

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



“El derecho a la ocupación efectiva ¿forma parte del contenido constitucional del trabajo en el ordenamiento laboral peruano? Alcances y mecanismos de protección”

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

AUTOR:

Elmer Noé Huamán Estrada

ASESOR:

César José Gonzales Hunt

Enero, 2020

RESUMEN

La presente investigación aborda el estudio del derecho a la ocupación efectiva en el ordenamiento jurídico laboral peruano y su encuadramiento al más alto nivel jurídico como parte del contenido constitucional del derecho al trabajo. Por ello, en esta investigación, empezaremos examinando como principal objetivo si, efectivamente, el derecho a la ocupación efectiva tiene base constitucional en nuestro ordenamiento a partir de la interpretación que los órganos de impartición de justicia y la doctrina han perfilado sobre este derecho; luego, revisamos las limitaciones que, en la práctica, suelen presentarse con relación a la ocupación efectiva; y, posteriormente, analizamos las vías procedimentales (fiscalización laboral) y procesales (proceso de amparo y proceso laboral) de protección del derecho a la ocupación efectiva.

Este estudio se justifica debido a la trascendencia que reviste reconocer el rango constitucional de un derecho, pues, de poseer dicho rango, la protección y alcances de aquel adquiere un matiz que no ostentan otros derechos de rango legal o infralegal. En tal sentido, hemos analizado las investigaciones propias de otros ordenamientos jurídicos, como el español, en el que el reconocimiento constitucional del derecho a la ocupación efectiva es una cuestión pacíficamente reconocida. Asimismo, hemos escrutado posibles casos en los que este derecho podría verse afectado y, en ese punto, revisamos una posible pauta metodológica para reconocer una afectación como válida o inválida. Finalmente, el resultado de nuestra investigación es reconocer que el derecho a la ocupación efectiva forma parte de la normativa constitucional en nuestro país y, en tal sentido, merece el mayor nivel de protección jurídica y, a su vez, mantiene eficacia hacia los particulares y el poder público.

ÍNDICE

RESUMEN.....	ii
ÍNDICE	iii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA Y LA DETERMINACIÓN DE SU RANGO CONSTITUCIONAL	3
1. Contenido constitucional de los derechos fundamentales	3
1.1. Importancia de los derechos fundamentales en el escenario jurídico actual	3
1.2. El contenido constitucional de los derechos fundamentales	6
1.3. Pautas para determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental	13
2. Contenido constitucional del derecho al trabajo. Delimitación actual	15
2.1. El derecho al trabajo en las normas internacionales.....	16
2.2. Delimitación del contenido constitucional del derecho al trabajo por parte del TC peruano.....	18
2.3. Delimitación por parte de la doctrina nacional del contenido constitucional del derecho al trabajo.....	21
3. La ocupación efectiva: derecho y deber	24
4. El derecho a la ocupación efectiva ¿forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo?.....	27
4.1. Posición de la doctrina sobre el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva.....	27
4.2. Posición de la jurisprudencia sobre el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva.....	28
4.3. El derecho a la ocupación efectiva como efectivización de la dignidad humana	29
4.4. El derecho a la ocupación efectiva como contenido implícito de un derecho constitucional preexistente	30
5. Relación del derecho a la ocupación efectiva con el <i>ius variandi</i> del empleador	32
6. Conexión del derecho a la ocupación efectiva con otros derechos fundamentales	35
7. Trascendencia de reconocer el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva.....	36
CAPÍTULO II: LIMITACIONES AL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA.....	38
1. Limitaciones administrativas	38

1.1. Paralización de labores ordenado por la Inspección Laboral ante incumplimientos en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo	39
1.2. Cierre temporal por incumplimientos tributarios.....	43
1.3. Otros cierres administrativos regulados en normativas especiales	44
2. Limitaciones empresariales	46
2.1. Suspensión perfecta de labores por causa fortuita o fuerza mayor	46
2.2. Suspensión de labores por cursado de carta de preaviso de despido por la comisión de falta grave	47
2.3. Suspensión de labores impuesta por el empleador o acordada entre las partes	49
CAPÍTULO III: VÍAS PROCESALES Y PROCEDIMENTALES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA.....	51
1. Proceso de amparo.....	51
1.1. Que se afecte el contenido constitucional del derecho fundamental	51
1.2. Que la agresión del derecho a la ocupación efectiva sea manifiesta	52
1.3. Que no exista una vía ordinaria igualmente satisfactoria que el proceso de amparo	54
2. Proceso laboral.....	58
3. Procedimiento de fiscalización laboral	59
3.1. La fiscalización laboral como mecanismo de protección de los derechos fundamentales laborales.....	60
3.2. Carácter de subsanable de la infracción por vulneración del derecho a la ocupación efectiva.....	62
3.3. Suspensión de la fiscalización laboral en caso exista un proceso judicial en trámite.....	64
CONCLUSIONES	66
BIBLIOGRAFÍA.....	68
NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL	74
JURISPRUDENCIA.....	76

INTRODUCCIÓN

En la asesoría jurídico-laboral es común encontrarse situaciones en las que se consulta si a un trabajador puede, de manera válida y sin incurrir en contingencia alguna, otorgársele una licencia con goce de haber, lo cual, aparentemente, no implicaría ninguna afectación ya que el trabajador, pese a que no va a prestar sus servicios, sí va a continuar recibiendo una remuneración.

Aunque desde un plano teórico parezca esta situación que indicamos poco probable de presentarse (¿qué empleador le pagaría un sueldo a un trabajador que no labora?), la realidad nos ha mostrado que se llega a cuestionar la viabilidad de esta licencia en ejemplos como los siguientes:

- Un trabajador que fue despedido es repuesto en un juicio laboral. Pero, al momento de ser repuesto, no existe el puesto laboral que el trabajador mantenía antes de su cese, o si existe lo asume en la actualidad otro trabajador. Entonces, es complicado reponer al trabajador a su mismo puesto de labores, por lo que se analiza la posibilidad de darle una licencia con goce de haber mientras se encuentra o crea un puesto para él.
- Un trabajador mantiene una incapacidad para trabajar luego del plazo máximo que la ley contemplada como período subsidiable (11 meses 10 días) pero ninguna autoridad competente declara su invalidez permanente (que permitiría que el empleador cese válidamente al trabajador) ni la AFP ni la ONP le reconocen el derecho a una pensión. No obstante, el empleador no puede mantenerlo en el limbo así que le otorga una licencia con goce de haber.
- La empresa atraviesa una crisis económica y no mantiene producción, pero, ante la complicación que implica solicitar una suspensión justificada de labores ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, decide darle licencia con goce de haber a ciertos trabajadores ya que le resulta menos oneroso que tenerlos en la empresa sin efectuar labor alguna.

En situaciones como estas, hay un hecho transversal que es el siguiente: el empleador no va a asignarles trabajo efectivo a sus trabajadores, pero sí va a pagarles su remuneración. Parecería, entonces, que el contrato de trabajo sería respetado ya que,

finalmente, el empleador cumpliría su obligación de pagar la remuneración pese a que el empleador no cumpla con prestar sus servicios.

Consideramos que este análisis es insuficiente e ignora que, como parte de las obligaciones que asume el empleador, existe una que consiste en brindarles trabajo efectivo a sus trabajadores, es decir, utilizar de manera real la fuerza de trabajo que ponen los trabajadores a su disposición.

Este deber del empleador tiene su contraparte en el derecho que tiene el trabajador a que se le asigne trabajo efectivo, lo cual es denominado derecho a la ocupación efectiva y es, precisamente, el objeto de estudio de la presente investigación, que hemos estructurado de la siguiente manera.

En el primer capítulo, se analizará la importancia de los derechos fundamentales y su contenido constitucional, para, luego, proceder a determinar el contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo a fin de revisar si, como parte del mismo, puede insertarse al derecho a la ocupación efectiva.

En el segundo capítulo, se analizarán las limitaciones que, en la práctica, suelen presentarse con relación a la ocupación efectiva. Específicamente, se analizarán las limitaciones que provienen de la Administración Pública en situaciones en las que el empleador incumple con normativa administrativa y se ordena el cierre o suspensión de labores de la empresa, con lo que también se suspenderían las labores de sus trabajadores; no obstante, consideramos que esa suspensión no debe, en ningún caso, afectar el derecho a la remuneración de los trabajadores. También se analizan las limitaciones que provienen de la decisión del empleador, que pueden o no contar con el asentimiento del trabajador, pero que siempre deberán cumplir con una serie de requisitos que detallamos en la parte final de este capítulo.

En el tercer y último capítulo, se analizan las vías procedimentales (fiscalización laboral) y procesales (proceso de amparo y proceso laboral) de protección del derecho a la ocupación efectiva, incidiendo en cuestiones especiales que, en cada de una de estas vías, se presentan y que requieren ser analizadas por todo operador jurídico antes de acudir a ellas.

CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA Y LA DETERMINACIÓN DE SU RANGO CONSTITUCIONAL

En nuestro país, de la gama de derechos que ostenta el trabajador dependiente en una relación laboral, el derecho a la ocupación efectiva, si bien encuentra reconocimiento jurídico en una normativa sectorial¹ y forma parte del contenido del Proyecto de Ley General de Trabajo², no ha sido objeto de mayor análisis por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia; lo que ha llevado a que las partes de la relación laboral desconozcan sus alcances y, en la práctica, se presenten ciertas desavenencias al momento de determinar qué prácticas empresariales pueden lesionar este derecho y cuáles resultan plenamente válidas.

Precisamente, esta deficiencia de aportes en relación con el análisis del derecho a la ocupación efectiva, nos lleva a plantearnos interrogantes como las siguientes: ¿tiene reconocimiento normativo este derecho a pesar de no encontrarse regulado de manera expresa en nuestra normativa laboral? Y si lo tiene ¿cuál es el rango normativo de este derecho? ¿Constitucional, legal, reglamentario?

Pues bien, en este primer capítulo de nuestra investigación, buscaremos determinar el rango normativo del derecho a la ocupación efectiva, cuestión que resulta esencial pues de ello dependerá el alcance que tenga este derecho y el grado de vinculatoriedad que implica para el Poder Público y particulares.

1. Contenido constitucional de los derechos fundamentales

1.1. Importancia de los derechos fundamentales en el escenario jurídico actual

En nuestro ordenamiento jurídico, en la actualidad, existe una adscripción al modelo constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho³. Una de las particularidades de este patrón es que tanto los particulares como el Poder Público están sometidos en su proceder al respeto de los derechos fundamentales. Así, "(l)os

¹ Ver el artículo 7 literal d) de la Ley N° 26566, Ley del futbolista profesional.

² Ver los artículos 37 numeral 1 y 50 numeral 1 del Proyecto de la Ley General de Trabajo.

³ Sobre el modelo de Estado Social en la Constitución de 1993, ver BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011, pp. 122-136.

derechos fundamentales son una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental” (Bernal, 2015, pág. 1571).

En el mismo sentido, se ha asegurado que los derechos fundamentales son “la constitucionalización de una sucesión de exigencias de justicia que, expresadas como bienes humanos, son correspondidos a la persona por ser tal” (Castillo, 2010, pág. 93). De esta manera, “(a)l recogerse en la Constitución, el derecho lleva consigo como resulta obvio su esencia, la cual conforma el contenido esencial del derecho fundamental” (Castillo, 2010, pág. 102).

Sostiene la doctrina, en efecto, que “(l)os derechos fundamentales son los derechos esenciales que se han cimentado y robustecido dentro de un ordenamiento constitucional y que están conformados por las libertades, que, además de ser derechos subjetivos que protegen la dignidad de la persona humana, son derechos objetivos que dan solidez a la sociedad y el Estado” (Ortecho, 2006, págs. 25,26).

Debemos precisar que la Constitución, en el patrón de Estado Social y Democrático de Derecho, “deja de concebirse como una mera realidad retórica para pasar a formularse como una realidad normativa y, por lo tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder político y los particulares” (Castillo , 2008, pág. 92). El texto constitucional, entonces, como norma en la cúspide de la jerarquía normativa⁴, “marca la pauta de la posición y eficacia del resto de las fuentes del Derecho” (Cruz , 2008, pág. 61)⁵.

⁴ En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona al resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales. Por ello que la Constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido, de manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ver: STC Exp. N. ° 0014-2003-AI/TC.

⁵ Prieto Sanchiz ha señalado que el neconstitucionalismo alude a una nueva cultura jurídica que se desarrolla dentro del Estado Constitucional del Derecho y cuyos rasgos esenciales son: a) el reconocimiento de la plena fuerza normativa de la Constitución; b) la rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto de un denso contenido material de principios y derechos fundamentales que no solo regulan quién manda y cómo se manda (normas de competencia y procedimiento) sino también en buena medida qué puede mandarse y no mandarse (normas sustantivas); c) la garantía judicial de la Constitución a través de la justicia ordinaria y constitucional; y d) la rigidez constitucional. En PRIETO SANCHIZ, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid 2003, p. 101.

Una consecuencia de lo anterior, sino la más importante, es que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución vinculan al poder político (eficacia vertical) y a los particulares (eficacia horizontal)⁶. En tal sentido, deriva hoy un lugar habitual, en el pensamiento jurídico (y político) más solvente, que la Constitución es medida jurídica soberana, jurisdiccionalmente ajustable, que responde la restricción del Poder para consolidar que éste, en cuanto procede del pueblo, no se imponga implacablemente sobre la condición libre de los ciudadanos propios. Es decir, la Constitución es la juridificación de la democracia, que debe ser captada así (Aragón , 1998, págs. 163-169).

Pero no solo se exige al Poder Público y a los particulares, en este modelo, una actitud abstencionista (de no lesionar los derechos fundamentales), sino que, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional “(...) el Estado Social y Democrático de Derecho promueva (...) la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus objetivos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal (...) (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

Ahora bien, para determinar el nivel de respeto y promoción que debe exigirse al Poder Público y a los particulares en relación a los derechos fundamentales, es necesario, previamente, determinar cuál es el contenido de dichos derechos; esto es, su “contenido constitucional”, el cual no puede ser desconocido ni por el poder político ni por los particulares.

En efecto, las dificultades que envuelven a los derechos fundamentales se solucionan tomando en cuenta que entre cada uno de ellos representa un espacio jurídico definitivo, o sea, que cada uno de ellos cuenta con un contenido constitucional que es necesariamente el que autoriza a su titular a realizar una serie de acciones y, además, es el que debe ser defendido mediante los procesos constitucionales. Asimismo, la principal y primera labor con la que se encuentra quien toma la solución de estos

⁶ Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, además de contener amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos. CARBONELL SANCHEZ, Miguel. *El canon neoconstitucional*. Primera Edición Bogotá 2010, Universidad Externado de Colombia, p. 161-162

inconvenientes es el de establecer el contenido constitucional de los derechos fundamentales (Castillo , 2004, págs. 9-14); precisamente, a continuación, procederemos a definir qué es el contenido constitucional de un derecho fundamental, pauta fundamental para definir los alcances de un derecho de este rango.

1.2. El contenido constitucional de los derechos fundamentales

Sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales, resulta necesario revisar qué han establecido normas constitucionales que han influido en la normativa nacional. Por ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949) establecía lo siguiente:

1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (art.19).
2. “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (art.19).

En España, la Constitución de (1978) indicaba que:

1. “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)” (art. 53).

En la sentencia 11/2981, el Tribunal Constitucional Español se refirió al contenido constitucional de los derechos fundamentales precisando lo siguiente:

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas. (...) se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y

efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Sentencia Constitucional, 1981).

El Tribunal Constitucional peruano (TC), en un mismo sentido, ha precisado que:

[E]n efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

De lo indicado en las normas constitucionales y en pronunciamientos de tribunales constitucionales como el peruano, podemos advertir que el reconocimiento del contenido constitucional de un derecho fundamental es una pauta trascendental al momento de definir sus alcances, cuestión necesaria para determinar en qué casos existiría una lesión iusfundamental.

1.2.1. Teorías sobre el contenido esencial de los derechos

Acerca del contenido constitucional de los derechos fundamentales existen dos teorías sostenidas por la mayor parte de la doctrina: la teoría absoluta y la teoría relativa.

a) Teoría absoluta

La teoría absoluta de los derechos fundamentales asevera que el derecho fundamental tiene dos secciones. Una sección periférica y otra nuclear. La parte nuclear sería la parte principal del derecho que no permite ser ni sacrificada, ni restringida, ni limitada, porque de serlo así deduciría la violación del derecho mismo. Esa parte es arbitraria para los receptores de los derechos fundamentales que, como se conoce, lo es tanto los particulares como el poder público. Así, ni el Juez, ni el Gobierno, ni el particular y ni el Legislador pueden restringir la parte fundamental del derecho, la cual podrá ser inmolada, condicionada y delimitada en todo caso cuando sea necesario para salvaguardar otro bien jurídico constitucional o derecho elemental (Castillo, 2010, pág. 99).

Esta teoría apunta a la explicación del contenido principal de los derechos desde la frase normativa que comprende el derecho. El contenido esencial en la teoría absoluta es una magnitud estable, existiendo un límite que se resiste a toda prueba de limitación. El contenido adyacente de los derechos no es imprescindible, lo que puede deducirse que si esquematizamos el núcleo rígido como un círculo cuya circunferencia conforma la frontera o el término que el legislador no puede pasar nunca, no obstante, el anillo periférico surge como una zona de penetración libre por el legislador, en consecuencia puede afectar en forma independiente dicho aro periférico, casualmente en forma injusta o arbitraria (...) (Nogueira, 2005, págs. 15-64).

Como bien resume Castillo (2010, pág. 100), la teoría absoluta parte de elaborar un concepto de derechos fundamentales que tiene los elementos siguientes: los derechos fundamentales son preceptos de optimización, ya que tienen un contenido propenso a expandirse infinitamente; pero en la medida que no es dable una tranquila convivencia con base en derechos ilimitados, surge la obligación de refrenar la expansión y en tal sentido reducir el contenido amplificado hasta llegar al punto que se haga viable la convivencia humana. Entonces el derecho originalmente daría derecho a todo (sería un derecho *prima facie*), pero su contenido exigible se determinaría luego de haberse limitado sacrificado o lesionado el contenido constitucional de los derechos fundamentales con los que se resistía⁷.

b) Teoría relativa

Sobre esta teoría, Sánchez (2007) menciona que el contenido de los derechos fundamentales no es fijo y predispuesto, sino que es identificable de manera casuística en atención de las situaciones del caso.

