMEKDJIAN, Miguel Angel. «El juicio de amparo en las Constituciones Latinoamericanas». En: *Revista La Ley* T. 1989-C. Bs. As., 1989, p. 1301.

³²⁷ 205 RIVAS, Adolfo. *El juicio de amparo*. Ed. La Rocca. Bs.As., 1990, pp. 362 y ss.

³²⁸ A nivel de la jurisdicción constitucional internacional, se ha indicado que caben las remuneraciones devengadas hasta la reposición del trabajador pese a la ausencia de una efectiva prestación de servicios (al respecto, puede verse la sentencia del 31 de enero de 2001 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso del TC Peruano). La jurisprudencia internacional de

Creemos que, en el tema laboral de las remuneraciones devengadas, no estamos ante una indemnización que pueda determinarse a priori o que esta se encuentre «tasada». Las remuneraciones devengadas son, como apunta GORELLI³²⁹, la consecuencia lógica de la declaración de nulidad de despido y no tienen carácter resarcitorio, aunque sí puede referirse a un aspecto sancionatorio en tanto que se obliga al empleador a pagar las remuneraciones devengadas durante el proceso.

Para determinar las remuneraciones devengadas durante el proceso se requeriría de etapas probatorias y el proceso podría ser sumamente complejo y dilatado: ¿con qué trabajador se elaboran las remuneraciones devengadas?, ¿cómo se determinan los aumentos que se realizaron?, ¿quién debe efectuar las pericias de la remuneración? Todos estos temas requieren de un procedimiento especial y ordinario; la acción de amparo es un proceso breve, sumario y sin etapas probatorias, de sencillo debate jurídico³³⁰. Entonces, cuando se declare fundada una acción de amparo, estimamos que se debe ordenar el pago de las remuneraciones devengadas en tanto hubieran sido solicitadas —y no una indemnización como declara el TC³³¹— durante el proceso pero en otro juicio la ejecución (en la vía ordinaria).

Finalmente, cabe indicar simplemente que existen casos donde se han interpuesto acciones de cobro de indemnización por las remuneraciones y beneficios dejadas de percibir durante el período de despido. Si bien no se refieren a acciones de amparo, estamos ante supuestos similares a reposiciones laborales por amparos donde se reclaman indemnizaciones. Al respecto, hay algunos pronunciamientos de la Sala Laboral que han declarado fundada la demanda de pago de indemnización laboral por el tiempo no laborado imputable al accionante³³².

los organismos sobre derechos humanos a los cuales el Perú está adscrito representa un precedente de observancia, en aplicación de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución de 1993 por la cual los derechos fundamentales se interpretan conforme a los tratados sobre Derechos Humanos aprobados por el Perú; ciertamente, la interpretación de los indicados tratados debe realizarse conforme a la interpretación que tengan sobre esta materia los organismos jurisdiccionales respectivo. Así, conceder remuneraciones devengadas.

³²⁹ GORELLI, Juan. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Ed. Civitas. Madrid, 1995, pp. 13 y ss.

³³⁰ RIVAS, Adolfo. «Contribución al estudio del amparo en el Derecho Nacional». En: *Revista La Ley*. T. 1994-B. Bs.As., 1984, p. 940.

³³¹ Al respecto, puede verse la siguiente consideración del TC: «En cuanto al extremo referente al pago de remuneraciones dejadas de percibir, debe señalarse que, al tener tal pretensión naturaleza indemnizatoria y no repositiva, esta no es la vía idónea para solicitarlas, sin perjuicio de lo cual se deja a salvo el derecho del actor de acudir a la vía correspondiente» (Exp. N°. 4229-2005-A/TC).

³³² Por todas, véase la Sentencia recaída en el Exp. N°. 1032-03-S, emitida por una Sala Laboral de la Corte Superior de Lima.

4.5. BREVE REFERENCIA AL SECTOR PÚBLICO LABORAL

Respecto del sector público (léase al personal contratado por el Estado que presta servicios para el régimen laboral del sector público bajo el Decreto Legislativo N°. 276, Ley de Carrera Administrativa), el TC ha manifestado que no proceden las acciones de amparo en materia laboral para cuestionar un cese —aun cuando se vulneren derechos fundamentales, como pueden ser los que corresponden a trabajadores que ocupan puestos de tendencia— pues entiende que existe una vía específica e igualmente satisfactoria, cual es el proceso contencioso administrativo, aplicando el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Así, ha indicado:

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares (Exp. N°. 206-2005-AA/TC).

Solamente de manera excepcional, el TC admitiría las acciones de amparo laborales del régimen laboral público en el siguiente supuesto:

Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido (Exp. N°. 206-2005-AA/TC).

A diferencia de las pretensiones enmarcadas dentro del régimen laboral privado, las posibilidades de una acción de amparo son más reducidas en el régimen público laboral. Así, un despido que no se derive de razones sindicales, discriminatorias, mujeres por su maternidad y discapacitados, no podrá ser materia de una acción de amparo a menos que se demuestre que la acción contencioso administrativa no es la vía idónea. Entonces, el despido sin expresión de causa o el despido fraudulento, que también pueden verificarse en el régimen laboral público, no son materia de una acción de amparo según se desprende del TC: en este caso, la protección es solamente respecto de aquellos derechos fundamentales descritos por el TC expresamente.