Esta teoría sustenta la necesidad de rescatar, en la determinación del contenido fundamental del derecho, la importancia de las otras normas que consideran bienes jurídicos constitucionalmente resguardados. De esta forma, la teoría relativa del contenido fundamental de los derechos, hace que los derechos se determinen en

⁷ En efecto, Alexy señala que los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón V., CEPC, Madrid 2002. p. 86

función a la valoración de los otros bienes jurídicos resguardarlos constitucionalmente (Nogueira, 2005, págs. 15-64).

De acuerdo con la teoría relativa, el contenido fundamental es lo que se determina luego de la ponderación de los derechos en relación con otros bienes constitucionales jurídicos, buscando salvaguardar el derecho en toda su prolongación, por medio de un equilibrio entre los intereses del pueblo y los derechos de los hombres (Nogueira, 2005).

Según Prieto,“(e)l concepto de contenido esencial de los derechos se constituye así, en la teoría relativa, no sólo en un concepto indeterminado, sino más bien en un concepto impredecible” (2000, pág. 439).

c) Críticas a las dos teorías

Como casi todo planteamiento en el ámbito del derecho, las dos teorías analizadas no se encuentran exentas de cuestionamientos a su validez.

Así por ejemplo, Castillo (2002) nos dice que las dos teorías parten del hecho de distinguir en todo derecho fundamental tanto una dimensión propia o subjetiva, como otra institucional u objetiva. La primera de las señaladas teorías plantea que el objeto de amparo de la garantía es solamente su ámbito de libertad o individual, o sea, el derecho subjetivo primordial de cada persona, con las consiguientes capacidades de actuación que ello implique. Por otro lado la teoría objetiva formula como objeto de resguardo solamente la medida institucional u objetiva de los derechos fundamentales, o sea, que no existirá inconstitucionalidad en una acción del Legislador, si ésta deja a salvaguardo el derecho fundamental tomado como institución, aunque presuma la ignorancia total del derecho principal individual.

En ese sentido, concluye este autor que si el contenido constitucional de los derechos fundamentales efectivamente es una garantía, no debería sólo proteger una parte de dicho contenido, sino que debe estar encaminada a la defensa tanto del ámbito objetivo como subjetivo del mismo.

Por ello es que el error primordial que se indica en estas dos teorías, es partir de aceptar que el derecho esencial pueda estar compuesto por un contenido (parcial o total, conforme a que teoría se refiera) que pueda ser idóneo para el legislador,

abriendo la posibilidad de que el derecho esencial pueda ser vaciado de contenido y desnaturalizado puesto, que finalmente, queda su contenido (parcial o total) a disposición del legislador, a quien jamás le carecerá una justificación para limitar derechos fundamentales (...) (Castillo, 2007, págs. 241,242 y 245).

En igual sentido, Cianciardo menciona que las dos teorías no toman en consideración –o, al menos, no valoran suficientemente- la dimensión institucional de los derechos fundamentales. Esto conlleva a la reducción de la función del contenido esencial en aras de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas limitadoras de los derechos fundamentales. De modo que si para la consecución de alguna finalidad constitucional se regula el ejercicio de un derecho fundamental, dicha regulación no puede afectar el contenido esencial de ese derecho. El punto de partida es siempre, por tanto, una relación entre bienes públicos, que constituyan finalidades a perseguir por el legislador, y derechos fundamentales. El contenido esencial no servirá, desde este entendimiento del problema, para un análisis de la relación de los diferentes derechos entre sí (2000, págs. 273-274).

d) La tesis armonizadora

Coincidimos con autores como Serna y Toller o Castillo Córdova en cuanto buscan una postura armonizadora que tome como punto de partida el hecho de que la interpretación de los derechos constitucionales debe fundarse siempre en su armonía y no en su aparente contradicción. En efecto, las teorías armonizadoras afirman que “los criterios de solución a las diferentes controversias que involucren derechos fundamentales, pasan necesariamente por la determinación del contenido jurídico constitucional o esencial de los mismos” (Serna & Toller , 2000, pág. 37).

Castillo defiende con acierto que si la naturaleza es una unidad y los derechos humanos son la traducción jurídica de una sucesión de mandatos de la naturaleza del hombre y su dignidad, entonces no hay manera que aquellos derechos lleguen a ser incompatibles entre sí; en cambio, si tales derechos son evidentemente derechos humanos, la única forma que tienen de subsistir y de ser ejercitados es bajo una afinidad armónica entre ambos. No solo porque así lo admite la naturaleza de la persona humana, sino incluso porque esta así lo requiere para la consecución del pleno desarrollo de la persona humana (2005, págs. 99-119).

En ese escenario, es posible aseverar que los derechos surgen ajustados entre sí y en armonía con los componentes que constituyen el bien de la sociedad política en que viven sus titulares; por ende, si los derechos son el término de la regla de coexistencia entre los sujetos, los problemas entre estos no solo son eludibles sino que, en rigor, son improbables (García O. , 2017).

García (2017) sostiene que si los derechos humanos son realidades fundamentalmente no contrapuestas entre sí, entonces los denominados “conflictos” entre derechos fundamentales no existen, en todo caso, son solamente supuestos. Ningún derecho fundamental que verdaderamente sea tal puede reclamar y por consiguiente legitimar un comportamiento que sea incompatible con el contenido de otro derecho igualmente fundamental. En conclusión, el conflicto no puede suceder entre los derechos fundamentales porque al no poder la naturaleza y dignidad humanas generar exigencias contrapuestas, no logran tener los derechos fundamentales un contenido que los haga contradictorios e incompatibles entre sí.

Por tanto, en la realidad de los casos concretos, los verdaderos conflictos no se dan entre los derechos fundamentales o derechos constitucionales, sino que se verifican a nivel de las pretensiones de las partes que enfrentadas en un litigio, invoca cada una de ellas un derecho fundamental diferente, como basamento o justificación de su pretensión o interés (Castillo, 2005, pág. 112).

Es importante precisar lo que sostiene García (2017, págs. 37-38) cuando afirma que en definitiva, la solución a los conflictos de derechos (que en realidad son conflictos de pretensiones), no pasa por buscar una jerarquización de los mismos, sino que radica en buscar formas de compatibilidad que respeten el contenido esencial de cada uno de los derechos, solucionando del modo más ajustado posible la controversia y evitando que se vea frustrado el ejercicio legítimo de alguno de ellos (como pretenden las posturas conflictivistas).

Por lo tanto, se trata de entender cada derecho desde su contenido esencial, es decir “mirar hacia los límites internos de cada libertad en conflicto, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional” (Serna & Toller , 2000, pág. 42).

Según lo que manifiesta Castillo (2010), el contenido de un derecho fundamental es un contenido constitucional exclusivo y que es calificado de esta manera no para

diferenciarlo de un aparente contenido constitucional no primordial, sino para significar que todo él surge del fundamento del derecho que se trate, esto quiere decir, de aquello por lo que el derecho es el que es y no es un derecho distinto. Por establecer la esencia del derecho, el contenido único y exclusivo no puede ser limitado ni sacrificado, pues sacrificar la esencia de la cosa conjeturará su desaparición; o sea, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental supondría su transgresión.

Este contenido esencial o constitucional del derecho fundamental, que es uno sólo, está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance. Tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano, de modo que el contenido esencial del derecho fundamental estará compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que, se ha de insistir, no sólo es individual, sino también social, y no sólo es material, sino también espiritual (Castillo 2004:149).

Esto obliga a considerar que el contenido constitucional de un derecho fundamental necesariamente es un contenido limitado, no sólo porque la esencia es siempre limitada precisamente porque permitirá la existencia de una determinada cosa, no de todas las cosas o de cualquier cosa; sino también porque no es una esencia ilimitada, sino guiada por una finalidad concreta, de manera que sólo conformará el contenido esencial las atribuciones y facultades encaminadas a la consecución de esa finalidad (Castillo, 2010, págs. 102-103). En base a lo indicado, el tema esencial o constitucional de un derecho fundamental puede ser determinado como un contenido delimitable, ilimitable, único y limitado (Castillo, 2010, pág. 94).

Por ello, es transcendental definir cuál sería el contenido constitucional del derecho al trabajo para determinar si, como parte de dicho contenido⁸, encuentra acogida el derecho a la ocupación efectiva; o, si, por el contrario, este es un nuevo derecho fundamental o en realidad no tiene rango constitucional sino legal o infralegal.

⁸ Esta inserción del derecho a la ocupación efectiva como parte del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo implicaría, tal como lo ha precisado la doctrina constitucional y nuestro TC (STC Exp. 895-2001-AA/TC), reconocer un “nuevo contenido implícito de un derecho fundamental expreso”. Ver sobre esta figura: CASTILLO CORDOVA, Luis. “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”. En: *Gaceta constitucional*, N° 05, Lima, 2008, pp. 31-48.

1.3. Pautas para determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental

Siguiendo a Castillo, debe señalarse que “el contenido constitucional de un derecho fundamental, como no podía ser de otro modo, empieza a definirse desde el mismo texto constitucional” (2005, págs. 31-48), es decir, hay que partir de lo que dispone la Constitución sobre el derecho.

En efecto, de acuerdo con Rodríguez-Armas, hay que fijarse en la norma constitucional, a ver si encontramos en ella las claves necesarias (ya que) al fin y al cabo, la *Norma Normarum* es obra del legislador constituyente, por lo que, desde el punto de vista de su legitimación, nos movemos dentro de ella en el tema de los derechos fundamentales (1996, pág. 46).

Es inevitable asistir a la norma constitucional también porque una libertad pública o un derecho fundamental en un Estado democrático de derecho no pueden tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, menos aún proteger unos intereses en contra o ajenos del texto fundamental; de igual manera porque apoyara a determinar el ámbito del contexto aludido y que es objeto de resguardo por la norma constitucional, para distinguirlo de aquello que no puede considerarse comprendido en el mandato por no pertenecer a lo que particularmente quiere resguardar (Castillo, 2010, pág. 146).

Según Castillo, recurrir al pasaje constitucional para precisar el contenido constitucional de un derecho fundamental, representa, en primer lugar, recurrir a la específica norma que acopia el derecho cuyo contenido se quiere determinar. Así, por ejemplo, si nos corresponde establecer el contenido de la libertad de información, tenemos que observar el numeral 4 del artículo 2 de la Constitución. O si de lo que se trata es de fijar el contenido constitucional del derecho al trabajo, hemos de partir de la revisión de lo que dispone el artículo 22 de esta norma (2005, pág. 146).

Luego de acudir al texto constitucional que recoge el derecho, en segundo lugar, es necesario e inexorable acudir igualmente a aquellos otros dispositivos constitucionales que están directamente relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta determinar por así exigirlo el principio de unidad constitucional (Castillo, 2005, pág. 146).

Como ha perfilado nuestro Tribunal Constitucional, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido. Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si fueran compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente (...) (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003).

Este principio de unidad prohíbe "(...) una interpretación aislada de cada derecho fundamental –y de la norma constitucional en que se reconoce– que lo convierta en contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas" (Martínez, 1997, pág. 68). Y es que las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003).

En el camino por determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental se deberá, en tercer lugar, como expresa Castillo (2005):

"(...) acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú. La determinación del contenido constitucional de un derecho pasa necesariamente por lo que se haya dispuesto en la norma internacional vinculante para el Perú y la jurisprudencia de los Tribunales internacionales que han interpretado y aplicado esa norma internacional. Así lo ha dispuesto el Constituyente peruano en la IV Disposición final y transitoria de la Constitución, y el legislador peruano (artículo V CPC) (pág. 147).

Pero el contenido constitucional de un derecho no sólo se define acudiendo al texto normativo, sino que habrá que acudir igualmente, en cuarto lugar, a la naturaleza del derecho mismo, es decir, aquello por lo cual el derecho es lo que es y no otro distinto, en la medida que el contenido del derecho brota de la esencia misma del derecho. Esta pauta hermenéutica exige que al momento en que nos preguntemos por el contenido constitucional de un derecho, nos debamos preguntar necesariamente por la finalidad del derecho mismo. ¿Cuál es la finalidad por la que se ha reconocido

constitucionalmente un derecho? Preguntarse por la finalidad del derecho es preguntarse “por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata”, y sirve para determinar qué pretensiones o facultades calzan dentro del contenido constitucional del derecho y cuáles quedan sin cobertura constitucional (Castillo, 2005, pág. 147).

En definitiva, se deberá tener en cuenta que el establecimiento del contenido constitucional del derecho solamente acaba por concretarse en función de las situaciones del caso fijado. El contenido constitucional del derecho no puede ser expresado de manera indeterminada como quien descubre una fórmula química o física. El Derecho, por ende, no puede ser supeditado a los principios de la ciencia exacta simplemente porque su materia es el comportamiento humano la misma que no es viable clasificar en normas físicas inmutables (Castillo, 2005, pág. 147).

2. Contenido constitucional del derecho al trabajo. Delimitación actual

Como hemos visto previamente, para empezar a definir cuál es el contenido constitucional del derecho al trabajo, se debe tener en consideración lo que ha establecido la Constitución en sus disposiciones normativas sobre este derecho fundamental.

Nuestra Constitución⁹ reconoce de manera específica el derecho fundamental al trabajo en sus artículos 2° numeral 15; 22° y 23°. A partir de estos dispositivos constitucionales y de las normas internacionales, que revisaremos brevemente, tanto nuestro Tribunal Constitucional como la doctrina nacional, han intentado perfilar cuál sería el contenido constitucional del derecho al trabajo.

Recurrimos a lo que han señalado ambos ya que son considerados protagonistas en la escena de la determinación del contenido de los derechos fundamentales; por consiguiente, resulta vital basarnos, sin duda, en la importante labor interpretadora del

⁹ “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley”.

“Artículo 22°.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

“Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

TC y a la no menos considerable tarea que asume la doctrina constitucional. Creemos que a estos corresponde dilucidar, allí donde no lo hace la Magna Carta, sobre el contenido esencial de un derecho o libertad (Rodríguez-Armas, 1996, pág. 76).

Precisaremos, por lo tanto, cuál ha sido la definición del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo perfilada por ambos a continuación, haciendo un previo repaso por las normas internacionales que se refieren al derecho al trabajo.

2.1. El derecho al trabajo en las normas internacionales.

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948, y los pactos internacionales de 1966, se provoca una alteración cualitativa en el Derecho internacional: un conjunto de derechos laborales son comprendidos dentro de la distinguida relación de derechos humanos (Canessa, 2009, pág. 349).

Según Canessa, "(...) La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (1919), la redacción de las primeras normas internacionales del trabajo — convenios y recomendaciones—, el establecimiento de los procedimientos de control de la OIT y la Declaración de Filadelfia (1944) tuvieron una gran influencia en la redacción de la Declaración Universal" (2009, pág. 349).

Los derechos laborales incluidos en la Declaración Universal de Derechos humanos son el derecho de acceso al trabajo, principio de igualdad y no discriminación, libertad y elección del trabajo, remuneración equitativa y satisfactoria, limitación de la duración del trabajo, jornada de trabajo, descanso y vacaciones, libertad de fundar sindicatos y sindicarse¹⁰.

A nivel iberoamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, fue adoptada en la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, celebrada en la ciudad de San José de Costa Rica durante el mes de noviembre de 1969. (Salvioli, 2004, pág. 108).

El Pacto de San José de Costa Rica se refiere principalmente a derechos de tipo civil y político, circunstancia que motivó la adopción posterior del Protocolo de San Salvador,

¹⁰ Artículos 23 y 24 de la Declaración.

instrumento que complementa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (García V. , 2011, pág. 2), entre los que se encuentran los derechos laborales.

En efecto, la Convención “establece expresamente la posibilidad de que se adopten protocolos adicionales a la misma, a solicitud de un Estado Parte o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (Salvioli, 2004, pág. 113).

Salvioli, al respecto, menciona que sobre la base de esta disposición, el 17 de noviembre de 1998 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos reunida en El Salvador adoptó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Protocolo de San Salvador) (2004, pág. 113).

El Protocolo reconoce como contenido del derecho al trabajo el de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Un grupo de medidas tendientes a lograr el pleno empleo, y brindar orientación vocacional y para el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, son identificadas por el Protocolo para hacer plenamente efectivo el derecho al trabajo (Salvioli, 2004, pág. 115).

Según Salvioli, el Protocolo también señala que el derecho al trabajo implica el de gozar de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de empleo, las cuales requieren una remuneración que asegure la subsistencia digna y decorosa para quien trabaja y su familia; salario equitativo e igual por igual trabajo; estabilidad; indemnización en casos de despido injustificado; derecho a la seguridad social e higiene en el trabajo; limitación razonable de las horas de trabajo; derecho al descanso; prohibición del trabajo nocturno o insalubre para menores de dieciocho años (2004, pág. 115).

Evidentemente el enunciado de esta norma internacional que más se relaciona con el derecho a la ocupación efectiva es el inciso c) de su artículo 7° en el que se establece el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio. En efecto, una lesión al deber de ocupación efectiva implicaría un impedimento a la posibilidad del trabajador de lograr una promoción o ascenso, marginándolo de

obtener mejoras en su puesto de labores, como desarrollaremos en las líneas siguientes.

2.2. Delimitación del contenido constitucional del derecho al trabajo por parte del TC peruano

Tal como señala Alexy, las órdenes constitucionales tienen un campo normativo constituido por normas directamente instituidas y por normas adscritas. Las iniciales, generalmente, tienen una estructura indeterminada o abierta que demanda ser detallada para manejar efectivamente. Este planteamiento no se opone a la tesis armonizadora del contenido constitucional de los derechos fundamentales, a la que nos hemos aunado, en tanto como hemos señalado el contenido constitucional es un contenido delimitable y, en tal sentido, lo que hace el tribunal a través de sus interpretaciones es “delimitar” este contenido limitado (1993, pág. 61-63).

En esa línea, las normas adscritas del TC son concreciones de la norma directamente determinada. Se conoce, en este caso, “de una norma constitucional que solo existía *in nuce* en la disposición constitucional y que, una vez realizada la interpretación por parte del Tribunal Constitucional, la norma resulta manifestada (exteriorizada) y, por tanto, plenamente vinculante” (Alexy, 1993, págs. 61-63).

Las normas adscritas al ser concretizaciones de la norma constitucional directamente determinada y no bifurcaciones de la misma, tienen su misma naturaleza, o sea son además normas constitucionales. Sin embargo, no todos podemos producirlas, sino que solamente tendrán esta facultad aquellos que pueden descifrar vinculantemente la Constitución (Castillo, 2014, págs. 15-30), siendo el más importante de estos entes autorizados a tal labor el Tribunal Constitucional¹¹.

¹¹ El Tribunal Constitucional tiene en el ordenamiento jurídico peruano la posición de supremo controlador y supremo intérprete de la Constitución, por mandato expreso del artículo 201 de la Constitución de 1993 que a la letra dice: “*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución*”. Con base en las atribuciones del Tribunal Constitucional recogidas en el artículo 202, es posible concluir que el mencionado Tribunal es el órgano de control de la constitucionalidad de los actos públicos (tanto normativos, ejecutivos como judiciales) y privados que contravengan la Constitución, en el fondo o en la forma. Así, se ha reconocido a este Tribunal la posibilidad de derogar normas con rango de ley que contravengan la Constitución; la posibilidad de invalidar en última instancia los actos públicos o privados que contravengan el contenido constitucional de los derechos fundamentales; y la posibilidad de anular decisiones y actuaciones públicas que signifiquen el ejercicio inconstitucional de atribuciones y competencias de los órganos públicos. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Las

Por ello, autores como Smend, haciendo referencia al ordenamiento alemán – lo que resulta predicable en el nuestro– señala que “en la práctica, la Ley Fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal” (1971, pág. 16).

Cuando el TC detalla algún componente de la esencia de la realidad jurídica reglamentada en una disposición vaga y abierta, la está explicando, y al hacerlo le concede un significado que se manifiesta en la disposición de una norma que no se hallaba antes de la actividad concretizadora. De esta manera, el Tribunal, al demostrar una disposición constitucional, está determinando la importancia de la naturaleza jurídica y, por eso, está formando un Derecho de rango constitucional, y sus sentencias que contienen las concretizaciones se convierten en fuente de Derecho Constitucional (Castillo , 2011, págs. 23-38). En base a ello, es posible sostener, como bien sostiene Castillo, que toda interpretación que formule el TC de la Constitución, es una norma, la cual tendrá el rango de la norma directamente concretada a la cual se adscribe (2014, pág. 28).

Sin embargo, esta afirmación no nos debe llevar a concluir que la facultad del TC de crear normas adscritas con rango constitucional es ilimitada. De acuerdo con Carpizo (Carpizo, 2009, pág. 51), todo poder constituido tiene y debe tener límites. El único poder, en principio, jurídicamente ilimitado es el poder constituyente, e incluso este, si persigue construir una constitución democrática, no puede desconocer ni infringir el derecho internacional de los derechos humanos. Todo poder constituido, por consiguiente, debe ser susceptible de ser controlado para que se aseguren las libertades de las personas (págs. 758-759).

Nuestra actual Constitución establece que “el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...)” (art. 201). Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2004) establece que “el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica (...)” (art. 1).

exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en Gaceta Constitucional, Tomo 39, Marzo 2011, ps. 21-33

Asimismo, no debe olvidarse que la propia constitución ha dispuesto que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”¹².

En palabras de Neves Mujica, lo que esta Disposición establece es que “si un precepto de la Constitución reconoce un derecho, que es objeto de regulación también por un tratado de derechos humanos, aprobado y ratificado por el Perú, aquel precepto se interpreta de conformidad con dicho tratado” (1999, pág. 196).

En tal sentido, se puede señalar que el TC encuentra un primer límite en su labor interpretadora, cuando se trata de derechos fundamentales, en la justicia supranacional. En efecto, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los tratados de derechos humanos forman un bloque constitucional para fines hermenéuticos. De algún modo el precepto constitucional se amplía, incorporando al tratado de derechos humanos y a la jurisprudencia recaída sobre él (Neves, 1999, pág. 201).

Un segundo límite es la propia constitución. La competencia del TC es fundamentalmente encargarse del control y defensa de la constitucionalidad de actos y leyes y toda actuación jurídica en general. En tal sentido, no se puede ir más allá de las funciones que manifiestamente le instruye la misma Constitución y despojar facultades de los poderes constituidos o del poder constituyente (Carpizo, 2009). Debe obedecer y respetar las cláusulas pétreas que se encuentran contenidas en la Constitución, es decir aquellas normas que “la propia Constitución señala, sin ambigüedad alguna, en forma explícita y directa, que son intocables, que no se pueden reformar ni alterar” (Carpizo, 2009, pág. 759). Pero, además debe acatar la Constitución, o sea, a los valores y principios esenciales que individualizan a la Ley Fundamental, aun cuando no estén explícitamente indicados. Una de las funciones fundamentales del Tribunal es, por consiguiente, velar la obediencia a dichos principios (Carpizo, 2009, pág. 51).

Como parte de dicha labor, en relación al contenido fundamental del derecho al trabajo, nuestro TC ha establecido que:

¹² Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

(...) [éste] 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. 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 trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2012).

Asimismo, el TC ha establecido, adicionalmente al contenido constitucional antes definido, lo siguiente:

Sin embargo, debe precisarse que el derecho al trabajo se manifiesta también en la libertad de trabajo (artículo 27 de la Constitución); es decir, en el derecho que poseen todas las personas “para elegir la profesión o el oficio que deseen”. Así, el Estado no solo debe garantizar el derecho de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, además, debe garantizar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

Como podemos ver, a partir de la revisión de estas sentencias del TC, el contenido constitucional del derecho al trabajo estaría definido por los siguientes aspectos: a) el derecho de acceder a un puesto de trabajo; b) el derecho a no ser despedido por causa justa; y, c) la libertad de trabajo.

2.3. Delimitación por parte de la doctrina nacional del contenido constitucional del derecho al trabajo

Para reconocidos autores del ámbito constitucional nacional, el derecho al trabajo tiene dos dimensiones: una dimensión de libertad y una dimensión prestacional. En virtud a la primera de estas dimensiones, el que ejerce este derecho ostenta la libertad de elegir libremente acceder a un puesto de trabajo y permanecer en él.

Con respecto a la libertad de trabajo en el seno de una relación laboral, Neves (2002, pág. 12) menciona que ésta se ejecuta en dos periodos: fase inicial y fase final. En la fase inicial, el empleado ejecuta su libertad para determinar si labora o no, en qué ámbito ha de trabajar, si lo realiza por cuenta ajena o propia y en este último asunto, al

servicio de quién ejecuta sus servicios. En la última fase, la libertad de trabajo le concede el derecho a dejar la labor por su sola decisión.

También se ha dicho, en afinidad al contenido subjetivo, que la libertad de trabajo se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y, por esa razón, ambas conceden definiciones parecidas, ya que las dos fundamentan la libre opción de actividad profesional u ocupacional. El Tribunal Constitucional ha esbozado una relación enunciativa de las medidas para el ejercicio de estas libertades. En el asunto de la libertad de trabajo, ha fijado que debe realizarse teniendo en cuenta las restricciones impuestas “por el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”. Y, para la actividad empresarial, que debe ejercerse “en el interior de las limitaciones fundamentales que se resultan de la preservación, moralidad, salud, higiene o seguridad del medio ambiente” (Pacheco, 2010, págs. 761-788).

Y, respecto a la segunda dimensión, debe distinguirse, a su vez, un componente doble: el derecho de acceso y por otro el derecho de permanencia. Como se ha dicho, “el derecho al trabajo se dirige a promover el empleo de quienes no lo tienen y a asegurar el mantenimiento del empleo de los que ya lo poseen” (Neves, 2002, pág. 12).

Este contenido significará que el Estado no se compromete a otorgar a las personas un concreto puesto de trabajo, sino que se compromete a plantear y ejecutar políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo. A esto lo ha obligado el constituyente peruano y a esto se encuentra vinculado (Pingo, 2016, pág. 12).

En igual sentido, se ha señalado de acuerdo con Villavicencio, en relación a esta dimensión prestacional, que el derecho al trabajo se manifiesta en dos facetas: pública y privada. La primera gira alrededor de las obligaciones estatales de definición e implementación de políticas públicas dirigidas a favorecer el acceso de los ciudadanos a un empleo, en tanto que la segunda gira alrededor del derecho a conservar un empleo determinado, salvo que se incurra en una causa justa de extinción (2013, pág. 316).

Ahora bien, es esta segunda y última faceta de la dimensión prestacional (esto, el derecho de permanencia en el empleo), la que se ha vinculado con la “estabilidad laboral”, la cual tendría dos facetas: la estabilidad de salida y la de entrada.

La estabilidad laboral de entrada se centra en el momento inicial de la relación laboral y vincula la duración del contrato con la naturaleza de las labores. En tal sentido, implica una relación causal entre la naturaleza permanente o temporal de las labores para las que se contrata, con la duración indefinida o a plazo fijo del contrato que se debe suscribir para llevarlas a cabo (Villavicencio, 2013, pág. 318).

El Tribunal Constitucional en la STC 01874-2002-AA/TC ha resaltado la vigencia de la estabilidad laboral de entrada en el régimen jurídico peruano cuando sostiene lo siguiente:

El régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado. Dentro de estos contratos, a los que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728 denomina Contratos de Trabajo Sujetos a Modalidad, se encuentra el llamado contrato temporal y el accidental-ocasional. El primero corresponde cuando deben realizarse actividades que no pueden ser satisfechas por el personal permanente de la entidad, y el segundo, cuando se requiera la atención de necesidades transitorias distintas a las actividades habituales de la empresa. Para ambos, la ley establece plazos máximos de duración, así como la exigencia de que las causas objetivas determinantes de la contratación consten por escrito. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003).

Y, en relación a la estabilidad laboral de salida, se ha señalado que se ubica en el momento final de la relación laboral, e implica la permanencia del vínculo laboral salvo que se produzca una causa justa que permita terminarlo, de allí que tenga como consecuencia la prohibición del despido arbitrario o injustificado, como exige nuestro Tribunal Constitucional. De esta forma, la potestad del empleador para finalizar la relación laboral se limita y pasa a considerarse un poder excepcional (Villavicencio, 2013, pág. 319).

Según la doctrina, la estabilidad de salida puede ser de dos clases: absoluta y relativa. La primera obliga a que, ante un despido improcedente o injustificado, el trabajador sea reincorporado en su puesto de trabajo. La segunda permite que, ante un despido improcedente o injustificado, el empleador pueda no reponer al trabajador en su puesto de trabajo. Entonces, la protección del trabajador será alternativa, o la declaración del despido como nulo y la reanudación de la relación laboral sin que el trabajador preste efectivamente servicios, a lo que se denomina estabilidad relativa propia, o el pago de una indemnización al trabajador a cambio de la ruptura definitiva del vínculo laboral, a lo que se llama estabilidad relativa impropia (Herrera, 2011, pág. 137)¹³.

3. La ocupación efectiva: derecho y deber

Sobre el derecho a la ocupación efectiva, Guanche Marrero (1993:25) ha señalado que supone que el trabajador tiene derecho a que el empleador le asigne el trabajo que corresponde a su puesto y funciones.

A día de hoy, se entiende de manera casi uniforme y según lo que manifiesta Blancas Bustamante, que la inactividad forzosa del trabajador, derivada de la falta de asignación de tareas o funciones específicas, salvo que esta obedezca a situaciones objetivas, de carácter general y ajenas a la voluntad del empleador, es considerada contraria al “derecho al trabajo” aún cuando ella no afecte la percepción del salario por el trabajador. Por ello, la moderna doctrina del contrato de trabajo, atribuye a este, cuando menos, una doble finalidad: la económica, que se satisface con el pago del salario, y la humana y profesional, que solo puede cumplirse si a través del trabajo la persona desarrolla sus capacidades y perfecciona su formación profesional. De allí que el solo pago del salario a un trabajador a que se obliga a permanecer inactivo, no satisface todos los fines del contrato de trabajo y vulnera, por consiguiente, el derecho al trabajo (2003, pág. 101).

Es irrefutable que mediante la labor la persona amplía y afina sus conocimientos, profundiza su especialización y consigue experiencia en la profesión u ocupación que practica, lo que finalmente significa que el desempeño constante y efectivo de un trabajo es requisito fundamental de su proceso profesional (Blancas, 2003, pág. 100).

¹³ El artículo 27 de nuestra Constitución hace recaer en el legislador la obligación de otorgar la adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario, sin predeterminar la o las modalidades de dicha protección ni las características que permitan calificar a ésta como adecuada.

Es por ello que cuando una persona somete su fuerza de trabajo -inescindible a su propia persona- al poder de dirección de su empleador lo hace, independientemente de la finalidad de percibir un pago por sus servicios, con el objeto de que las labores que desarrolle le permitan mejorar su nivel profesional, lo que redunda finalmente en su proyecto de vida mismo (De Lama, 2012, pág. 16).

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional al indicar que:

(...) (d)e allí que el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, lo que solo puede ser logrado a través de una actividad que permita desarrollar todas las capacidades mentales y psíquicas innatas y para las que una persona está preparada. No cabe duda que dicha actividad es el trabajo y, por ello, el artículo 22 del citado texto Constitucional establece que el trabajo es un deber y un derecho que es base del bienestar social y medio de realización de la persona, significando que en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26 de la Constitución Política del Perú) y sin que dicha relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador (artículo 23 de la Constitución Política del Perú). (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2006).

Pero la ocupación efectiva no es solo un derecho del trabajador, sino que, también, pone de manifiesto el hecho de que las obligaciones del empleador no se agotan en el pago de la remuneración. En ese mismo sentido, Montoya nos indica que:

[E]l trabajador está obligado al cumplimiento de su prestación; pero también tiene derecho a que el empresario no obstaculice ni impida tal cumplimiento. Paralelamente, el empresario no se libera de su débito por el puro hecho de pagar el salario convenido; además está obligado a cuidar de que el trabajo pueda prestarse de modo efectivo. La “ocupación efectiva” es, de este modo, un derecho del trabajador (...) con el que se corresponde un paralelo deber del empresario a garantizarlo” (2009, pág. 404).

De manera más amplia, Grisolia puntualiza que junto con la cancelación de la remuneración es uno de los deberes fundamentales del trabajador y conforma un derecho del trabajador reclamar el otorgamiento de trabajo. Así, existe la obligación del empleador de ofrecer trabajo apropiado - ocupación efectiva – a la función o categoría que efectúa el trabajador. Si el empleador no le otorga ocupación, el trabajador puede

reclamarlo no bastando con que el empleador solviente el pago de la remuneración. Resulta infundado y contrario a la buena fe no hacer utilidad de la fuerza de trabajo que el trabajador pone a disposición del empleador. Y, en tal sentido, el deber de ocupación incluye, a su vez, la obligación empresarial de otorgar las herramientas y la materia prima necesarias y todos los instrumentos indispensables para el trabajo (2005, pág. 663).

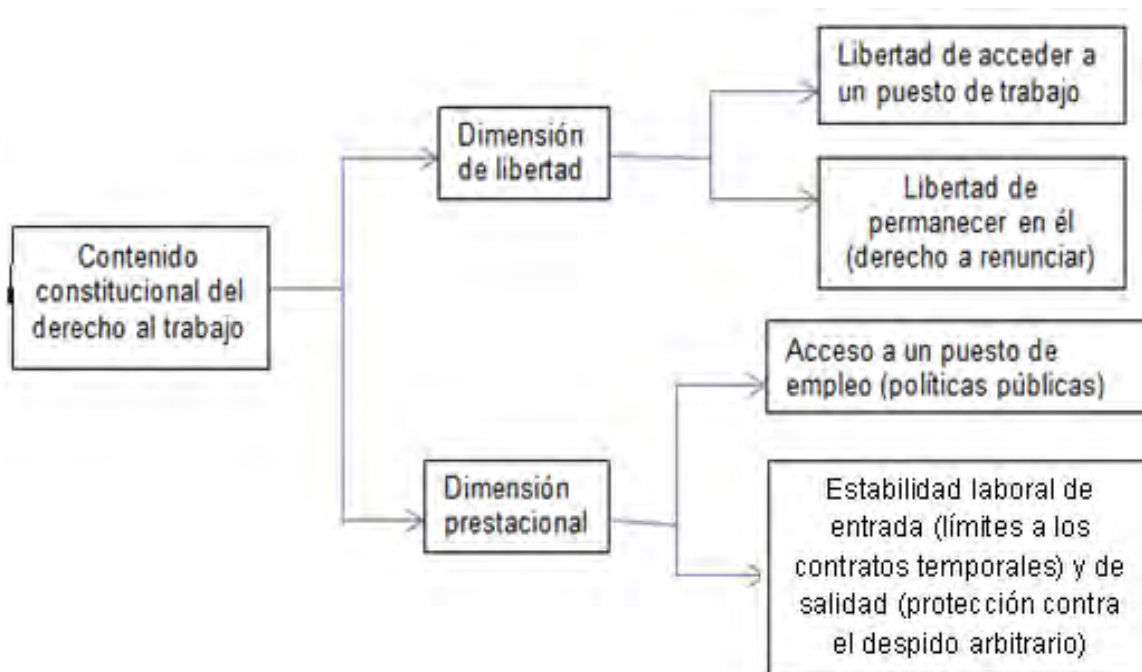
En referencia al régimen laboral de los artistas en el Perú, Arce ha indicado que el derecho a la ocupación efectiva, cuya raíz consuetudinaria hay que buscarla en el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución), implica el deber correspondiente del empresario a hacer lo posible para que el artista (trabajador) mantenga o ejercite habitualmente sus específicas condiciones artísticas, así como para que gane experiencia en su carrera y aumente su prestigio (2008, pág. 69).