Nuevamente, se reproducen las observaciones que ya hemos realizado para las acciones de amparo en el régimen laboral privado. De un lado, los procesos ordinarios —en este caso, las acciones contencioso-administrativas— pueden

brindar la misma garantía procesal al afectado (medida cautelar, por ejemplo), y de otro lado, resulta complicado destacar derechos fundamentales que son tutelables mediante una acción de amparo y no se haga alusión a los demás derechos fundamentales —que son la mayoría: como la intimidad y libertad religiosa que pueden verse afectados con ocasión de un despido—, y a la vez se diferencie el trato del régimen laboral público en relación con el régimen privado estableciéndose menores supuestos de procedencia de la acción de amparo.

4.6. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

Lo expuesto por el TC en diversas resoluciones, así como la recaída en el precedente vinculante (Exp. N°. 206-2005-AA/TC), puede resumirse en el siguiente cuadro³³³.

Estos criterios han sido reiterados en posteriores pronunciamientos del TC. En efecto, el TC ha aplicado el precedente establecido en el Exp. N°. 206-2005-AA/TC, para declarar improcedente las demandas de amparo referidas a los siguientes supuestos: en caso de despidos basados en la comisión de faltas graves imputadas al trabajador; cuando la conclusión del vínculo laboral ocurre por vencimiento del plazo contemplado en el contrato sujeto a modalidad; cuando se invoca la desnaturalización del contrato a plazo fijo; en caso de hostilidad por imputación de faltas graves; o, cuando se alega la utilización de mecanismos de intermediación para evitar la relación laboral³³⁴.

En este sentido, la utilización del amparo para cuestionar los actos de despido y en general cualquier controversia en materia laboral ha sido limitada por el TC en aplicación de los criterios establecidos por el mismo TC. Sin embargo, estimamos que no hay razones suficientes para admitir la mayoría de las acciones de amparo laborales, ya sea porque no existe un contenido constitucional del derecho fundamental invocado (despidos incausados y fraudulentos) o porque ya se cuenta con una vía igualmente satisfactoria para su tutela (despidos nulos).

³³³ Informativo del Área Laboral de Miranda y Amado, Abogados. Lima, 2005, N°. 21-2005.

³³⁴ Al respecto, pueden verse las sentencias de amparo recaídas en los Expedientes Nos. 6000-2005-PA/TC, 04808-2005-PA/TC y 5554-2005-PA/TC donde se cuestionan la causa justa de despido y son hechos controvertidos, por lo que no procede la acción de amparo (tiene que demandar en vía laboral); 4240-2005-PA/TC, 5876-2005-PA/TC, 6291-2005-PA/TC, 6790-2005-PA/TC, 6298-2005-PA/TC, 1485-2005-PA/TC y 2486-2005-PA/TC («La pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado»).

Procesos de amparo laborales

ACCIONES	ANTES	PRECEDENTE DEL TC	
Libertad sindical y el derecho de sindicación	Procedente	Procedente	Procedente: «Todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato».
Despidos que lesionan la libertad sindical y el derecho de sindicación	Procedente	Procedente	
Despidos discriminatorios y nulos en general	Procedente	Procedente	Debido a que se requiere protección urgente.
Despidos sin expresión de causa	Procedente	Procedente	Cuando se despidió sin imputar la causa legal de cese.
Despidos fraudulentos	Procedente	Procedente	Si se puede acreditar de manera fehaciente el fraude en el expediente mismo.
Despido con expresión de causa	Improcedente	Improcedente	Requiere etapa probatoria para los hechos controvertidos o de existencia dudosa.
Otros temas laborales: — Hostilidad — Incumplimiento de normas laborales — Pago de remuneraciones y beneficios económicos	Podía ser procedente	Improcedente	El proceso laboral ordinario es la vía competente.
Reposición: trabajador del Estado	Procedente	Improcedente	La vía contencioso-administrativa es la pertinente e igualmente satisfactoria.
Otros temas de laboral público	Podía ser procedente.	Improcedente	La vía contencioso administrativa es la vía pertinente e igualmente satisfactoria.
		Procedente	Para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea la discriminación, libertad sindical, maternidad y discapacidad, o requieran de urgente protección.

Ciertamente, los criterios del TC se han ido perfilando en el tiempo y el TC ha venido delimitando el marco de procedencia de las acciones de amparo así como justificando sus resoluciones con mayor sustento, de tal manera que, a la fecha, el proceso de amparización en la tutela de derechos laborales se ha limitado (con mucha mayor incidencia en el sector público laboral). Y, en este proceso, no se puede negar los efectos que han tenido las resoluciones del TC en las relaciones de trabajo (hasta se ha hablado de una «recomposición» de las

relaciones laborales³³⁵), la calidad académica de las resoluciones del TC así como la predisposición del TC para precisar o delimitar sus resoluciones cuando no ha tenido un sustento adecuado, y con lo cual se ha constituido en un referente ineludible en la resolución de conflictos —con carácter técnico, vinculante y persuasivo— de nuestro país.

Desde la perspectiva descrita, los criterios del TC, canalizados a través de una acción de amparo, constituyen una vía que pueden utilizar los trabajadores de las organizaciones de tendencia cuando se afectan sus derechos constitucionales por actuaciones no razonables de tales organizaciones.

³³⁵ Así, se ha indicado que «El Tribunal Constitucional está consiguiendo —progresivamente, caso a caso, en un proceso que no puede considerarse todavía concluido— llevar a cabo una auténtica «recomposición» desde bases constitucionales del régimen jurídico de las relaciones de trabajo vigente en el Perú». SANGUINETI, Wilfredo. «Derecho constitucional del trabajo». Op. Cit., p. 43.