Hay quienes han señalado también que este derecho genera para el empresario todas aquellas obligaciones de hacer y no hacer que sean necesarias para su satisfacción: todo aquello que haga posible la efectiva prestación de servicios del trabajador. Así obliga al empresario a asignar al trabajador un puesto concreto de trabajo, dar las órdenes e instrucciones concretas para su ejecución, proporcionar la información, los útiles y las herramientas necesarias y cuidar que las circunstancias ambientales sean las adecuadas para la efectiva prestación de servicios. De otra parte, el empresario está obligado a eliminar aquellos obstáculos o impedimentos que repercutan en el desarrollo de la actividad laboral (Martín, 1980, pág. 501).

Nosotros consideramos, en base a las definiciones de los autores antes esbozadas, que el derecho a la ocupación efectiva dota de contenido al derecho fundamental al trabajo al asegurarle al trabajador la raíz misma de este derecho que es, valga la redundancia, tener un trabajo, pero no entendiéndolo como mantener una relación laboral desde una perspectiva formal, sino desde una perspectiva real y material. Es decir, que, en devenir de la subsistencia de la relación laboral, el empleador le encargue de manera efectiva a su trabajador una labor que hacer día a día conforme a la naturaleza de sus funciones y al contenido del acuerdo contractual celebrado entre las partes. En buena cuenta, este derecho a la ocupación efectiva llena de contenido a la relación laboral misma y le da plena eficacia.

4. El derecho a la ocupación efectiva ¿forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo?

Como hemos podido observar, tanto del desarrollo que ha efectuado el TC como la doctrina que hemos reseñado anteriormente, consideramos -a manera de resumen gráfico- que el derecho al trabajo tendría actualmente el siguiente contenido constitucional:



4.1. Posición de la doctrina sobre el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva

Sin embargo, pese a esta delimitación mayoritaria del contenido constitucional del derecho al trabajo, existen autores que han señalado que, “(e)n efecto, si se sostiene que este derecho garantiza el acceso a un empleo, genérico o específico, y una protección contra ceses arbitrarios o injustificados, cabe sostener válidamente que “brilla por su ausencia”, una perspectiva de aquel que parta del mismo transcurso, devenir y subsistencia de la relación” (De Lama, 2012, pág. 16).

En un mismo sentido, se ha indicado que nuestra Constitución predica del trabajo que es “base del bienestar social y un medio de realización de la persona” (Const. 93, Art. 22°), lo que conlleva asumir una perspectiva más amplia del trabajo, no solo como factor esencial de la economía, sino, igualmente, como vehículo para que la persona

se «realice», esto es, despliegue sus capacidades, potencialidades e iniciativa, y, asimismo, encuentre satisfacción en lo que hace, (...) lo que, en definitiva significa que el desempeño efectivo y permanente de una ocupación es requisito esencial de su desarrollo profesional (Blancas, 2003, pág. 810).

En ese mismo sentido, Elmer Arce precisa que:

[A] pesar de la desidia legislativa, (...) es la propia Constitución la que impone el deber de ocupación efectiva al empresario. (...) cuando el artículo 1 de la Constitución señala como prioridad del Estado de Derecho el respeto de la dignidad de la persona, está protegiendo al trabajador de cualquier acto que rebaje su consideración social y que obstaculice su realización personal. Además, según la doctrina, el derecho de ocupación efectiva debe buscarse también en la constitucionalización del derecho al trabajo (artículo 22)” (2013, págs. 405-406).

En este análisis, es interesante resaltar que a nivel de la doctrina española, en cuyo ordenamiento jurídico el derecho a la ocupación efectiva sí encuentra reconocimiento positivo a nivel legislativo, también se ha reconocido la transcendencia constitucional que tiene este derecho cuando se indica que “la ocupación real y efectiva del trabajador (...) pasa a convertirse en el presupuesto nuclear y existencial del derecho al trabajo, cuya vulneración vaciaría de contenido y operatividad al mandato constitucional. Es la ocupación efectiva la traducción jurídica, y hasta semántica, del derecho constitucional al trabajo y forma parte de su contenido esencial” (Guanche, 1993, pág. 25).

En la misma línea, Palomeque y Álvarez, precisan que: “(...) es de tal importancia el derecho a la ocupación efectiva para la dignidad y la carrera profesional del trabajador, que es posible, sin ninguna violencia interpretativa, aunarlo con los objetivos constitucionales que hacen del Derecho del Trabajo una disciplina jurídica igualadora y compensadora de diferencias originarias” (2018, pág. 633).

4.2. Posición de la jurisprudencia sobre el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva

Nuestra judicatura laboral habría, a nuestro parecer, acogido y reconocido el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva; y así lo demostraría la Casación N° 3034-2012-LIMA, pronunciamiento emitido por la Corte Suprema, en el que se expuso como *ratio decidendi* lo siguiente:

DÉCIMO: Que, en el caso de autos, la demandante señala haberse sentido afectada en su dignidad en tanto no se le asignaron funciones a realizar, las mismas que si bien se ha señalado están especificadas en la Hoja de Descripción de cargo, sin embargo, no se aparece medio de prueba de que el Jefe Inmediato le haya asignado una o algunas funciones, menoscabando su dignidad, al crearle sentimiento de insatisfacción que atenta a su buen equilibrio emocional, al mantenerla durante largos períodos de tiempo sin realizar labor alguna, hecho contraproducente además para la institución.

UNDÉCIMO: Que, siendo el trabajo la base del bienestar social y un medio de realización de la persona, garantizada en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, los actos de la demandada resultan contrarios a la dignidad de la persona (...).

Verificando la validez de los aportes reseñados en el ámbito doctrinal y que, desde nuestra perspectiva, han empezado a tener acogida en la vía jurisprudencial con él, por ahora, aislado pronunciamiento de la Corte Suprema, hemos de precisar que nos encontramos convencidos de que el contenido constitucional del derecho al trabajo en nuestro país debe ser ampliado a fin de comprender, como parte de él, al derecho a la ocupación efectiva.

4.3. El derecho a la ocupación efectiva como efectivización de la dignidad humana

En efecto, en la medida que, como se ha visto, el concreto contenido constitucional de un derecho fundamental no se encuentra reconocido expresamente en el texto del dispositivo constitucional que recoge el derecho¹⁴, sino que es consecuencia de la interpretación que del mismo formulan los encargados de ello y que, al tratarse de bienes humanos, dicho contenido termina siempre de definirse en función a una concreta realidad (Castillo, 2008, págs. 40-41), es perfectamente posible que el derecho al trabajo ensanche su contenido constitucional a fin de lograr una mejor satisfacción de necesidades y exigencias de los trabajadores.

En un punto anterior, habíamos señalado que, en relación con el derecho al trabajo, es posible asegurar que es un derecho cuyo propósito es contribuir a la realización de la

¹⁴ El TC ha reconocido que pueden existir “contenidos nuevos de un derecho escrito”, precisando que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional”. Ver EXP. N.º 0895-2001-AA/TC, F. J. 5.

persona y a lograr de él un medio de supervivencia. Si éste es el objeto, en tal caso, forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo el trato meritorio del trabajador, con respeto incondicional a sus derechos fundamentales (Castillo, 2005, pág. 147).

Como ya se ha señalado, es indiscutible que mediante el trabajo la persona perfecciona y amplía sus conocimientos, “profundiza su especialización y adquiere experiencia en la ocupación, oficio o profesión que desempeña, lo que en definitiva significa que el desempeño efectivo y permanente de la ocupación es requisito esencial de su desarrollo profesional” (Blancas, 2003, pág. 810).

En ese sentido, la negativa injustificada a asignar labores a determinado trabajador, aun cuando se cumpla con el abono de la remuneración, es capaz de generar una afectación en su dignidad e impedir su realización profesional plena, al hacer que se sienta discriminado y excluido, por lo que devendría en una exigencia legítima el reclamo de ocupación efectiva, más aun cuando nuestra Constitución (1993) señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (art. 23).

4.4. El derecho a la ocupación efectiva como contenido implícito de un derecho constitucional preexistente

El reconocimiento constitucional de un derecho no sólo puede ser expreso, sino que puede ser igualmente tácito. Los derechos cuyo reconocimiento es sólo tácito han sido denominados por el Tribunal Constitucional como derechos implícitos o derechos innominados. Aunque también se encuentran reconocidos derechos constitucionales que son considerados como contenido implícito de derechos constitucionales expresamente reconocidos (...) (Castillo, 2005, pág. 145).

Así, por ejemplo, en la STC Exp. 03548–2003–AA/TC, de 28 de junio de 2004, el Tribunal Constitucional, en relación al derecho de acceso a la justicia, señala “que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2004). De igual modo, en la STC 03861-2013-PA/TC, del 29 de octubre de 2014, señala que el “derecho a gozar de licencia por maternidad constituye, claramente, un contenido implícito de los derechos antes referidos (salud reproductiva, salud del

medio familiar), que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a la madre trabajadora” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2014).

En esa misma línea, señala Bidart Campos que cuando hablamos de derechos no enumerados tenemos que afrontar una doble implicitud: la de los derechos que no tienen norma de constancia, y la de muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos. En este último espacio de los contenidos implícitos siempre ponemos como ejemplo el de la libertad de prensa que ya no puede limitarse a los medios gráficos, sino que ahora acopla todos los que el avance tecnológico va aportando aceleradamente; más la búsqueda, la recepción y la difusión de información hasta cubrir cuanto la comunicación social pone en circulación en el circuito de la expresión libre (2002, págs. 256-257).

Castillo define al nuevo contenido implícito de un derecho fundamental reconocido como “el o los elementos conformantes del contenido que son fruto del redimensionamiento del derecho humano y del bien humano que ésta detrás de todo derecho humano, que ocurre en un momento determinado por el cambio de las circunstancias o de las valoraciones sociales” (2008, pág. 41).

En tal sentido, consideramos posible concluir que el derecho a la ocupación efectiva no se trata de un derecho nuevo sino de la reformulación del pre existente derecho fundamental al trabajo, de una delimitación más de su contenido. Nos encontraríamos entonces ante **el reconocimiento de un nuevo contenido implícito -el derecho a la ocupación efectiva- de un derecho fundamental reconocido como lo es el derecho fundamental al trabajo.**

Como ya hemos señalado anteriormente, apoyamos la teoría del contenido constitucional único de los derechos fundamentales y con ello su característica de contenido “delimitable” no estático, lo que significa, en palabras de Castillo, que el legislador, el ejecutivo y el fuero judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales (2008, pág. 41).

Este contenido implícito del derecho al trabajo operaría como límite al *ius variandi* del empleador, con suficiente entidad y trascendencia para ser alegado incluso en sede judicial y dejar sin efecto decisiones unilaterales del empresario que impliquen una inactividad profesional no deseada, sin que resulte necesario que el trabajador afectado demuestre algún tipo de perjuicio por la decisión (Guanche, 1993, págs. 33-34).

Consecuentemente, el derecho a la ocupación efectiva formaría parte del contenido constitucional al trabajo como una faceta más de su dimensión prestacional debido a la íntima trascendencia que mantiene con la protección de la dignidad del trabajo y con su realización como persona, además de conectarse con otros derechos laborales como la promoción y formalización profesional.

5. Relación del derecho a la ocupación efectiva con el *ius variandi* del empleador

Respecto de la relación de trabajo, comparada con otras relaciones jurídicas, señala Blancas que:

[L]a relación de trabajo se caracteriza y se diferencia de otras relaciones jurídicas que también tiene por objeto la prestación de servicios personales por la nota de subordinación o dependencia, conforme a la cual el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador e inmerso dentro de la organización que este conduce. Ello significa que corresponde al empleador disponer el uso de la fuerza de trabajo que el servidor pone a su disposición en la forma que considere más adecuada o conveniente para los fines de la organización. (...) En este sentido, en la relación de trabajo el empleador dispone de un poder de dirección que lo faculta para administrar y dirigir el factor trabajo según las necesidades empresariales. (2007, pág. 97).

Este poder de dirección, también conocido como *ius variandi*, es la potestad del patrono para modificar, por necesidades empresariales, la prestación del trabajador. De acuerdo con este concepto, el empresario racionaliza o planifica el trabajo, mediante una estimación de la capacidad de cada operario, de las necesidades permanentes y de la actividad productiva con relación al desenvolvimiento del establecimiento (Cabanellas, 1988, pág. 600).

Para Grisolia, el poder de dirección del empleador se manifiesta como:

[L]a potestad del empleador de emitir directivas a los trabajadores mediante órdenes e instrucciones relativas a la forma y modalidad del trabajo, según los fines y necesidades de la empresa. Se trata de un poder jerárquico, ya que tiene su fundamento en la desigual posición de las partes en el contrato, resultando su contracara el deber de obediencia del trabajador. Debe ser ejercido con carácter funcional y dentro de los límites legales y convencionales” (2005, pág. 291).

Este poder de dirección confiere, para Ardón Acosta, tres facultades que vendrían a ser las siguientes: “facultad decisoria: entendida como la facultad de decidir ejecutivamente, que también se conoce como decisiones ejecutivas; facultad de ordenación: consistente en la facultad de dictar órdenes e instrucciones, sean las funciones ordenadoras o instruccionales; facultad de control: que ha de ser la capacidad de establecer medidas de control y vigilancia dentro del marco de la empresa” (1999, pág. 54).

Existe acuerdo en que el poder de dirección no puede ser considerado ilimitado, por el contrario, se encuentra sujeto a limitaciones. El propio artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que debe enmarcarse dentro de criterios de razonabilidad y en atención a las necesidades del centro de trabajo.

Blancas Bustamante refiere que estos límites del poder de dirección pueden ser internos o funcionales y externos o jurídicos. Los límites internos, son los relativos al carácter funcional y a la razonabilidad. Los primeros, significan que el poder de dirección tiene el carácter de “función” en cuanto este es conferido al trabajador para “la (auto) tutela y para la ejecución de su interés económico mercantil –el perfeccionamiento del rendimiento económico productivo de las asistencias de trabajo en el conjunto de su organización-”. En este aspecto, el poder de dirección acata a una carencia social que, en este sentido, se fundamenta en el uso correcto de la fuerza de trabajo, conduciendo y coordinando sus actividades, de tal forma que esta ayude, de la manera más eficaz, a lograr los resultados y utilidades que todo inversionista espera obtener al fundar una compañía (Blancas, 2007, pág. 113).

El poder de dirección no tiene más función que esta por lo que no puede ejercerse para finalidad distinta, ajena al contenido propio de la conexión de trabajo, porque está vinculada a dos personas dotadas de libertad e igualdad jurídica que, como personas y ciudadanos, se encuentran relacionadas por vínculos de coordinación y no de subordinación ni de su supraordenación. No le es lícito, por ello, “extenderse,

indebidamente hacia aspectos propios de la vida de cada trabajador, ajenos a su actividad laboral” (Blancas, 2007, pág. 107).

Así las cosas, de acuerdo con este límite la aplicación del poder de dirección sólo se justifica cuando tiene por finalidad el uso adecuado de la fuerza de trabajo. En tal sentido, una disposición unilateral del empleador que imponga una inactividad forzosa a determinado trabajador y que no tenga justificación en el manejo adecuado del personal disponible en la empresa, rebasaría esta limitación interna y por lo tanto sería inválida por vulnerar el derecho a la ocupación efectiva.

Siguiendo a Blancas Bustamante, debemos analizar el otro límite interno que el poder de dirección debe respetar que vendría a ser el relativo al contenido razonable de sus decisiones, las cuales, por consiguiente, incluso las de carácter discrecional, deben excluir la arbitrariedad. En este caso, el parámetro para juzgar la licitud del ejercicio de dicho poder reside en el principio de razonabilidad, el cual, como lo señala Plá Rodríguez, “(...) actúa como cauce, como límite, como freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad. Por ello, las decisiones del empleador deben estar legitimadas por una causa objetiva y razonable, así como por el criterio de proporcionalidad, especialmente cuando se ejerce el poder disciplinario” (Blancas, 2007, págs. 108-109).

En tal sentido, se vuelve a ver en este segundo límite que la no asignación de funciones a un trabajador debe basarse en una causa justificante válida, esta decisión no puede quedar a la sola discrecionalidad del empleador y, por lo tanto, no puede ser utilizada como medio de hostilización o acoso para el empleado puesto que resultaría inconstitucional.

Finalmente, Blancas Bustamante nos indica que los límites externos o jurídicos, son, en cambio, aquellos que restringen el poder directivo del empleador desde “afuera”, desde el ordenamiento jurídico, y lo obligan a sujetarse y a respetar las normas que inciden sobre la relación laboral: la Constitución, las leyes, los convenios colectivos y otras. Entre estos límites, el primer lugar corresponde a los derechos fundamentales del trabajador, como tal, y como persona y ciudadano. (Blancas, 2007, págs. 108-109).

En tal sentido, el derecho a la ocupación efectiva se constituiría en un límite al poder de dirección o *ius variandi* si es que aceptamos su naturaleza constitucional como parte del contenido constitucional del derecho al trabajo. En esa misma línea, de

producirse esa inactividad forzada injustificada, el trabajador estaría habilitado para calificarla e impugnarla como acto de hostilidad tanto en la vía judicial como en la vía administrativa.

6. Conexión del derecho a la ocupación efectiva con otros derechos fundamentales

En consonancia con esto último, se ha precisado, al estar íntimamente vinculado el derecho al trabajo con otros preceptos y valores constitucionales, que “el derecho a la ocupación efectiva puede encontrar, concurrentemente, apoyo en aquellos preceptos y valores, configurándose, de esta manera, como un derecho tributario de diversos preceptos constitucionales, todos ellos organizados en torno a la idea central de la dignidad humana y del trabajo como medio de realización de la persona” (Blancas, 2003, pág. 812).

Por ejemplo, el derecho constitucional a la igualdad (artículo 2 inciso 2 CP), quedaría transgredido ante una desocupación impuesta por la empresa. El trabajador que se viera privado de su prestación material, legítimamente podría invocar el derecho a un trato no discriminatorio respecto al resto del colectivo que mantiene unos niveles correctos de ocupación y, presumiblemente, será en el campo de las relaciones individualizadas donde se produzcan los mayores agravios al derecho, en un intento de forzar al trabajador a una resolución del contrato no deseada.