CONCLUSIONES

1. La evolución constitucional peruana muestra un tratamiento radical sobre los derechos fundamentales de los trabajadores. Inicialmente, en las Constituciones del S. XIX, el trabajo era una de las formas para adquirir la ciudadanía, mientras que por otro lado era el síntoma de la explotación en las relaciones de esclavitud y servidumbre.

Posteriormente, las Constituciones del S. XX han reconocido expresamente derechos laborales, y más todavía, desde la Constitución de 1933 hasta la actual Constitución, se reconoce la vigencia y exigibilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de la relación laboral.

De allí que pueda inferirse una constitucionalización de los derechos laborales —incorporación de derechos específicos laborales en el texto constitucional— pero también una laboralización de los derechos constitucionales —exigencia de los derechos inespecíficos en la relación laboral—. Y, en este proceso, el Tribunal Constitucional ha tenido un papel relevante en el reconocimiento de la vigencia de los derechos inespecíficos fundamentales dentro de la relación laboral, así como los derechos específicos también —especialmente aquellos que se relacionan con la extinción del contrato de trabajo—.

2. Los empleadores ideológicos o de tendencia tienen por objeto el sostenimiento y la difusión de un determinado ideario —las congregaciones religiosas, los partidos políticos, los sindicatos, los centros educativos, etc.— y, por esta razón, se caracterizan por una plena identificación entre las convicciones, creencias, opiniones o pensamientos de las personas que se comportan como empleadores y las actividades del propio centro de trabajo.

Los derechos fundamentales son los que otorgan el fundamento y soporte necesario para la constitución de las organizaciones de tendencia. De un lado, tenemos la libertad de empresa así como el derecho de asociación y de propiedad, que actúan como instrumentos o herramientas que posibilitan la conformación de una organización de tendencia. A ello, tenemos el plano específico de cada organización de tendencia que cuenta con el respectivo instrumento según su identidad ideológica. Así, por ejemplo, para los partidos políticos, el artículo 35 de la Constitución de 1993 señala que los ciudadanos pueden ejercer individual o colectivamente —a través de partidos, movimientos o alianzas— sus derechos políticos. Lo mismo ocurre con los sindicatos, las organizaciones religiosas o los medios de comunicación.

En definitiva, más que la libertad de empresa o el derecho de propiedad, es el ideario de la organización de tendencia que entra en conflicto con los derechos inespecíficos de los trabajadores de esta organización. De este modo, se puede apreciar que, cuando una profesora varía su religión en un colegio religioso, sus nuevas convicciones religiosas podrían entrar en conflicto con el ideario del indicado colegio.

Entonces, es el carácter ideológico de estos empleadores lo que motiva los conflictos con los derechos fundamentales ideológicos de los trabajadores que laboran en tales centros de trabajo. En el plano concreto de la libertad de organización del empleador ideológico —libertad institucionalizada— y la libertad del trabajador de tendencia —libertad particular—, el equilibrio podría importar una restricción de las libertades de los trabajadores de tendencia atendiendo a la finalidad —y existencia— de los empleadores ideológicos.

3. Los trabajadores tienen derecho a ejercer sus derechos fundamentales dentro de la relación laboral. El sometimiento al poder de dirección del empleador no supone una restricción al ejercicio de derechos fundamentales, prerrogativa que está reconocida expresamente en el artículo 23 de la Constitución de 1993, así como el propio esquema constitucional (vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, reconocimiento de un estado social de derecho, valoración de la dignidad y los derechos de la persona dentro de la Constitución, etc.).

Sin embargo, en los empleadores ideológicos o de tendencia resulta necesario implementar ciertas modulaciones respecto de la irrestricta vigencia general de los derechos fundamentales de los trabajadores en los centros de trabajo. En tanto que la carga ideológica es relevante en estas organizaciones, es posible que, en aras de preservar el ideario de la organización, los trabajadores no puedan ejercer ciertos derechos fundamentales inespecíficos (religión, opinión, expresión, intimidad, etc.) y que las instituciones laborales, como los principios de irrenunciabilidad y

de igualdad, merezcan modulaciones en cuanto a su exigencia frente a la orientación ideológica del centro de trabajo.

4. No todos los trabajadores deberían encontrarse dentro de la organización ideológica del empleador. Solamente los trabajadores que deben expresar la ideología del empleador o deben realizar actividades de sostenimiento, promoción y/o defensa de la ideología son los que ocupan puestos de tendencia (como ocurre con el profesor de religión en un colegio religioso o el editor de la sección política de un medio de comunicación). Los demás trabajadores realizan labores «neutras» que no se relacionan con el ideario de la organización (como son las personas que laboran en las áreas administrativas de soporte o actividades complementarias como limpieza y vigilancia) y, como máximo, podríamos señalar que se delimitaría la libertad de expresión de estos en la medida en que no deberían públicamente mostrar su oposición contra el ideario del centro de trabajo.

Ciertamente, las restricciones, aplicando la teoría general sobre derechos fundamentales, deben ser estrictamente relacionadas con lo que resulte indispensable para que el trabajador pueda desarrollar su «prestación ideológica».

5. Para el conflicto de derechos fundamentales de los trabajadores de tendencia y los de la respectiva organización, se les debería aplicar la teoría general pero con las peculiaridades que genera la prestación de servicios. No existen normas ni ejecutorias nacionales que permitan elaborar una teoría sobre la ponderación de los bienes constitucionales en conflicto para resolver los específicos conflictos ideológicos en las organizaciones de tendencia.