En el terreno profesional, una desocupación del trabajador incide de manera directa sobre sus posibilidades de promoción y formación profesionales, cuyo desenvolvimiento solamente puede alcanzarse a través de la realización de un trabajo. Las expectativas del trabajador a una mejora en su trayectoria profesional quedarían gravemente afectadas, tanto en el sentido estático de la formación como en el sentido dinámico de una promoción futura (Guanche 1993:37).

Finalmente, como se ha dicho, el derecho a la ocupación efectiva encontraría también conexión con otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución como lo son el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1); el derecho “a la vida, identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)” (Constitución Política del Perú, 1993) (artículo 2 inciso 1); entre otros.

Por lo tanto, una afectación del derecho a la ocupación efectiva sería pluriofensiva ya que no solo atentaría contra el derecho fundamental al trabajo, sino que conllevaría a la lesión de otros principios y derechos fundamentales y eso justificaría la invalidez de dicha lesión por su evidente inconstitucionalidad.

7. Trascendencia de reconocer el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva

Aunque pudiese parecer una mera disquisición doctrinal la discusión referida a determinar si el derecho a la ocupación efectiva forma parte o no del contenido del derecho al trabajo, y que por ende tiene rango constitucional, debemos resaltar que esta cuestión reviste suma importancia cuándo se trata de establecer la vía procedimental por la cual será tutelable este derecho, como procedemos a explicar.

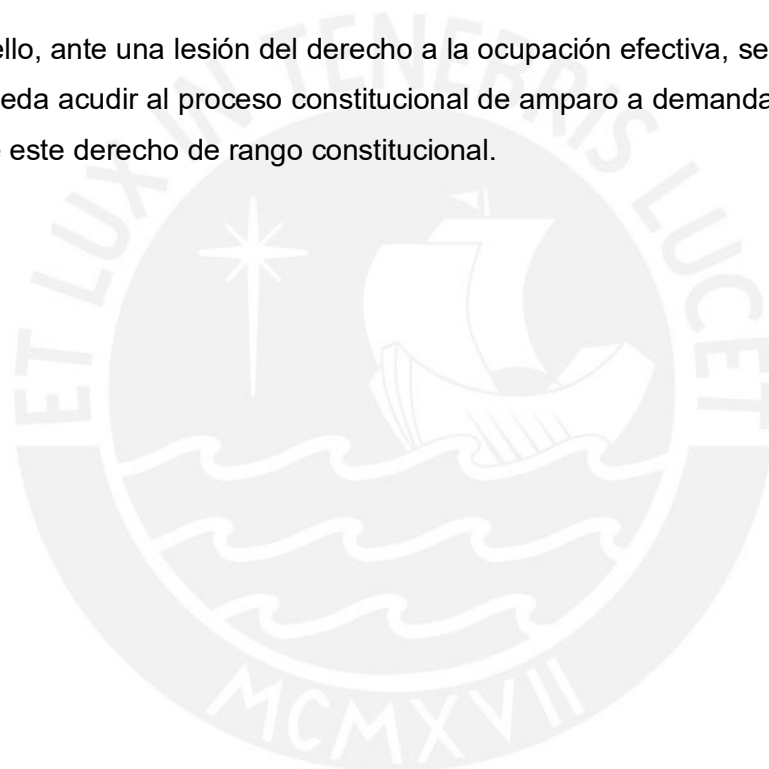
Como bien señala la doctrina, el contenido constitucional o “esencial” de un derecho fundamental reviste una mayor protección en el ordenamiento jurídico en relación con el contenido no esencial o infraconstitucional (que puede ser contenido legal o reglamentario). Así, como menciona Castillo el primero define al derecho mismo en la medida que alude a la esencia del derecho; el segundo regula aspectos que no son decisivos para la existencia y reconocimiento del derecho como tal, y en esa medida tienen menos importancia y van recogidos en categorías normativas inferiores a la Constitución (2010, pág. 113).

Cuando estamos frente a un contenido constitucional, “ni el Legislador, ni el Gobierno ni el Juez y ni el particular pueden limitar la parte esencial del derecho” (Castillo, 2010, pág. 99). Y en especial, respecto a los mecanismos de protección del contenido constitucional y el infraconstitucional, “el amparo —como el hábeas corpus y el hábeas data— está llamado a proteger de un derecho fundamental, sólo el contenido que se coloque en el primer nivel, el que se corresponde con la esencia del derecho fundamental. (...) Todo lo que quede fuera del ámbito constitucional o esencial pasa a ser protegido a través de los procesos ordinarios, lo contrario «implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización” (Castillo, 2010, pág. 113).

Por ello, el hecho de que el derecho a la ocupación efectiva forme parte del contenido constitucional al trabajo implica que ni el legislador (a través de una ley), ni el Poder

Ejecutivo (cuando reglamenta una norma) ni el Juez (cuando resuelve un caso) puedan desconocer su contenido. En efecto, si el legislador, que es un poder constituido, y por tanto limitado, suprimiera de su contenido esencial a un derecho fundamental, lo derogara o lo vaciara de contenido, estaría rebasando sus competencias, y realizando una auténtica función constituyente, al modificar o derogar la cláusula constitucional en virtud del cual se reconoce un derecho fundamental. Y porque el legislador ordinario no puede modificar la Constitución, sino siguiendo el trámite de la reforma constitucional; y de no seguir tal trámite, su actividad limitadora se encontraría al margen de lo establecido por el ordenamiento constitucional (Parejo, 1981, pág. 178).

Agregado a ello, ante una lesión del derecho a la ocupación efectiva, se habilita que el trabajador pueda acudir al proceso constitucional de amparo a demandar el cese en la afectación de este derecho de rango constitucional.



CAPÍTULO II: LIMITACIONES AL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA

Luego de explicar las razones por las que consideramos que el derecho a la ocupación efectiva tiene rango constitucional al constituir un (nuevo) contenido implícito del derecho fundamental al trabajo, resaltaremos, en esta parte de nuestra investigación, algunas limitaciones que sufre este derecho en nuestro medio y verificaremos si ellas resultan válidas.

De la revisión de situaciones en las que este derecho puede verse limitado, creemos que estas pueden clasificarse principalmente según el sujeto que las ejecute. Así, las limitaciones pueden ser administrativas (impuestas por la Administración Pública) o empresariales (dispuestas por el empleador); y ambas procedemos a detallarlas a continuación.

1. Limitaciones administrativas

En la actualidad, existen una serie de situaciones en las que la Administración Pública puede ordenarle a una empresa que suspenda temporal o definitivamente su actividad empresarial debido al incumplimiento en alguna exigencia que la normativa impone para funcionar válidamente o en aras de proteger algún bien jurídico que se encuentra en riesgo con dicha actividad.

Como es evidente, con esta suspensión temporal o definitiva de la actividad empresarial el empleador se encontraría imposibilitado de asignar labores a sus trabajadores, lo que no necesariamente implica que no deba cumplir con el pago de sus remuneraciones.

En este punto, somos de la idea de que el cierre de la actividad empresarial motivado en un incumplimiento administrativo por parte del empleador, si bien puede justificar la limitación del derecho a la ocupación efectiva de sus trabajadores mientras dure esa situación, no justifica que, a causa de dicho incumplimiento, se limite también el derecho fundamental de estos últimos a la remuneración.

La doctrina¹⁵ coincide con esta aseveración a partir de reconocer la doble condición que ostenta el empleador como titular de los medios productivos y destinatario inmediato de los beneficios económicos de la actividad empresarial que desarrolla.

¹⁵ Cfr. GUANCHE MARRERO, Alberto. Ob. cit., pp. 44-45.

Esta doble condición justifica que sobre el empleador recaigan los riesgos de la actividad productiva y, por ende, a responder directamente de cualquier evento que imposibilite al trabajador la prestación de sus servicios salvo que la misma sea imputable al propio trabajador o se deba a un acontecimiento de fuerza mayor autorizado por la Autoridad Administrativa Laboral.

En nuestro medio, hemos ubicado (probablemente existan ordenamientos sectoriales que contemplen otros casos) las siguientes situaciones en las que se puede ordenar un cierre definitivo o temporal de la empresa que conllevarían, como hemos señalado, que se limite el derecho a la ocupación efectiva de los trabajadores del empleador afectado con dicha medida. Analizaremos, a continuación, si dicha medida es constitucionalmente válida.

1.1. Paralización de labores ordenado por la Inspección Laboral ante incumplimientos en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo

En materia de fiscalización laboral, la Inspección del Trabajo¹⁶ tiene la potestad de ordenar la inmediata paralización o la prohibición de trabajos o tareas en una empresa cuando compruebe que existen incumplimientos en la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo que pongan en riesgo grave e inminente la seguridad y salud de los trabajadores.

Esta paralización como se indica Ley General de Inspección del Trabajo (2006): "(...) se entenderá en cualquier caso sin perjuicio del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan a los trabajadores afectados así como de las medidas que puedan garantizarlo" (art. 15).

Como puede verse, en caso exista un riesgo grave y de alta probabilidad de que se produzca una afectación a la seguridad y salud de los trabajadores en una empresa debido al incumplimiento de esta última en la Gestión del Sistema de Seguridad y Salud, la Inspección del Trabajo podrá paralizar el funcionamiento de la empresa, lo

¹⁶ Ver los artículos 5° numeral 5.6 y 15° de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806; los artículos 96° literal h y 102° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783; y el artículo 21° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

que conlleva a que esta última no pueda cumplir con su obligación de asignarle labores a sus trabajadores.

Asimismo, mediante el Decreto de Urgencia N° 044-2019, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*¹⁷ el 02 de enero de 2020, se ha establecido que cuando se produzca un accidente moral en un centro laboral, la Inspección del Trabajo ordenará el cierre temporal de una unidad económica o de un área de esta última, mientras dure la fiscalización laboral. En dicho sentido, este cierre temporal tendrá las siguientes características:

- a) No afectará el pago de salarios y beneficios de los trabajadores del área cerrada temporalmente.
- b) El período de cierre temporal será considerado como período efectivamente laborado para los trabajadores del área cerrada temporalmente.
- c) No se pueden otorgar vacaciones durante el período de cierre temporal.
- d) Puede dar lugar a que se fiscalicen otros centros de trabajo de la empresa.

Para analizar si este tipo de limitaciones (paralización intempestiva o cierre de centro de trabajo) es constitucionalmente válida, recurriremos al test de proporcionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional respecto del test de razonabilidad o proporcionalidad de la siguiente manera:

[El test de proporcionalidad o razonabilidad] implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto de los poderes públicos y adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos. Como tal ha sido entendido como una herramienta para dilucidar el contenido constitucional de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamente o restrinja y constituye, a su vez, un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos. De este modo opera como un verdadero test mediante el cual se realiza un control de los actos normativos a fin de dilucidar si son o no conformes a la Constitución y como una herramienta para brindar razones de lo decidido. (STC N°0006–2003–AI/TC: Fundamento Jurídico 9).

Castillo respecto a la forma de aplicación de este test, señala que el principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio,

¹⁷ Esta disposición, al 22 de enero del 2020, aún no tiene vigencia, ya que se espera el Decreto Supremo que reglamente este cambio normativo.

que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio. Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad sensu estricto. Para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios. Es decir, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto (2005, pág. 138).

En línea con lo expuesto, el Tribunal Constitucional agrega que los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de emplearse sucesivamente. O sea, primeramente, se debe empezar investigando la idoneidad de la medida; si la medida no es idónea, entonces, será inconstitucional. De esta manera, no procederá analizarla bajo el tamiz del sub principio de necesidad. En cambio, si el trato diferenciado -la intervención- fuera apto, corresponderá efectuar su examen bajo el sub principio de necesidad. Si aún en este caso, el trato diferenciado apruebe el examen bajo este principio, atenderá someterlo a evaluación bajo el principio de proporcionalidad en sentido preciso o ponderación (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

Bajo este razonamiento, debemos someter ahora la cuestión planteada, respecto a la validez de la restricción del derecho a la ocupación efectiva por el cierre del establecimiento ordenado por la Inspección Laboral, al primer sub principio o juicio de idoneidad. Cianciardo ha indicado que por medio de él se evalúa si la medida dictada por el Estado es capaz de causar su finalidad "(...) tras esta caracterización general se esconde, en realidad, un control múltiple, que tiene varios aspectos: a) lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin, y que ese fin se encuentre entre los que la Constitución permite perseguir al Estado; b) en segundo lugar, la medida debe ser adecuada o idónea para el logro de ese fin. Es decir, debe ser capaz de causar su objetivo (...)" (2004, pág. 62).

La finalidad del cierre temporal es proteger la integridad de los trabajadores en caso exista un riesgo grave y de alta probabilidad de que se produzca una afectación de su seguridad y salud en la empresa. Esta finalidad tiene un evidente sustrato constitucional que puede ubicarse en el capítulo concerniente a los Derechos Fundamentales de la Persona, en el que encontramos en el artículo 2° el derecho a la vida de las personas y a su integridad física, norma que, a su vez, el sustento del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Por consiguiente, la disposición supera esta primera dimensión del sub juicio de idoneidad.

Analicemos, en segundo lugar, si la referida medida es adecuada para alcanzar este objetivo. Si nos preguntamos si es posible que el impedimento de ingreso de los trabajadores al local de trabajo que presenta un riesgo grave de afectación a su seguridad y salud puede coadyuvar a preservar su vida y su integridad física, la respuesta es, sin lugar a dudas, afirmativa. Entonces, podemos concluir igualmente que también se supera este segundo elemento del juicio de idoneidad.

Pasemos ahora a verificar si es posible que la medida supere el sub principio de necesidad. El Tribunal Constitucional ha señalado que:

[E]ste test tiene como finalidad principal verificar la existencia o no de medios alternativos al elegido y, de haberlos, si son menos gravosos que este último. Se trata del análisis de una relación medio-medio; esto significa que el juicio de necesidad supone un proceso de comparación entre el medio elegido y aquellos que hipotéticamente se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin constitucional; debiéndose entender que los otros medios disponibles al momento de la elección de la medida también deben ser idóneos. Por tanto, el examen de necesidad del medio o medida supone verificar la presencia de otros medios hipotéticos alternativos idóneos y si son menos gravosos que el elegido. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2005).

De lo señalado, se puede inferir que para superar este análisis debemos primero intentar encontrar otras medidas que sean igualmente eficaces para preservar la vida y la integridad física de los trabajadores que laboren en un centro de trabajo expuesto a riesgos graves. Al respecto, debemos señalar que, después de múltiples intentos, no hemos logrado encontrar medidas que garanticen, con igual eficacia que la no asistencia, la salud e integridad física de los trabajadores por lo que se debe concluir que la suspensión de labores es una medida necesaria y por lo tanto supera este segundo juicio o sub principio del test de proporcionalidad.

Ahora bien, respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, la denominada “Ley de ponderación” de Alexy postula que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (1993, pág. 161). También Juan Cianciardo señala que este último juicio consiste en establecer si la disposición adoptada guarda una conexión razonable con la finalidad que se procura obtener. Doctrinalmente se ha entendido que esta conexión razonable debe estimarse teniendo en cuenta los pros y contras de la medida por implementar (2004, pág. 76).

Veamos entonces cuál es el grado de afectación que la suspensión de labores por riesgos para la seguridad y salud puede generar en el derecho a la ocupación efectiva y el derecho al trabajo en general. En esa línea, consideramos que la afectación de estos derechos constitucionales es proporcional al objetivo que se pretende con ello, que es preservar la vida y la integridad física de los trabajadores. Incluso creemos que es aún mayor el grado de satisfacción del derecho a la vida y a la salud que la afectación al derecho a la ocupación efectiva, componente del derecho al trabajo, más aún si se tiene en cuenta que la normativa es clara cuando excluye de esta limitación al derecho fundamental a la remuneración, el que se mantiene intacto y, por tanto, genera que el empleador se encuentre obligado al pago de la remuneración mientras dure la suspensión de labores.

En consecuencia, si bien la paralización es imputable al empleador, quien de ser el caso recibirá las sanciones pertinentes por sus incumplimientos, lo cierto es que fácticamente será inviable obligarlo a asignar labores efectivas, por lo que consideramos que en este supuesto la medida es proporcional y con esto supera el test de proporcionalidad realizado.

1.2. Cierre temporal por incumplimientos tributarios

La Administración Tributaria tiene la facultad de ordenar el cierre temporal del establecimiento en el que funciona una empresa cuando detecte ciertos incumplimientos¹⁸ que establece la normativa tributaria. Su finalidad es impedir que el sujeto infractor desarrolle actividades comerciales durante el periodo que dure la sanción.

Con este cierre temporal se produciría una limitación al derecho a la ocupación efectiva de los trabajadores de la empresa afectada con dicha medida, limitación que se sustenta en el respeto de la potestad sancionadora de la Administración Tributaria y en el principio de legalidad. En efecto, de acuerdo con TUO del Código Tributario (1999), “la Administración Tributaria tiene la facultad discrecional de sancionar las infracciones tributarias” (art. 82).

El Tribunal Constitucional ha señalado, en relación a este asunto, que la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad

¹⁸ Artículo 183 del Código Tributario aprobado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF.

sancionadora de la Administración. Como toda potestad en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y en particular a la observancia de los derechos fundamentales de la persona (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003).

Sometamos esta restricción del derecho a la ocupación efectiva al test de proporcionalidad a fin de verificar su constitucionalidad. Como hemos visto, se ha de empezar por el sub principio o juicio de idoneidad. La finalidad del cierre temporal del establecimiento por incumplimientos tributarios es impedir que el sujeto infractor desarrolle actividades comerciales durante el periodo que dure la sanción con el ánimo de que lo disuada de cometer nuevas infracciones, lo que se efectúa sobre la base de la potestad sancionadora que tiene la administración pública. Al respecto, debemos indicar que si bien esta medida puede tener un sustento legal con lo dispuesto en el artículo 82° y 166° del Código Tributario, no encontramos sustento constitucional para su ejecución, más aún cuando existen otras medidas menos invasoras del derecho constitucional al trabajo como son la imposición de multas pecuniarias.

En tal sentido, consideramos que esta limitación al derecho constitucional a la ocupación efectiva no tiene sustento constitucional válido y debiera ser variada por una que soporte este análisis constitucional. Los trabajadores afectados con una medida de esta naturaleza válidamente podrán impugnarla a través de la vía del proceso de amparo por afectación de su derecho al trabajo.

1.3. Otros cierres administrativos regulados en normativas especiales

La Autoridad Municipal tiene, según la normativa vigente Ley Orgánica de Municipalidades (2003), la facultad de “ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento está prohibido legalmente o constituye peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil, o produzcan olores, humos, ruidos u otros efectos perjudiciales para la salud o la tranquilidad del vecindario” (art. 49).

Asimismo, la Autoridad Sanitaria, según la normativa que regula su funcionamiento Ley General de Salud (1997), tiene también la posibilidad de aplicar como medidas de seguridad la “suspensión temporal del ejercicio de actividades de producción y

comercio (...)” y el “cierre temporal o definitivo de empresas o sus instalaciones” (art. 130).

La Autoridad Ambiental en el marco de la Ley General del Ambiente (2005) también tiene como una de sus facultades sancionatorias la de ordenar la “paralización o restricción de la actividad causante de la infracción” (inciso d), la “suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso” (inciso e), o la “clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción” (inciso f) (art. 136).

La Autoridad Administrativa en Hidrocarburos en el marco de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (2007), en el ámbito de su función fiscalizadora y sancionadora, está facultada a realizar el cierre temporal o definitivo, parcial o total de establecimientos o Instalaciones de Hidrocarburos, disponer el retiro de las instalaciones, paralización de obras, suspender definitiva o temporalmente las actividades u operaciones, cuando se lleven a cabo actividades o existan condiciones inseguras que pongan en riesgo la vida y/o la salud de los propios operadores y/o de la ciudadanía en general, así como para evitar y prevenir daños al ambiente (art. 10).

De la revisión de toda esta normativa sectorial, podemos ver que subyace el mismo fin lícito que se ha analizado en relación con la paralización de labores ordenada por la inspección laboral, esto es, la preservación de la seguridad y salud de los trabajadores, por lo que podemos concluir que la limitación resultaría siendo válida debido a que existe un principio fundamental que la avala y que debe ser protegido.

Sin embargo, no debe dejar de mencionarse que la normativa que regula estas medidas disciplinarias no ha regulado, como sí ha ocurrido en los casos anteriores, qué sucede con el derecho a la remuneración de los trabajadores que no prestaran sus servicios mientras dure el cierre temporal del negocio.

Pese a esta anomia legislativa, consideramos que el derecho fundamental a la remuneración no podría verse limitado ya que, como hemos indicado anteriormente, la prohibición administrativa de realización de actividades empresariales es originada por el propio incumplimiento del empleador al no respetar la normativa correspondiente; incumplimiento que no podría perjudicar a los trabajadores que, finalmente, sí han cumplido con su obligación de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

En caso sucediera lo contrario, los trabajadores pueden hacer valer su derecho ante la Autoridad de Trabajo o el Poder Judicial reclamando el pago de sus remuneraciones.

2. Limitaciones empresariales

En la práctica cotidiana, existen también limitaciones al derecho a la ocupación efectiva (derecho a que me otorguen trabajo efectivo en plena relación laboral) que son determinadas por el propio empleador y que deben ser revisadas a fin de determinar si son válidas y, por ende, respetuosas del derecho fundamental al trabajo (del que forma parte la ocupación efectiva como contenido implícito de aquel derecho).

Algunas de esas limitaciones las encontramos en las siguientes situaciones:

2.1. Suspensión perfecta de labores por causa fortuita o fuerza mayor

La suspensión perfecta de labores ha sido regulada en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 003-97-TR y faculta al empleador a no cumplir con su deber de dar ocupación efectiva a sus trabajadores y sobre todo a que no otorgue la remuneración correspondiente hasta por un plazo máximo de 90 días, siempre que cumpla con el procedimiento administrativo de autorización correspondiente y que estemos frente a un caso fortuito o una fuerza mayor¹⁹.

En caso la Autoridad de Trabajo determine que no se está ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, la normativa laboral establece que se “ordenará la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido” (art. 51).

En referencia al tema, el TC ha establecido que la suspensión perfecta de labores prolongada más allá del plazo legalmente establecido resulta inconstitucional por afectar el derecho fundamental al trabajo:

Por lo tanto este Colegiado considera que subsistiendo y estando vigente el vínculo laboral entre las partes, la sociedad emplazada debe proceder a la inmediata

¹⁹ De acuerdo con lo establecido en el artículo 1315° de nuestro Código Civil vigente caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

reincorporación del demandante, debido a que el procedimiento de suspensión temporal perfecta de labores concluyó el 9 de agosto de 2008.

En caso contrario se estaría frente a una vulneración del contenido del derecho al trabajo, toda vez que el propio empleador impide que el trabajador preste el servicio, pese a existir vínculo laboral. Por tanto, comprobándose la negativa y omisión de la empresa demandada de reincorporar al demandante, se ha producido la vulneración de su derecho al trabajo. (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2012).

En la misma línea, el TC también ha señalado que “supeditar el ejercicio del derecho al trabajo de los recurrentes a un plazo indefinido y desproporcionado, bajo la excusa de la suspensión unilateral de labores prevista por el artículo 15° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, configura, en los hechos, un despido incausado, toda vez que no existe asidero legal que ampare dicho acto por parte de la entidad demandada” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2007).

Por lo tanto, una vez que la Autoridad Administrativa de Trabajo apruebe una suspensión perfecta de labores por causa fortuita o fuerza mayor, el empleador puede válidamente dejar de cumplir con su obligación de pagar la remuneración y brindar trabajo efectivo a sus trabajadores al existir una causa que justifica dicha medida.

Sin embargo, si transcurrido el plazo legalmente establecido, el empleador no reanuda el cumplimiento de dichas obligaciones, dicha conducta se convierte en vulneratoria del derecho al trabajo pudiendo ser calificada como despido y habilitando al trabajador para accionar en la vía que considere pertinente.

2.2. Suspensión de labores por cursado de carta de preaviso de despido por la comisión de falta grave

El Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, ha precisado que “(m)ientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle (...)” (art. 31).

Como vemos, la norma otorga una facultad discrecional al empleador el que, ante la sospecha de la comisión de una falta grave por parte del trabajador, puede “exonerarlo” de asistir al centro de labores. Creemos que se trata de una medida válida en tanto es admisible que quien tenga razones fundadas para creer que su empleado ha cometido algún acto desleal que lo ha perjudicado y puede seguir afectándolo, decida no permitirle el acceso a fin de preservar el buen funcionamiento de la empresa. A su vez, esta exoneración sirve al trabajador para que pueda dedicarse exclusivamente a la elaboración de sus descargos correspondientes.

En tal sentido, al existir duda sobre la integridad del trabajador resultaría legítimo que el empleador restrinja el derecho de ocupación efectiva mientras dure el trámite previo al despido o absolución, teniendo como límite siempre la razonabilidad de la medida además de que, como señala la norma, si resulta estrictamente necesario para garantizar el derecho de defensa, el empleador deberá permitir el acceso del trabajador a la empresa. Obviamente el abono de la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle al trabajador durante este periodo, deben ser garantizados.

Ahora bien, sobre el plazo que debe durar esta restricción la Corte Suprema ha establecido en la Casación N° 011355-2014-LIMA, cuál es la correcta interpretación del segundo párrafo del artículo 31 de la LPCL señalando que debe ser el siguiente:

Cuando en un procedimiento de despido, el empleador en uso de la facultad establecida en el segundo párrafo del art. 31 de la LPCL (...) elegí por dispensar al trabajador de su compromiso de ir al trabajo sin señalar un término para su reintegración, se admitirá como máximo el concedido en la carta de imputación de cargos, el mismo que será mayor a 06 días naturales y si se difiere el plazo para la exposición de descargos, se estaría prorrogando al trabajador para no acudir a su centro de trabajo con el deber de pagarle las remuneraciones y los otros beneficios y derechos que pudieran compensarle por dicha etapa, debiendo terminar esta segunda prórroga con la correspondiente misiva de despido o de absolución, según sea el caso. En ninguna forma, el plazo para la exposición de descargos superara un plazo acorde a la naturaleza de la falta atribuida. (Casación N° 11355-2014-Lima, 2015).

A esto habría que agregar que la norma establece, en su parte final, que en el procedimiento previo al despido debe observarse el principio de inmediatez; por lo tanto, si el referido procedimiento se prolonga de forma irrazonable sin que el empleador emita carta de absolución o despido y se insiste en el no acceso, nos

encontraríamos frente a una afectación al derecho a la ocupación efectiva y al debido procedimiento, pudiendo el trabajador impugnarlo como acto de hostilidad.

2.3. Suspensión de labores impuesta por el empleador o acordada entre las partes

La suspensión de labores puede ser imperfecta o perfecta. Será imperfecta cuando se suspende la obligación del trabajador de prestar sus servicios pero la obligación del empleador de pagar la remuneración no se suspende; y será perfecta cuando ambas obligaciones se suspenden.

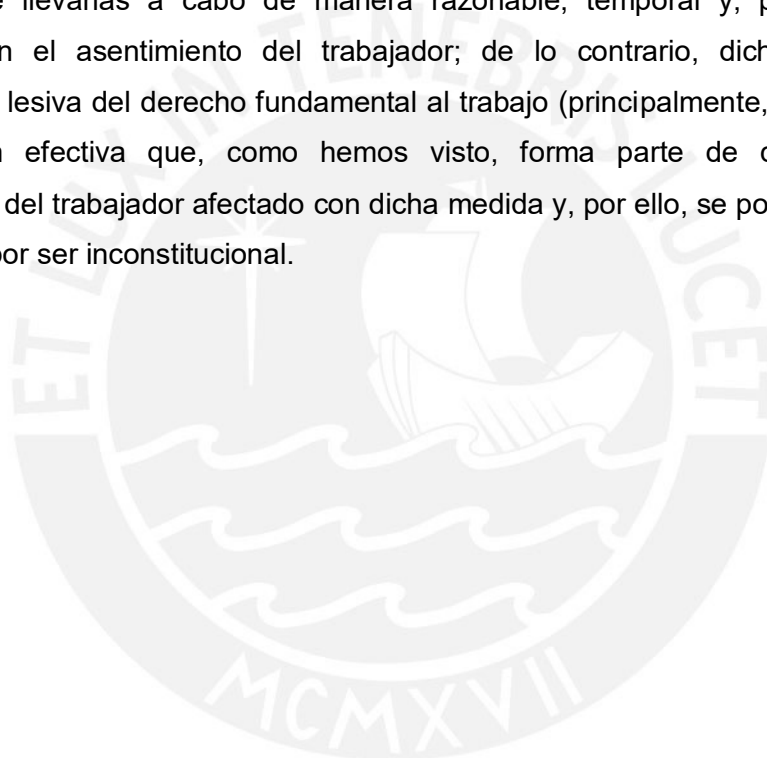
Ahora bien, resulta necesario determinar, en caso la suspensión de labores no sea permitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo, si es posible que se ejecute en casos distintos a los contemplados en la ley laboral (artículo 12 del Decreto Supremo N° 003-97-TR); por ejemplo, cuando por una necesidad operativa no se requiere personal en cierta área de la empresa por determinados días o cuando no existe el puesto de trabajo que ocupaba un trabajador que retorna a la empresa por mandato judicial luego de haber sido cesado.

Nosotros creemos que tanto la suspensión perfecta como la imperfecta de labores que se presente en supuestos distintos a los habilitados en la norma laboral, sea dispuesta unilateralmente por el empleador o acordada entre ambas partes, implica una limitación al derecho a la ocupación efectiva del trabajador ya que, como es evidente, durante el tiempo que dure la suspensión el empleador no brindará trabajo efectivo a sus trabajadores; y, debido a eso, debe exigirse que dicha limitación sea razonable (que exista una causa que justifique la suspensión), temporal (90 días como máximo como lo contempla el artículo 15 del Decreto Supremo N° 003-97-TR) y que cuente con el asentimiento del trabajador.

Debemos precisar que, a pesar de que en el caso de la suspensión imperfecta de labores no se afecte el derecho a la remuneración del trabajador (ya que el trabajador sigue percibiendo su salario), la exigencia de los requisitos señalados en el párrafo anterior también se debe presentar en este supuesto y así lo ha considerado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que ha expuesto lo siguiente:

Por ello, se debe aclarar que aunque la suspensión imperfecta no afecta directamente al interés del trabajador de recibir su remuneración regular, esto no tendría por qué acarrear que el empleador cuente con total libertad para establecer suspensiones de labores sin justificación alguna, ya que con estas medidas podrían verse afectados otros derechos como el derecho a la ocupación efectiva, el derecho a la igualdad, a la formación profesional, y, en general, se podría afectar la dignidad del trabajador. Incluso, se podrían afectar otros derechos de manera indirecta, como los derechos colectivos (negociación colectiva, libertad sindical, y huelga) (...) ²⁰ (el resaltado es nuestro).

En tal sentido, creemos que el empleador, al momento de ejecutar suspensiones de labores (perfectas o imperfectas) en situaciones distintas a las contempladas en la ley laboral, debe llevarlas a cabo de manera razonable, temporal y, principalmente, contando con el asentimiento del trabajador; de lo contrario, dicha suspensión devendría en lesiva del derecho fundamental al trabajo (principalmente, del derecho a la ocupación efectiva que, como hemos visto, forma parte de dicho derecho fundamental) del trabajador afectado con dicha medida y, por ello, se podría reconocer su invalidez por ser inconstitucional.



²⁰ Ver el Informe N° 118-2013-MTPE/2/16.1 de la Dirección de Regulación y Supervisión del Sistema de Inspección del Trabajo.

CAPÍTULO III: VÍAS PROCESALES Y PROCEDIMENTALES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA OCUPACIÓN EFECTIVA

Luego de exponer algunos alcances sobre el reconocimiento del rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva y algunas situaciones en que este derecho puede verse limitado, en este capítulo de nuestra investigación detallaremos cuáles vías procedimentales y procesales le permitirán al trabajador obtener tutela frente a la vulneración de tal derecho; siendo dichas vías las siguientes:

1. Proceso de amparo

Como hemos detallado anteriormente, el reconocer el rango constitucional del derecho a la ocupación efectiva (como contenido implícito del derecho fundamental al trabajo) habilita al trabajador afectado en dicho derecho a acudir al proceso de amparo para obtener la reparación de su derecho al trabajo frente a esta vulneración.

Sin embargo, para esto, el trabajador, previamente, deberá tener en cuenta tres exigencias propias del proceso de amparo:

1.1. Que se afecte el contenido constitucional del derecho fundamental

En efecto, el Código Procesal Constitucional (2004) señala lo siguiente:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

(...)”

Asimismo, indica esta norma procesal, que 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” (art. 38).

Con respecto a la incorporación de esta causal de improcedencia, los escritores del Código Procesal Constitucional expusieron que se trata de circunscribir el amparo a su

condición de proceso constitucional estrictamente referido a la protección de derechos constitucionales; y de proceso excepcional, distinto a los procesos judiciales ordinarios o especiales de otra índole. El fundamento de esta norma es corregir una grave distorsión observada en la utilización e instrumentación indebida del amparo en los últimos años; pues a menudo los litigantes recurrían a esta vía solo para sustentar una pretensión que no tiene carácter estrictamente constitucional o que tampoco forma parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente, sino a aspectos de regulación legal o de naturaleza secundaria, o incluso estatutaria, que no deben tutelarse por medio del amparo o que solo indirecta o lejanamente se respaldan en la Constitución (Sosa, 2012, pág. 9).

En base a lo visto, consideramos que un eventual reclamo por la vía del proceso constitucional de amparo vinculado a la vulneración del derecho a la ocupación efectiva superaría este primer filtro puesto que como anteriormente lo hemos precisado, el derecho a la ocupación efectiva forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo.

1.2. Que la agresión del derecho a la ocupación efectiva sea manifiesta

Conforme al artículo 9º del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2008).

El TC ha señalado que la ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros procesos, sino sólo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Esto implica que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2008).

En un mismo sentido se ha mencionado que la insuficiencia de estación probatoria en los procesos constitucionales de amparo encuentra su enunciado justificatorio en la interpelación de que el motivo constitucional de amparo no se encuentre sujeto a la amplia discusión probatoria de las razones ante la jurisdicción ordinaria, en vigilancia a la condición de tutela imperiosa que este tipo de proceso requiere. (Figueroa, 2012, págs. 1-23).

De ahí que el amparo constituya un proceso en el que el Juez no tiene, en esencia, que actuar pruebas, sino solo juzgar la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto reputado como lesivo, pues, en tanto vía de tutela urgente, este proceso requiere ser rápido, sencillo y efectivo. Por ello, en el proceso de amparo se está a la prueba de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2008).

Debe tenerse presente que en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamenten en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. Sin embargo, ello no impide que el Juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2008).

Por lo tanto, el hecho de que la norma señale que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria no significa que no se puedan presentar pruebas, sino que éstas tienen que ser de actuación inmediata, preferiblemente documentales.

Así lo ha señalado también el TC cuando nos indica que si bien el artículo 9º del Código Procesal Constitucional prescribe literalmente que no existe etapa probatoria en los procesos constitucionales, no implicaría que no puedan aceptarse demandas en las que se adjunte medios probatorios de actuación inmediata. Esto se debe a la naturaleza de los procesos constitucionales, en los que no se pretende acreditar un mejor derecho, sino establecer si determinado acto ha vulnerado algún derecho constitucional (Resolución del Tribunal Constitucional, 2011).

En tal sentido, cuando se pretenda demandar por la vía del amparo una lesión al derecho a la ocupación efectiva, el trabajador debe tener presente que la referida

vulneración debe estar adecuadamente demostrada, de ser posible a través de medios documentales (memorandums, cartas, emails, etc), a fin de poder superar este segundo filtro.