Los derechos que frecuentemente se encuentran en conflicto son la irrenunciabilidad de derechos, el principio de no discriminación, la libertad de expresión y la intimidad. Mientras que en un empleador ordinario o no ideológico, el ejercicio de estos derechos es indiscutible —con las naturales limitaciones en caso de conflicto—, tratándose de un empleador ideológico estos derechos pueden ser «modalizados» o «adecuados» al ideario de dicho empleador, e inclusive hasta limitados en cuanto a su ejercicio.

De las variadas teorías que existen en relación con las técnicas o los procedimientos para encontrar una solución al conflicto de derechos fundamentales, o si se quiere de los aparentes conflictos o de la colisión entre las pretensiones de las partes involucradas en un proceso (las denominaciones varían entre aquellas posturas que aceptan la existencia de conflictos de derechos fundamentales y las que aluden a la dignidad humana como un elemento que impide la existencia de conflictos entre derechos fundamentales pues no puede haber derechos contradictorios entre sí en un sistema constitucional), nosotros nos inclinamos por aquella que se sustenta en la búsqueda del equilibrio o ponderación de derechos

fundamentales, en tanto los derechos fundamentales interactúan mediante relaciones de complementariedad y coordinación.

En esta línea, ponderar importa buscar la mejor decisión cuando el conflicto de derechos fundamentales muestra una concurrencia de razones justificadas del mismo valor (los derechos fundamentales de los trabajadores y de los empleadores ideológicos), apreciando la solución que resulte más razonable o más proporcional posible a cada caso concreto (en este último caso, se deberían aplicar los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad misma).

6. Las vicisitudes de la ideología de las partes laborales motiva una serie de supuestos que pueden consistir en la renuncia del trabajador, la adecuación a la nueva ideología o el traslado a otro puesto de trabajo, la configuración de un acto de hostilidad, y la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida o falta grave del trabajador. En todos estos supuestos la configuración del ideario del empleador y la posición ideológica que desempeña el trabajador en la organización de tendencia, así como las manifestaciones de las partes laborales frente a las variaciones que ocurran, son los elementos que se deben tener en consideración.

En nuestro ordenamiento no existen normas expresas que regulen las vicisitudes de la relación laboral que se originan en una variación ideológica de una de las partes. Ante ello, solamente resta aplicar las normas generales, con las adecuaciones posibles al tipo de prestación ideológica (apreciándose de quien partió el cambio, la posibilidad de una acomodación razonable previa, la buena fe laboral, entre otros criterios).

Ante el término de la relación laboral, una vía que puede utilizarse, cuando se trata de una discriminación en tanto que no se relaciona con la variación ideológica producida o, cuando estamos ante un caso de despido sin expresión de causa de acuerdo con los criterios del Tribunal Constitucional, es la acción de amparo. A diferencia de la vía ordinaria —donde en solo siete casos existe la posibilidad de una reposición, incluyendo los casos de discriminación—, por la acción de amparo se podría obtener la reposición al centro de trabajo.

7. Estamos ante un tema no regulado ni tratado adecuadamente en nuestro sistema. Ni el empleador ideológico o de tendencia ni los derechos fundamentales de los trabajadores en este tipo de organizaciones han merecido la atención de nuestra doctrina. Por ello, mucho de lo expresado en este libro son hipótesis iniciales y temas sugestivos con la finalidad de iniciar estudios y propiciar que se comience a manejar en los diferentes estamentos públicos y privados.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV

- 1981 *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de Trabajadores*. Madrid.
- 1992 *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Madrid: Marcial Pons.
- 1993a *Costos laborales en el Mercosur. Carta de Derechos Fundamentales*. Montevideo: FCU.
- 1993b *Ley de relaciones colectivas de trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.
- 1994 *II Jornadas sobre la Comunidad Europea*. U. De Sevilla.
- 1995 *Reforma de la legislación laboral* (Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso García). Madrid: AEDTSS.
- 2000 *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte Años Después*. Madrid: Revista Española de Derecho del trabajo.

ABAD YUPANQUI, Samuel

- 1990 «La acción de amparo y vías paralelas». En: *Lecturas sobre temas constitucionales*, N°. 4. CAJ. Lima.
- 1992 «Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar». En: *Revista Thémis* N°. 21. Lima, pp. 7 y ss.
- 1996 «Hábeas corpus y amparo contra actos de particulares: una posible defensa de los derechos humanos de las mujeres». En *Revista Ius Et Veritas*, N°. 12. Lima, pp. 125 y ss.
- 1997 «El proceso constitucional de amparo: aproximaciones desde la teoría general del proceso». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal I*. Lima, Estudio Monroy Abogados, pp. 249 y ss.
- 2004 *El Proceso Constitucional de Amparo*. 1ra. Edición. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón

- 1990 «La vigencia del principio pro operario». En: AA. VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*. Madrid: MTSS.

- ALEXY, Robert
1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.
- ALONSO GARCÍA, Enrique
1984 *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC.
- ALONSO OLEA, Manuel
1965 «Sobre el poder de dirección del empresario». En: *Revista de Política y Social* N°. 65. Madrid.
1990 *Las fuentes del Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas.
- ALONSO OLEA, Manuel y María CASAS BAAMONDE
1991 *Derecho del Trabajo*. Madrid: U.C.M.
- ALONSO OLEA, Manuel y César MIÑAMBRES
1989 *Derecho procesal del trabajo*. Madrid: Civitas.
- APARICIO, Joaquín
1980 «Relación de Trabajo y Libertad de Pensamiento en las Empresas Ideológicas». En: AA.VV. *Lecciones de derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*. Madrid: UCM.
- APARICIO, Joaquín y Antonio BAYLOS
1992 *Autoridad y democracia de la empresa*. Madrid: Ed. Trotta.
- ARCE, Elmer.
1999 *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2004 «Los supuestos de reposición en el despido individual (la tipología del Tribunal Constitucional)». En AA.VV. *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*. Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.
- BADIOLA, Ana
2003 *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- BALLESTER, Inmaculada
2005 «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral». En: *Revista Tribuna Social* N°. 169. CISS. Valencia, Enero.
- BASADRE, Jorge
1983 *Historia de la República del Perú*. Lima: Ed. Universitaria.
- BAYLOS GRAU, Antonio y otros
1980 «En torno al Estatuto de Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador». En: *Lecciones de derecho del trabajo* (Libro Homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo). Madrid.
1991 *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta.
1995 *Instituciones de derecho procesal laboral*. Madrid: Trotta.

- BERLIN Isaiah
1974 *Libertad y necesidad en la historia*. Madrid: Revista de Occidente.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique
1996 *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS Editores.
- BILBAO UBILLÚS, Juan
1997 *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: BOE. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo
1984 *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos
1991 *El derecho de estabilidad en el trabajo*. Lima: ADET-ATC.
1993 «Estado social, Constitución y derechos fundamentales». En: AA.VV. *Constitución, trabajo y Seguridad Social*. Lima: ADET-ATC.
1994 «El trabajo y los derechos laborales en la Constitución actual y futura». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, enero.
2003 «Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En: *Diálogo con la jurisprudencia* N°. 49. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, octubre.
2004 «El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional». En: AA.VV. *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Academia de la Magistratura.
2006 *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Segunda Edición. Lima: Ed. ARA.
2007 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, César LANDA y Marcial RUBIO CORREA
1992 *Derecho Constitucional general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BLASCO, Ángel
1995 *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- BOBBIO, Norberto
1993 *Libertad e igualdad*. Barcelona: Ed. Paidós.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén (director)
1994 «La reforma del Estatuto de los trabajadores». Tomos I y II. En *Revista de Derecho Privado*. Madrid.
1999 «Trabajo y libertades públicas». En *Revista La ley-Actualidad*. Madrid.
- BOZA PRO, Guillermo
1994 «Los principios del Derecho de Trabajo en la nueva Constitución». En: *Revista Asesoría Laboral* N°. 37. Lima.

- BURGO A, Ignacio
1986 *El juicio de amparo*. México D.F.: Ed. Porrúa.
- BUSTAMANTE, Reynaldo
2004 *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Edit.
- CABEZA, Jaime, José LOUSADA y Matías MOVILLA (coordinadores)
2002 *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. Granada: Ed. Comares.
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier
1994 *Contrato de trabajo y libertad ideológica*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- CANESSA, Miguel
1994 «Los convenios de la OIT y la nueva Constitución peruana». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, enero.
- CARRILLO, Martín
1993 «Los derechos laborales en las constituciones hispanoamericanas: bases para un estudio comparado». En: AA.VV. CARRILLO CALLE, Martín (director). *Constitución, trabajo y seguridad social. Estudio comparado en veinte constituciones hispanoamericanas*. Lima: ADEC-ATC.
2001 «La flexibilización del contenido laboral de la Constitución». En AA.VV. FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- CASAS BAAMONDE, M.E.
2004a «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo?». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 11. Madrid, junio.
2004b «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 12. Madrid.
- CASTILLO, Luis
2003 *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Piura: UDEP-ARA Ed.
2004 *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Piura: UDEP-ARA Ed.
2005 «Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo». En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia* N°. 89. Lima.
2006 «Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información». En: *Revista Actualidad Jurídica* N°. 152. Lima, julio.
- CASTIÑEIRA, Jaime (coordinador)
1997 *Presente y futuro de la regulación del despido*. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- CHIPOCO, Carlos
1981 *La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú*. Tesis de bachillerato. Lima: PUCP.

- CONDE MARÍN, Emilia
2007 *La buena fe en el contrato de trabajo*. Madrid: Ed. La Ley.
- CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO
1997 *Exposiciones y ponencias*. Lima: SPDTSS.
- CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos
1995 *El Derecho del Trabajo en las Constituciones del S. XIX*. Monografía presentada en el curso de Teoría del Estado: S.XIX y XX de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP. Lima.
2000 «Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador». En: *Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú*. OIT.
2004 «Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional». En: AA.VV. *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Lima: Academia de la Magistratura. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús y Fernando VALDÉS DAL-RÉ
1991 *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*. Madrid.
- CRUZ VILLALÓN, Manuel y Joaquín GARCÍA-PERROTE
1983 «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-82)». En: *Revista de Política Social* N°. 137. Madrid.
- CUADRA-SALCEDO, Tomás y E. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
1981 *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Ed. Civitas.
- DANÓS, Jorge y Martha SOUZA
1987 «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general». En: AA.VV. *La Constitución peruana de 1979*. Lima: Ed. Cusco.
- DAUBLER, Wolfgang
1994 *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- DE BUEN, Néstor
1991 *Derecho del Trabajo*. México D. F.: Ed. Porrúa.
- DE LA CUEVA, Mario
1970 *Derecho Mexicano del Trabajo*. T.II. México D.F.: Ed. Porrúa.
- DE LA RIVA, Amalia
2004 «Protección de los derechos humanos fundamentales inespecíficos». En: *XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Montevideo: FCU.
- DE LA VILLA, Luis
1991 *Instituciones del Derecho del Trabajo*. Madrid.
- DE LA VILLA, Luis y otros
1970 «El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales». En: *Revista de Política Social*. N°. 70. Madrid.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

1996 *La idea de derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DEL REY, Salvador

1995 «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 03, Madrid.