1.3. Que no exista una vía ordinaria igualmente satisfactoria que el proceso de amparo

El artículo 5 inciso 2 de nuestro Código Procesal Constitucional (2004) ha precisado que los procesos constitucionales no recibirán atención por parte de la justicia constitucional cuando “existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus (...)”(art. 5).

Como hemos tenido oportunidad de señalar en otra investigación (2011), los escritores que elaboraron el CPC manifiestan la razón de ser de este motivo de improcedencia en el deficientemente uso que, en la práctica, se hizo del proceso de amparo antes de la vigencia de esta norma. Así, la intención del anterior legislador era, pues, facilitar la procedencia del amparo y del hábeas corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían “otras vías judiciales disponibles y más apropiadas (pág. 21).

Sin embargo, los creadores del CPC examinaron que si bien el propósito de la Ley N° 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo) era meritorio y se asentaba en la práctica, su adaptación, finalmente, trajo nuevos dilemas y dificultades. Con ese fin, dicha norma proporcionó la ilícita utilización del amparo por varios litigantes, beneficiando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la cuestión de asuntos que, en estricto, no presumían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, siquiera, ni inclusive de un derecho directamente constitucional.

Este contexto buscó, por lo tanto, ser modificado a través de la instauración del motivo de improcedencia contemplado en el artículo 5 inciso 2 del CPC, gracias al cual el amparo será originario para la tutela de urgencia de un derecho constitucional a falta de distintas vías judiciales concretas, equivalentemente satisfactorias y protectivas.

De este modo, el propósito del grupo de escritores del CPC era edificar en nuestro sistema un amparo de orden residual, esto quiere decir, un sistema en el que el juez constitucional ante una demanda de amparo (o hábeas data), debía revisar si en la jurisdicción ordinaria existía un proceso so judicial equivalentemente satisfactorio que el proceso constitucional, pues de producirse esto debía expresar improcedente dicha demanda. Esto, aparentemente, causaría que los despachos judiciales no se vean colmados de incontables demandas de amparo, escenario que sucedía hasta antes de la circulación del CPC.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de explicar la aplicación práctica de esta previsión procedimental. Y lo ha hecho al resolver tres (3) casos en los que ha perfilado supuestos en los que deberá reconocerse que existe una vía idénticamente satisfactoria. Estos están comprendidos en las sentencias emitidas en el Exp. N° 01417-2005-AA/TC, N° 0206-2005-PA-TC y N° 02383-2013-AA/TC. En estas sentencias el Tribunal Constitucional ha instituido, por medio de la técnica del precedente constitucional vinculante, que determinadas pretensiones no podrán ser tuteladas por mediación del proceso de amparo, sino que deberían ser dilucidadas en procesos judiciales que asumen las características de ser vías idénticamente satisfactorias.

La primera de las sentencias, la STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 12 de julio de 2005, contempla un precedente constitucional vinculante que señaló que algunas pretensiones que no se encuentran vinculadas con el contenido constitucional del derecho fundamental a la pensión serán atendidas por medio del proceso contencioso administrativo.

La segunda de las sentencias, la STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC, publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 14 de diciembre de 2005, contempla asimismo un precedente constitucional vinculante que establece que algunas pretensiones conexas con los problemas que nacen en las relaciones del trabajo en el régimen laboral privado como en el público corresponderán ser atendidas en el proceso laboral y en el proceso contencioso-administrativo, correspondientemente.

Y, en relación a la tercera de estas sentencias, el TC estableció cuatro reglas para analizar cuando una vía (específicamente, la vía del proceso abreviado laboral regulada en la Ley N° 29497) es igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales: i) Que la estructura del proceso sea idónea para la tutela

del derecho; ii) Que la resolución que se emita brinde tutela adecuada; iii) Que no exista riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Pues bien, sobre lo igualmente satisfactorio, según Castillo Córdova, se define desde un punto de vista material, es decir, atendiendo al objeto de protección (la *igual* protección del derecho constitucional que se obtendría a través del amparo), como desde un punto de vista formal, es decir, atendiendo al mecanismo procesal previsto para lograr el objeto de protección (la previsión de un proceso que asegure la *igual* protección) (2006:293).

De estos dos criterios, podemos extraer algunas exigencias que permitan definir a una vía procedimental específica como *igualmente satisfactoria*.

Primero, que la vía judicial no debe servir solo para conseguir el resultado de salvación del derecho constitucional afectado, sino que dicha salvación debe mantener una **relación de igual** con la salvación que dispensa el proceso de amparo. La doctrina, al respecto, ha señalado que “la sola existencia de una vía judicial como mecanismo de protección de un derecho fundamental, no significa *per se* que la misma sea, en todos los casos o supuestos igualmente satisfactoria, que la estrictamente constitucional. Dicha vía, debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o satisfacer con igual intensidad la pretensión reclamada” (Sáenz 2005:135).

Segundo, la vía judicial debe ser **sumaria**. No obstante, esta sumariedad, no necesariamente exige que coincidan los plazos y las etapas procesales entre el proceso de amparo y el proceso judicial ordinario. Basta “con una coincidencia razonable, es decir, que suponga una pronta y oportuna respuesta del órgano judicial para la salvación del derecho constitucional” (Castillo 2006: 295).

Tercero, la vía judicial debe ser una vía especialmente **eficaz**. Sobre este elemento, hay que anotar que el proceso de amparo no sólo es idóneo para alcanzar la protección de un derecho constitucional en un plazo corto, sino que, además, lo hace de una manera especialmente eficaz. Esa especial eficacia se manifiesta en tres situaciones (Castillo 2006: 296): a) en la posibilidad de plantear medidas cautelares; b) en que permite reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de

violación de un derecho constitucional; y, c) en la pronta ejecución o actuación de la sentencia firme.

Inicialmente, hemos distinguido que el proceso abreviado laboral configurado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo sí tiene estas tres particularidades. Nos autoriza que se incluyan medidas cautelares con antelación de comenzado un proceso o dentro de este, predestinadas a asegurar la eficacia de la transcendental pretensión. También, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, con la finalidad de hacer más expeditiva la concesión de una medida cautelar, ha señalado que se impone sin comprensión de la contraparte.

Sin embargo, se debe analizar las materias que pueden ser tramitadas en el proceso abreviado laboral para determinar si podría considerarse vía igualmente satisfactoria en el caso de una vulneración al derecho a la ocupación efectiva. En efecto, el proceso abreviado laboral puede ser iniciado ante el juez especializado de trabajo o ante el juez de paz letrado laboral. En el primer caso, esto dependerá de un criterio puramente material y, en el segundo, se tendrá en cuenta un criterio cuantitativo.

El artículo 2 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo menciona que el juez de trabajo conocerá, por medio del proceso abreviado laboral, “la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única” (inciso 2) y “las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical” (inciso 3). Esta repartición de competencias está, se puede observar, guiada por un juicio material y, asimismo, por la contemplación de que estos dos asuntos guardan tal importancia que su tutela requiere mecanismos breves y expeditivos.

En relación al criterio cuantitativo, el artículo 1 inciso 1 expresa que los juzgados de paz letrados laborales conocen en el proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas a obligaciones de pago no mayores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP) producidas con motivo de la prestación propia de servicios de naturaleza cooperativista, laboral o formativa, respectivas a detalles conexos o sustanciales, inclusive posteriores o previos a la contribución efectiva de servicios.

Se puede apreciar, entonces, que el proceso abreviado laboral, que por sus características sí podría ser vía igualmente satisfactoria, se ha previsto exclusivamente para pretensiones de reposición, relativas a la libertad sindical o que tengan contenido patrimonial y no superen las 50 URP.

En tal sentido, se corrobora que en ninguno de dichos supuestos se podría encuadrar una pretensión de cese de la vulneración al derecho a la ocupación efectiva y, consecuentemente, la vía para hacer valer este derecho sería la del proceso ordinario laboral. Sin embargo, esta vía contiene una serie de actos y diligencias, además de plazos más extensos que el proceso de amparo, por lo que no puede ser considerada como una vía igualmente satisfactoria.

Po expuesto, es posible concluir que al no existir una vía igualmente satisfactoria, el trabajador afectado en su derecho a la ocupación efectiva, tendría expedito el derecho a recurrir al proceso de amparo.

2. Proceso laboral

Frente a una afectación al derecho a la ocupación efectiva, y en caso el trabajador decida no recurrir al proceso de amparo (porque no se cumplen las tres exigencias detalladas en el punto anterior), puede acudir, como se dijo, al proceso ordinario laboral que regula la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, para reclamar el cese de dicha afectación.

En este punto, debemos precisar que la afectación al derecho a la ocupación efectiva constituye un acto de hostilidad²¹. Cabe recordar que el acto de hostilidad se produce en el momento en que el empleador, con un determinado accionar, ocasiona al trabajador algún perjuicio previsto en la norma pertinente.

En términos generales se considera como actos de hostilidad a aquellas conductas del empleador que implican el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo y que pueden dar lugar a su extinción. Empero, en nuestra legislación laboral, específicamente en el artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728°, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se considera que no todos los incumplimientos de obligaciones del empleador son considerados como actos de hostilidad, habiéndose optado por una lista cerrada de conductas del empleador que pueden originar la extinción de la relación laboral (Casación Laboral N° 16443-2014, 2015).

²¹ El acto de hostilidad en este caso estaría tipificado en el literal g) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR que establece que “son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: (...) g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador”.

En efecto, en el Decreto Supremo antes citado se ha establecido que se consideran actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

Artículo 30°.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

En este caso, una lesión al derecho a la ocupación efectiva del trabajador puede perfectamente ser encuadrado en el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 30 citado, dado que se trata de un acto que afecta la dignidad del trabajador. Por lo tanto, el trabajador, frente a dicha hostilidad, puede, tal como lo establece la normativa laboral, dar por extinguida la relación laboral (autodespido) y reclamar su indemnización por despido arbitrario o demandar el cese del acto hostilizadorio.

En ambas situaciones, se deberá previamente emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

En el supuesto de que el trabajador, ante la negativa del empleador de enmendar su conducta, opte por demandar en la vía laboral deberá, como se indicó, recurrir a la vía del proceso ordinario laboral.

3. Procedimiento de fiscalización laboral

Finalmente, como última vía de protección de este derecho encontramos al procedimiento administrativo de fiscalización laboral, a cargo de la SUNAFIL o las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo²².

²² Según las reglas de competencia señaladas en el Decreto Supremo N° 015-2013-TR, que precisa el ejercicio de la función inspectiva de trabajo a cargo de los Gobiernos Regionales.

Esta competencia para fiscalizar y sancionar al empleador cuando lesione este derecho permitirá que la Autoridad Inspectiva de Trabajo imponga la sanción por la infracción muy grave contemplada en el artículo 25 numeral 25.14 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR²³ que implicaría una multa que iría de 0.23 a 0.68 Unidades Impositivas Tributarias (UITs) si la empresa fiscalizada es una microempresa; 0.77 a 7.65 UITs si la empresa fiscalizada es una pequeña empresa; y 2.25 a 45 UITs si la empresa es una no MYPE (que no es ni micro ni pequeña empresa). En todos estos casos, los rangos de multas serán precisados dependiendo del número exacto de trabajadores afectados.

3.1. La fiscalización laboral como mecanismo de protección de los derechos fundamentales laborales

Uno de los mecanismos que permite velar por el cumplimiento de la normativa laboral es la inspección laboral²⁴. Según el Convenio 81 de la OIT, ratificado por nuestro país el 1 de febrero de 1960, la inspección del trabajo se encarga de: a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión (...); b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; y, c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes (Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947).

Puede evidenciarse de este reconocimiento de la inspección del trabajo en la normativa internacional, la importancia de este mecanismo de protección de la eficacia de la normativa sociolaboral. Así, la Oficina Internacional del Trabajo ha señalado, con acierto, que la inspección laboral es una parte esencial del sistema de administración del trabajo, cuya función fundamental consiste en velar por la aplicación y promover el cumplimiento efectivo de la legislación laboral. De los servicios de inspección depende

²³ “Artículo 25.- Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos: (...) 25.14 Los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales”.

²⁴ Sobre el particular puede verse HUAMAN ESTRADA, Elmer; EGUSQUIZA PALACÍN, Beatty. *Cómo afrontar una Inspección de Trabajo*. Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición: Setiembre 2016. pp. 11-12

la eficacia de dicha legislación, ya que disponen de extensas facultades y funciones cuyo ámbito rebasa ampliamente el campo de los procedimientos estrictamente disciplinarios (Oficina Internacional del Trabajo, 2010, pág. 9).

Y, más específicamente, se ha reconocido esa íntima relación existente entre la inspección laboral y el respeto de los derechos sociolaborales cuando se ha afirmado que la existencia de un sistema eficaz de inspección del trabajo, capaz de enfrentar a los retos de una sociedad y una organización productiva en constante cambio y de creciente complejidad, es un elemento central para la promoción del trabajo decente. Un sistema de inspección que funcione adecuadamente es vital para garantizar el efectivo cumplimiento de la legislación laboral y la protección de los trabajadores y trabajadoras (...) (Organización Internacional del Trabajo, 2010, pág. 5).

En un mismo sentido, se ha precisado que la administración del trabajo es un instrumento que está disponibilidad de los gobiernos para conseguir las metas de trabajo digno de la Organización Internacional del Trabajo, para fortificar la legislación laboral, y también para otorgar resultados a las muchas dificultades complicadas que afronta el universo del trabajo (...) (Casale & Sivananthiran, 2011, pág. 3)".

Resulta, pues, bastante clara la importancia de los sistemas de inspección del trabajo en la protección y búsqueda del trabajo decente, el respeto de la dignidad del trabajador y la protección de los derechos fundamentales en el plano internacional y nacional, más aún en el actual escenario en el que la globalización y la recesión económica ha generado un aumento en la precarización del empleo. Por ello, estos últimos cambios en el ámbito industrial y social, a escala nacional e internacional, "requieren de los inspectores actuaciones en torno a nuevas prioridades, con diferentes métodos de investigación y acción" (Vega 2013:9).

Por lo expuesto, concluimos que la ausencia de un Sistema de Inspección del Trabajo o su existencia débil constituyen, pues, una barrera para conseguir el respeto de los derechos laborales fundamentales -entre los cuales se encuentra el derecho a la ocupación efectiva- en el mundo de las relaciones de trabajo. En nuestro país, desde el año 2013, con la creación de la Sunafil y la reforma de la escala de multas, se ha reformado el sistema inspectivo nacional; no obstante, consideramos que existen puntos que aún no se han regulado adecuadamente para que podamos hablar de una protección íntegra.

3.2. Carácter de subsanable de la infracción por vulneración del derecho a la ocupación efectiva

La infracción administrativa cometida por el empleador cuando afecta el derecho a la ocupación efectiva será subsanable si la afectación persiste, esto es, si aún no le da trabajo efectivo al trabajador; pues, en caso ya haya cesado dicha afectación al haber finalizado el vínculo laboral o al haber el trabajador recuperado su trabajo efectivo, la infracción se habría tornado en insubsanable.

Definir el carácter de subsanable o insubsanable de esta infracción es sumamente importante porque, de ser lo primero, el empleador podría remediar su conducta en el trámite de la fiscalización laboral, pudiendo liberarse del pago de toda la multa si la subsanación se realiza en la etapa inspectiva o pudiendo reducirla si la subsanación se produce en las distintas etapas del procedimiento sancionador.

En cambio, si la infracción es insubsanable, el empleador no podrá –valga la redundancia- subsanar la infracción y, por ello, no podrá acogerse a reducción alguna de la multa, salvo la reducción automática a la que se verá beneficiado *ope legis* en aplicación de la Ley N° 30222 (vigente para aquellas inspecciones que iniciaron antes del 12 de julio del 2017).

Esta disquisición que hemos efectuado encuentra desarrollo normativo en lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 49 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR Ley General de Inspección del Trabajo (2006), que establece lo siguiente:

“(…). Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos (…)” (art. 49).

La norma antes reseñada precisa que una infracción será subsanable cuando, pese a haber producido una afectación de un derecho laboral de los trabajadores, dicha afectación puede ser revertida en sus efectos; es decir, se reconoce que la infracción subsanable es aquella en la que ya se afectó un derecho del trabajador, pero, aún a pesar de ello, los efectos de dicha afectación puedan ser revertidos.

Pensemos, por ejemplo, en el no pago de la gratificación de diciembre de 2016 de un trabajador. Si en febrero de 2017 se fiscalizara el cumplimiento de esta obligación, y se detectará que el empleador no ha cumplido con el pago de este beneficio en la oportunidad correspondiente, se podrá advertir que en esta fecha ya se generó una

afectación al trabajador que no recibió su gratificación en la oportunidad correspondiente.

En este sentido, debe precisarse, y así lo establece el artículo 49 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que una infracción será subsanable cuando los efectos de la afectación o el incumplimiento pueden ser revertidos. En el ejemplo detallado en el punto anterior, los efectos de la afectación o incumplimiento pueden ser revertidos, ya que el empleador puede aún pagar la gratificación de diciembre 2016 debida al trabajador.

En cambio, si se fiscalizará la existencia de un accidente mortal y se determinara que la empresa fue responsable de dicho accidente, nos encontraríamos frente a una infracción insubsanable ya que los efectos de la afectación (la muerte del trabajador) no pueden ser revertidos (¿cómo revertir la muerte de un trabajador?).

Relacionado al análisis presente en esta investigación, la infracción por existencia de un acto hostilizador por afectación a la dignidad del trabajador, consistente en la lesión de su derecho a la ocupación efectiva, es una infracción subsanable siempre que la situación mantenga sus efectos y, por ende, puedan ser revertidos. ¿Y cómo serían revertidos? Pues otorgando trabajo efectivo al trabajador.

Entonces, queda claro que una infracción es subsanable no porque no se haya afectado a un trabajador (siempre va a existir dicha afectación en toda infracción, por eso es una infracción), sino porque existiendo afectación los efectos de dicha afectación pueden ser revertidos, es decir, puede dejar de afectarse al trabajador o en otras palabras, puede cesar y remediarse la afectación.