1994 *La libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*. Madrid: Ed. Civitas.

DESDENTADO, Elena

2006 *La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales*. Ed. Lex Nova. Valladolid.

DOLORES, María

1992 *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Madrid.

DOMINGO, Tomás de

2001 *¿Conflictos entre derechos fundamentales?* Madrid: CEPC.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2004 *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*. Lima: Palestra Editores.

2002 *Estudios constitucionales*. Lima: ARA Ed.

1992 «¿Tienen todos los derechos humanos igual jerarquía?». En: *Revista Ius Et Veritas*, N°. 4. Lima.

ERMIDA URIARTE, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

1991 *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADET-ATC.

ERMIDA URIARTE, Oscar, Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS y Juan Carlos CORTÉS CARCELÉN

1990 *Derecho Colectivo de Trabajo*. Materiales de Enseñanza. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy

2004 «El Código Procesal Constitucional Peruano y la procedencia o improcedencia del amparo: Sus alcances y los retos que plantea el nuevo escenario previsto». En: *Revista Jurídica del Perú* N°. 54. Lima: Ed. Normas Legales, pp. 59 y ss.

FERNÁNDEZ, Roberto y otros

2007 *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*. Sevilla: CES.

FERNÁNDEZ, María y Javier CALVO

2001 «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones religiosas». En: *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Núm. 59, pp. 125 y ss.

FERNÁNDEZ, María Fernanda

1985 «Libertad ideológica y prestación de servicios». En: *Revista relaciones Laborales* N°. 7.

1991 *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO

1990 «La jurisdicción constitucional en la actualidad». En: *Separata de la Revista Ius Et Praxis*, N°. 16. Lima.

FITA ORTEGA, Fernando

1997 *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

FIX ZAMUDIO, Héctor

1982 *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Ed. Civitas.

1988 *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*. México D. F.: UDAL.

FREIXES SANJUAN, Teresa

1986 *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

GALÁN, Carolina

1996 «Relación Laboral y Libertad de Expresión (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1995, de 10 de enero)». En: *Revista Relaciones Laborales*. N°. 01.

GALLEGO, Alfredo

1994 *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Madrid: Civitas.

GAMONAL, Sergio

2004 *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*. Montevideo: FCU.

GARCÍA BECEDAS, Gabriel

s/f «Interés colectivo e interés sindical: ¿un lugar para el interés individual?». En: AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Madrid.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1994 «La interpretación constitucional como problema». En: *Pensamiento Constitucional* N°. 01. Lima.

GARCÍA GARCÍA, Clemente

2003 *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia.

GARCÍA GRANADA, Fernando

2004 «El derecho al empleo y el despido arbitrario». En: *Revista Derecho y Sociedad* N°. 19. Lima, PUCP.

GARCÍA NINET, José Ignacio

2005 «De los registros del trabajador y el respeto máximo a la dignidad e intimidad de éste» (I y II). En: *Revista Tribunal Social* Nos. 170 y 171. CISS. Valencia, febrero y marzo.

GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio y Jesús MERCADER UGUINA

2003 «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio». En: AA.VV. (Sempere NAVARRO y R. MARTÍN

- JIMÉNEZ: coordinadores). *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid: MTAS.
- GARCÍA TOMA, VÍCTOR
2006 «La libertad de conciencia y de religión en la Constitución del Perú». En: *Revista del Foro*, Año XCII, N°. 1. Lima, agosto.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO
1986 *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Ed. Civitas.
- GIMENO, Blat
1995 *Relaciones laborales en las empresas ideológicas*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- GORELLI, Hernández
1997 «Libertad de expresión, ideario de la empresa y despido (en torno a la STC 106/1996, de 12 de junio, BOE de 12 de julio)». En: *Revista Actualidad Laboral* N°. 6. Febrero. Ed. La Ley. Madrid.
- GORELLI, Juan
1995 *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Madrid: Ed. Civitas.
1996 *Los supuestos de readmisión en el despido*. Madrid: Ed. Tecnos.
- GORELLI, Juan (coordinador)
2004 *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Madrid: Ed. Tecnos.
- GOULD IV, William
1986 *Nociones de derecho norteamericano del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- GROS ESPIELL, Héctor
1988 *Estudios sobre derechos humanos*. Madrid: Ed. Civitas.
- GRUPO DE LOS MIÉRCOLES
1995 *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del trabajo*. Montevideo: F.C.U.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración
2006 *La libertad de información del trabajador*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- HABERLE, Peter
1997 *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- HERNANDO NIETO, Eduardo
1995 «¿Existen los derechos naturales?». En: *Revista derecho* N°. 49. PUCP. Lima.
- HESSE CONRADO y OTROS
1986 *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- INDACOCHEA, Úrsula
2006 *Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano entre los años 1996-2006*. Tesis de grado para optar por el título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

2008 «¿Razonabilidad, proporcionalidad, o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación». En *Themis* N°. 55. Lima.

JORDANO FRAGA, Jesús

1997 *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons.

KYMLICKA, Will

1996 *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Ed. Paidós.

LAZZARINI, José

1967 *El juicio de amparo*. Buenos Aires: Ed. La Ley.

LANDA ARROYO, César

2002 «Amparo contra Telefónica». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Núm. 49. Lima.

2003 *Teoría del Derecho Constitucional*. Lima: Ed. Palestra.

2006 *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Ed. Palestra.

LIZAMA PORTAL, Luis y José UGARTE CATALDO

1998 *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago de Chile: Ed. Conosur.

LÓPEZ, Manuel

1981 «La protección judicial de los derechos laborales». En: *Revista Política y Social*, N°. 132. Madrid.

LOVATÓN PALACIOS, David

1991 *Protección de la libertad sindical en el Perú*. Lima: IDL.

LOWENSTEIN, Karl

1976 *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ed. Ariel.

LUQUE PARRA, Manuel

1999 *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: Ed. Bosch.

MARCENARO, Ricardo

1995 *El trabajo en la nueva constitución*. Lima: Cuzco S.A.

MARTÍN-RETORDILLO, Lorenzo y Ignacio de OTTO Y PARDO

1992 *Derechos fundamentales y constitución*. Madrid: Ed. Civitas.

MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros

1991 *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ed. Tecnos.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio

2005 *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trujillo: Tabla XIII Ed.

MATEU, María José

2005 «Facultades de control fuera del centro de trabajo: Medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador». En: *Revista Tribuna Social* N°. 169. CISS. Valencia, Enero.

MENDOZA, Mijail

2007 *Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Lima: Ed. Palestra.

MERCADER UGINA, Jesús y Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO

2005 *El recurso de amparo: un enfoque laboral*. Valencia: Ed. Tirant lo Blach.

MESÍA, Carlos

2008 «El contenido esencial de los derechos fundamentales. Significado, teorías y jurisprudencia». En: *Revista Gaceta Constitucional* N°. 02. Lima: Gaceta Jurídica Ed.

MESINAS, Federico y GARCÍA, Álvaro

2007 *Problemas y soluciones laborales. Guía de casos de controversias laborales resueltos por los tribunales*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.

MILL, John Stuart

1981 *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza editorial.

MOLINA, Cristóbal

1991 «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales». En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N°. 3. Madrid.

2000 *Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas*. Granada: Comares.

MOLINA, Cristóbal y S. OLARTE

1999 «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia constitucional». En: *Revista Relaciones Laborales* 1999-II, Madrid. Ed. La Ley.

MONEREO PÉREZ, José Luis

1996 *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas.

MONTOYA, Alfredo (coordinador)

2003 *El trabajo y la Constitución*. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea. Madrid: MTAS.

MONTOYA MELGAR, Alfredo y otros

1984 *Las sentencias laborales del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos.

MORALES, Juan

1995 *El derecho a la vida privada*. Lima: Ed. Grijley.

MORENO, Botella

2003 *La libertad de conciencia del trabajador en las empresas ideológicas confesionales*. Madrid: FUE.

MORGADO, Emilio

1990 «Los derechos humanos y el Derecho del Trabajo». En: *Revista Debate Laboral* N°. 6. San José.

NARANJO, Rafael

2000 *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: CEPC.

- NAVARRO-VALSS, Rafael
 2007 «Las objeciones de conciencia». En: *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. Pamplona: EUNSA.
- NEVES MUJICA, Javier
 1991 «El derecho a la negociación colectiva en la jurisdicción constitucional peruana». En: *Lecturas sobre temas constitucionales* N°. 7. CAJ. Lima.
 1993 *El contenido negocial: la compleja relación entre la ley y el convenio colectivo*. Lima: IDL.
 1995 «La estabilidad laboral en la Constitución de 1993». En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N°. 11. Lima: CAJ.
 2009 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- NEVES, Javier (director)
 1989 *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- NEVES MUJICA, Javier y Guillermo BOZA PRÓ
 1991 *Derecho Laboral. Materiales de enseñanza*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- NIKKEN, Pedro
 1987 *La protección internacional de los derechos humanos*. Madrid: Ed. Civitas.
- NÚÑEZ, Socorro
 1993 «La acción de amparo en materia laboral». En: *Revista Asesoría Laboral*. Lima, noviembre.
- OIT
 1975 *Por un trabajo más humano; el trabajo, condiciones y medio ambiente*. Ginebra.
- OJEDA AVILÉS, Antonio
 2004 *Derecho Sindical*. Madrid: Ed. Tecnos.
- PACHECO, Luz
 2003 «La objeción de conciencia en la jurisprudencia Constitucional». En: *Revista Análisis Laboral*, Lima, octubre.
- PALOMEQUE, Manuel-Carlos
 1980 «La protección constitucional de los derechos laborales». En: AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid.
 1991 «Los derechos laborales en la Constitución española». En: *Cuadernos y Debates*, N°. 28. Madrid.
 2004 *Derecho del trabajo y razón crítica* (Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque). Salamanca: Caja Duero. Universidad de Salamanca.
- PALOMEQUE, Manuel-Carlos y Manuel ÁLVAREZ
 1993 *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ed. Ceura.
- PAREJA PAZ SOLDÁN, José
 1963 *Derecho constitucional peruano*. Lima: Ed. El Sol.

PAREJO, Luciano

1981 «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N°. 3. Madrid.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

1993 «El trabajo en la Constitución». En: *Revista Ius Et Veritas*, N°. 7. Lima.

1997 *Fundamento de Derecho procesal del Trabajo*. Lima: Aele.

PAZ, Sebastián

1999 «Libertad Sindical y Libertad Ideológica». En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* Vol III. Navarra: Ed. Aranzadi.

PECES-BARBA, Gregorio

1991 *Curso de derechos fundamentales* (I). Madrid: Eudema Universidad. UCM.

1996 *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

PEDRAJAS, Abdón

1992 *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Ed. Trotta S.A.

PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO y JAVIER THIBAUT

2008 «El uso laboral del ordenador y la buena fe (A propósito de la STS del 26 de setiembre de 2007, rec. 966/2006)». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 6/2008. Madrid, pp. 51 y ss.

PÉREZ LUÑO, Antonio

1984 *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.

PÉREZ ROYO, Javier

1988 *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid: Ed. Tecnos.

PIZZORUSO, Alessandro

1984 *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo

1978 *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

1986 «El Derecho Laboral y la protección de la intimidad del trabajador». En: *Revista Derecho Laboral* T. XXIX, N°. 144. Montevideo.

1990 «Los derechos humanos y el Derecho del Trabajo». En: *Revista Debate Laboral* N°. 06. San José.

1994 «Los derechos humanos y la OIT». En: *Revista Derecho Laboral* N°. 173, Montevideo.

PRADO, Javier

1996 «El juicio de indispensabilidad: Un avance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral (a propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional)». En: *Revista sobre temas laborales*. N°. 39. Sevilla.

PRIETO SANCHIS, Luis

2002 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Ed. Palestra.

- QUESADA, ROSA
1989 «Tendencias recientes de la Jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido». En: *Revista y monografías sobre temas laborales*. N°. 16. Sevilla.
- QUESADA, ROSA y otros
1994 *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- RAMÍREZ, JUAN y otros
1996 *Curso de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAWLS, JOHN
1995 *El Liberalismo Político*. México D.F.: FCE.
1990 *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós.
- RIERA, CARLOS
1999 *El despido nulo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIVAS, DANIEL
1996 *La subordinación*. Montevideo: FCU.
- RIVAS, ADOLFO
1990 *El juicio de amparo*. Bs.As.: Ed. La Rocca.
- RIVERO, JUAN
1996 «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo». En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N°. 80. Madrid.
- RIVERO LAMAS, JUAN
1986 *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*. Zaragoza: Ed. Universidad de Zaragoza.
- RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE
1996 *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Bs. As.: Ed. Astrea.
2004 *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. Bs.As.: Ed. Astrea.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, FERMÍN y FERNANDO ELORZA (coordinadores)
2001 *Veinte años de Jurisprudencia Laboral y Social del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos.
- ROJAS RIVERO, GLORIA
1991 *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Ed. Trotta.
- RUBIO CORREA, MARCIAL, PEDRO SAGUES, CÉSAR LANDA ARROYO y FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
2008 Mesa Redonda. «Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en Perú: diez años después». En: *Revista Themis* N°. 55. Lima, febrero, pp. 13 y ss.
- RUBIO CORREA, MARCIAL
1993a «El modelo del proyecto constitucional del Congreso Constituyente Democrático». En: *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima*. Año LXXXI. N°. 1. Lima.
1993b *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- 1999 *Estudio de la Constitución de 1993*. Tomos I, II y III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2005 *La interpretación de la Constitución, según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS
1985 *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa Redonda Ed.
- RUBIO DE MEDINA, María Dolores
2003 *El Despido por utilización personal del correo electrónico*. Barcelona: Editorial Bosch.
- RUBIO LLORENTE, Francisco
1995 *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel.
- SAGARDOY, Juan
2005 *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Navarra: Ed. Aranzadi.
- SAGÜES, Néstor Pedro
1988 *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Bs. As.: Astrea.
- SALA FRANCO, Tomás y Ignacio ALBIOL MONTESINOS
1986 *Derecho Sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch
- SANDOVAL, Oswaldo (editor)
1996 *La Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Comisión del Congreso y de la Seguridad Social del Congreso de la República.
- SANGUINETI, Wilfredo
2004 «Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español». En: *Revista Foro Jurídico* N°. 4, Lima.
2007 *Derecho constitucional del trabajo*. Lima.
- SEGALES, Jaime
2000 *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- SERNA, Pedro y Fernando TOLLER
2000 *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Bs.As.: Ed. La Ley.
- SOSA, Juan
2005 «Nota sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales». En: *Revista Actualidad Jurídica*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, enero, N°. 35, p. 146 y ss.
2006 «Técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales». En: *Actualidad Jurídica* N°. 146. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, pp. 135 y ss.
- TERRADILLOS, Eduarne
2004 *El poder disciplinario empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TOYAMA, Jorge
2005 *Instituciones del Derecho Laboral*. 2da. edición. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.

- TOYAMA, Jorge y Claudia IRUJO
 2005 «Correo Electrónico: Entre la facultad de fiscalización, control del empleador y el derecho a la intimidad del trabajador». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°. 83. Lima, agosto.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de
 1996 *La idea de derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando
 2003 «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador». En: *XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. AUDTSS y SIDTSS. Montevideo.
 2008 «La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius Pentium». En: *Revista Relaciones Laborales* N°. 05. Madrid.
- VALDEZ TUDELA, Napoleón
 1958 *Comentarios a la legislación social peruana*. Lima: Imprenta Miranda, p. 269.
- VAN BOVEN, Theodor
 1984 «Criterios distintivos de los derechos humanos». En: AA. VV. *Ensayos sobre derechos humanos*. Barcelona: Serbal.
- VICENTE PACHÉS, Fernando de
 1998 *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: CES.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo
 1989 «Constitución y libertad sindical» En: AA.VV. (director: Javier NEVES). Lima: Editorial Cuzco.
 2007 *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.
- VINATEA RECOBA, Luis
 1993 «El tratamiento de los derechos individuales laborales en el texto aprobado por Comisión de Constitución del CCD». En: *Revista Asesoría Laboral*, Lima, mayo.
- WALZER, Michael
 1993 *Las esferas de la justicia*. México D.F.: FCE.
- WITT, Elder
 s/f *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. Madrid: Gernika.