Asimismo, al momento de definir cuándo una infracción es subsanable se debe revisar lo precisado en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30222, que ha indicado que la Inspección de trabajo privilegia la prevención y corrección de las conductas infractoras. Así, durante un periodo de tres (3) años, desde la entrada en vigencia de la citada norma (12 de julio del 2014) hasta la actualidad, se preferirán las acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras.

En la misma línea se pronuncia el Decreto Supremo N° 010-2014-TR, cuando señala, en sus artículos 2 y 3, la finalidad preventiva del Sistema de Inspección de Trabajo y que, la consecuencia de la subsanación de infracciones laborales (dependiendo del momento en que ello se ejecute), importan una respuesta favorable por parte del

aparato inspectivo, dando por concluido el procedimiento si dicha subsanación se da antes de la emisión del acta de infracción.

3.3. Suspensión de la fiscalización laboral en caso exista un proceso judicial en trámite

Ahora, ¿qué ocurriría si, en plena fiscalización laboral sobre una posible infracción laboral por afectación a la ocupación efectiva, se toma conocimiento de que existe un proceso de amparo o un proceso laboral en el que se cuestiona la existencia de dicha afectación?

En este escenario, consideramos que nos encontraríamos frente a lo que, en una investigación que hemos realizado anteriormente, hemos denominado “(...) proceso judicial vinculado”, esto es, un proceso judicial en el que las materias, las partes y el fundamento laboral sean los mismos que el procedimiento administrativo (Huamán, 2014, pág. 46).

Frente a esta situación, somos de la idea de que la suspensión del procedimiento sancionador debería proceder como regla general siempre que exista un proceso judicial “vinculado”. Los fundamentos para sostener la conclusión anterior son dos: a) el reconocimiento de la supremacía del Poder Judicial por sobre la Administración Pública (representada por Sunafil en lo que nos concierne); y, b) el respeto de la seguridad jurídica.

Sobre la supremacía del Poder Judicial en contraposición a la Administración Pública, creemos que ésta proviene de la facultad que tiene el primero de examinar las acciones de la segunda (y no viceversa) en vista de que solamente las acciones del primero están recubiertos de la calidad de cosa juzgada; y por ello consideramos que, en caso ambos poderes estatales analicen una misma materia, debe ser la Administración Pública la que suspenda su funcionamiento a esperas de que el Poder Judicial resuelva el conflicto sometido al análisis de ambos.

Respecto al principio de seguridad jurídica, creemos que el mismo impide o rechaza la existencia de pronunciamientos contradictorios por parte del Estado sobre una controversia jurídica similar. En ese sentido, si una misma materia es analizada por la Inspección del Trabajo y por el Poder Judicial, es factible que ambos arriben a soluciones diferentes y hasta contradictorias. Al fin y al cabo, dichos entes actúan

como manifestaciones del Estado, por lo que la contradicción provendría de una misma fuente.

Sobre la base de estos dos principios, consideramos, a manera de colofon, que en caso exista un proceso laboral y una fiscalización laboral, en las que en ambas se analice una afectación a la ocupación efectiva, el segundo de estos mecanismos deberá suspenderse a esperas del resultado de primero a fin de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad tanto del trabajador como del empleador.

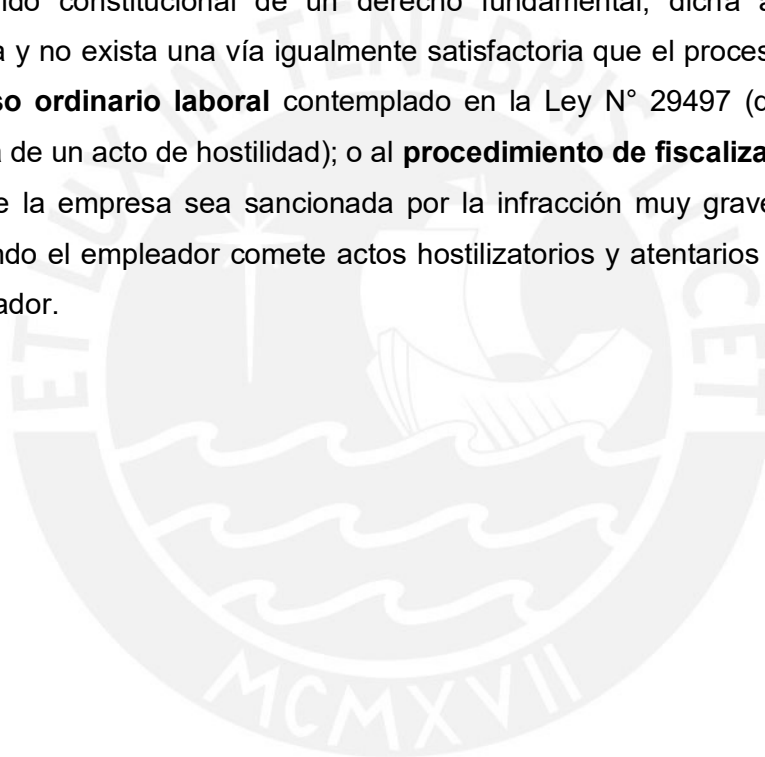


CONCLUSIONES

1. Como parte del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo debe reconocerse, con la calidad de nuevo contenido implícito, al derecho a la ocupación efectiva, ya que esta trascendencia constitucional ha sido reconocida por la doctrina (comparada y nacional) y por la Corte Suprema de Justicia de Lima.
2. Asimismo, el derecho a la ocupación efectiva no solo tiene rango constitucional por formar parte del contenido del derecho fundamental al trabajo, sino que también encontraría conexión con otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución como lo son el principio-derecho de dignidad humana; el derecho a la vida, identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; y el derecho a la igualdad; entre otros.
3. Resulta de trascendental importancia reconocer la jerarquía constitucional del derecho a la ocupación efectiva, ya que esto implica que, al tener este rango, ni el legislador (a través de una ley), ni el Poder Ejecutivo (cuando reglamenta una norma o cuando ejecuta su potestad sancionadora) ni el Juez (cuando resuelve un caso) puedan desconocer su contenido; y, además, ante una lesión de este derecho, se habilita que el trabajador pueda acudir al proceso constitucional de amparo a demandar el cese en la afectación de este derecho de rango constitucional.
4. En la práctica cotidiana, se presentan limitaciones al derecho a la ocupación efectiva que pueden ser administrativas (impuestas por la Administración Pública) o empresariales (dispuestas por el empleador). Respecto a las primeras -que acarrearían cierres temporales de la empresa debido a incumplimientos normativos en los que incurra-, pueden ser impuestas por distintas Autoridades Administrativas (inspectiva, tributaria, ambiental, municipal, etc.) y aunque resulte válida la limitación que con ellas se produce del derecho a la ocupación efectiva, el empleador no se libera de cumplir con el pago de la remuneración ya que el cierre temporal es únicamente imputable a él.
5. En relación con las limitaciones empresariales provenientes de la voluntad del empleador, encontramos las permitidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo (en situaciones de caso fortuito y mayor) que justifican la limitación del derecho a

la ocupación efectiva y también el derecho a la remuneración al encontrarse basadas en una situación permitida por la ley.

6. Pero también existen otros casos en los que se produce una suspensión (imperfecta o perfecta) de labores en supuestos distintos a los contemplados en la ley laboral; y que para resultar válidos -al afectar el derecho a la ocupación efectiva- exigirían que la suspensión sea: a) **razonable**, b) **temporal** y, c) **aceptada por el trabajador**.
7. Finalmente, cuando se produzca una afectación del derecho a la ocupación efectiva, el trabajador puede acudir al **proceso de amparo** (siempre que se afecte el contenido constitucional de un derecho fundamental, dicha afectación sea manifiesta y no exista una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo); al **proceso ordinario laboral** contemplado en la Ley N° 29497 (denunciando la existencia de un acto de hostilidad); o al **procedimiento de fiscalización laboral** a fin de que la empresa sea sancionada por la infracción muy grave contemplada para cuando el empleador comete actos hostilизatorios y atentarios de la dignidad del trabajador.



BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.

2005 *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, dictámenes e índice analítico. (Segunda ed.). Lima: Palestra*

ALEXY, Robert.

1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ARAGÓN, M..

1998 La Constitución como paradigma. En U. N. México, *El significado actual de la Constitución* (Primera ed., pág. 598). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ARCE ORTIZ, Elmer.

2008 *Régimen laboral de los artistas en el Perú*. Lima: Palestra.

ARCE ORTIZ, Elmer.

2013 *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias* (Segunda ed.). Lima: Palestra Editores.

ARDÓN, V.

1999 *El Poder de Dirección en la Empresa*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

BERNAL PULIDO, Carlos

2015 Derechos Fundamentales. En J. Fabra, J. Fabra, & V. Rodríguez (Edits.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Primera ed., Vol. 2, págs. 1571-1594). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BIDART, G.

2002. Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. *Revista Derecho y Sociedad*.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2003 El derecho al trabajo en la futura constitución. *Derecho PUCP*(56), 795-824.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2007 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (Primera ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2007 *El acoso moral en la relación de trabajo* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011.

CABANELLAS, Guillermo

1988 *Contrato de Trabajo. Parte general* (Tercera ed., Vol. 4). Buenos Aires: Editorial Heliasta.

CANESSA, M.

2009 Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional. *Derecho PUCP*(63), 349-373. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2984>

CARPIZO, J.

2009 El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 42(125), 735-794.

CARRILLO, M.

2011 La estabilidad de entrada y de salida como expresiones del principio de continuidad una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*(12), 179-186.

CASALE, G., & SIVANANTHIRAN, A.

2011 *Los fundamentos de la administración del trabajo* (Primera ed.). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

CASTILLO CORDOVA , Luis

2004. El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo. *Asesoría Laboral: Revista especializada en derecho del trabajo, seguridad social y recursos*, 14(167), 9-14.

CASTILLO CORDOVA , Luis

2008. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.

CASTILLO CORDOVA , Luis

2011 Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*(37), 23-38.

CASTILLO CORDOVA , Luis

2002 Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho* , 3(3), 25-53.

CASTILLO CORDOVA , Luis

2004 El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Foro Jurídico*, 149. Consulta 20 de enero de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/13783/14407/>

Q

CASTILLO CORDOVA , Luis.

2005 ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales*(12), 99-129.

CASTILLO CORDOVA , Luis

2005 Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, 144-149.

CASTILLO CORDOVA , Luis

2005 El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Peruana de Derecho Público*, 6(11), 127-151.

- CASTILLO CORDOVA , Luis
2007. *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general.* Lima: Palestra.
- CASTILLO CORDOVA , Luis
2008 Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos. *Gaceta constitucional.*
- CASTILLO CORDOVA , Luis
2010 El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(14), 89-118.
- CASTILLO CORDOVA , Luis
2014 Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. *Gaceta Jurídica*, 15-30.
- CASTILLO CORDOVA , Luis
2014 Un precedente vinculante que fue norma constitucional. *Gaceta constitucional-Gaceta Jurídica.*
- CIANCIARDO, J.
2000 *El conflictivismo en los derechos fundamentales.* Pamplona: EUNSA.
- CIANCIARDO, J.
2004 *El principio de razonabilidad: Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad.* Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo De Palma.
- CRUZ VILLALÓN , Jesús
2008 *Compendio del Derecho del Trabajo* (Primera ed.). Madrid: Tecnos.
- DE LAMA LAURA, Manuel
2012. La ocupación efectiva como derecho y deber: algunas consideraciones e torno a su tratamiento en el Derecho Laboral peruano. *Gaceta Jurídica.*
- FIGUEROA GUTARA, Edwin
2012 El Proceso de Amparo: Alcances, Dilemas y Perspectivas. *Revista de Investigación Jurídica IUS.*
- GARCÍA, O.
2017 *Constitucionalidad del tratamiento diferenciado que otorga el régimen de jubilación minera en el Sistema Nacional de Pensiones.* Tesis de licenciatura en Derecho, Piura.
- GARCÍA, V.
2011 *Progresividad de los derechos humanos: El derecho a la salud.* Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur.
- GRISOLIA, J.
2005 *Derecho del trabajo y de la seguridad social.* Buenos Aires: Lexis Nexis.
- GUANCHE, A.
1993 *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva.* Madrid: Civitas.

HERRERA, Ricardo

2011 La estabilidad laboral de salida en las modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo. *Ius et Veritas*.

HUAMÁN ESTRADA, Elmer

2011 El proceso abreviado laboral en el nuevo proceso de trabajo como vía igualmente satisfactoria. *Soluciones Laborales*.

HUAMÁN ESTRADA, Elmer

2014 La suspensión del procedimiento de inspección laboral frente a la existencia de un proceso judicial laboral "vinculado". *Soluciones Laborales*.

HUAMÁN ESTRADA, Elmer

2019). El derecho a la ocupación efectiva en el derecho peruano. (F. Varela , Ed.) *Actualidad Laboral*, 183.

MARCHAL, N.

2017 *El Derecho comparado en la docencia y en la investigación*. Madrid: DYKINSON S.L.

MARTÍN, A.

1980 Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española. En *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución AA.VV.* . Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

MARTÍNEZ, A.

1997 *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

MONTOYA, A.

2009 *Derecho del Trabajo* (Trigésima ed.). Madrid: Tecnos.

NEVES, J.

1999 La cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución y los derechos laborales. *Ius et Veritas*.

NEVES, J.

2002 Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de estabilidad en el trabajo. *Derecho & Sociedad N° 137*.

NEVES, J.

2002) Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica. *Asesoría Laboral N° 142*.

NOGUEIRA, H.

2005 Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. (C. Contreras , Ed.) *Revista Ius et Praxis*, 11(2), 15-64.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2010 Administración e inspección del trabajo: Desafíos y perspectivas. *La inspección laboral en una encrucijada*. Ginebra, Suiza.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2010 *Las buenas practicas de la inspección del trabajo en Brasil: La prevención y erradicación del trabajo infantil*. Brasilia: Oficina Internacional del Trabajo.

ORTECHO, V.

2006 *Los derechos humanos. Su desarrollo y protección* (Primera ed.). Lima: BLG Ediciones.

PACHECO, Luz

2010 Las vías procedimentales para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos. (S. Castañeda, Ed.) *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, 761-788.

PALOMEQUE, M., & Alvarez, M.

2018 *Derecho del Trabajo. 18ª edición*, Editorial Ramón Areces, Madrid, p. 633. (Vigesimoséptima ed.). Madrid: Ramón Areces.

PAREJO, L.

1981 El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(3).

PINGO, J

2016 *Los pactos de exclusividad y no competencia contractuales y post contractuales: inclusión o no en el régimen laboral privado*. Tesis Profesional de Derecho, Universidad de Piura, Piura.

PRIETO, L.

2000 La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Revista Derechos y Libertades*, 5(8), 439.

ROBLES, C.

2008 *Los límites al Tribunal Constitucional Peruano*. Obtenido de Blog de Carmen del Pilar Robles Moreno:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/carmenrobles/tag/tribunal-constitucional/>

RODRÍGUEZ-ARMAS, M.

1996 El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*(13), 41-76.

SALVIOLI, F.

2004 La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 39, 109.

SALVIOLI, F.

2004 La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos N° 39*.

SÁNCHEZ, R.

2007 *El principio de proporcionalidad*. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SERNA, P., & Toller, F.

2000 *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos.* Buenos Aires: La Ley.

SMEND, R.

1971 *Conferencia con motivo del décimo aniversario de la existencia del Tribunal Constitucional Federal* (Segunda ed.). Karlsruhe: Das Bundesverfassungsgericht.

SOSA, J.

2012 La procedencia en el proceso de amparo. *Gaceta Constitucional*, 262.

VILLAVICENCIO, A.

2013 El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Derecho PUCP*(71), 309-339.



NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

- Código Procesal Constitucional. (28 de Mayo de 2004). *Ley N° 28237*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Constitución de la República del Perú. (Noviembre de 2016). Artículo 201. *Decima Primera*. Lima, Perú.
- Constitución Española. (27 de Diciembre de 1978). Artículo 53. Capítulo Cuarto: De las garantías de las libertades y derechos fundamentales [Título I]. España: Cortes Generales.
- Constitución Política del Perú. (29 de Diciembre de 1993).
- Convenio sobre la inspección del trabajo. (11 de Julio de 1947). Artículo 2 [Parte I]. *Convenio OIT 81*. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo.
- Texto Único Ordenado del Código Tributario. (19 de agosto de 1999). Artículo 82 [Capítulo III]. *Decreto Supremo N° 135-99-EF*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Ley de Fomento del Empleo. (18 de Julio de 1995). Artículo []. *Ley N° 26513*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Ley de Fomento del Empleo. (18 de Julio de 1995). Artículo 51 [Título II]. *Ley N° 26513*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (27 de Marzo de 1997). *Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (21 de Marzo de 1997). *Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. (23 de Mayo de 1949). Artículo 19: Restricción de los derechos fundamentales [Título I]. Bonn, Alemania: Bundestag Alemán.
- Ley General de Inspeccion del Trabajo. (19 de Julio de 2006). *Ley N° 28806*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Ley General de Salud. (9 de Julio de 1997). Artículo 130 [Título Sexto]. *Ley N° 26842*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Ley General del Ambiente. (15 de Octubre de 2005). Artículo 136: De las sanciones y medidas correctivas [Título IV]. *Ley N° 28611*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Ley Orgánica de Hidrocarburos. (21 de Agosto de 2007). Artículo 10: Competencia de OSINERGMIN [Título I]. *Ley N° 26221*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Ley Orgánica de Municipalidades. (6 de Mayo de 2003). Artículo 49: Clausura Retiro o Demolición [Título III]. *Ley N° 27972*. Lima: Diario Oficial El Peruano.

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (22 de julio de 2004). Artículo 1[Título I]. *Ley N° 28301*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Nueva Ley Procesal del Trabajo. (13 de Enero de 2010). Artículo 51: Traslado y contestación [Título II]. *Ley N° 29497*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.



JURISPRUDENCIA

- Sentencia Constitucional, N° 11/1981 (Tribunal Constitucional Español 8 de Abril de 1981).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 1874-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 19 de Diciembre de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 005-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 3 de Octubre de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 11 de Noviembre de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N.° 2050-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 16 de Abril de 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 3548-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 28 de Junio de 2004).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 3330-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 11 de Julio de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 0048-2004-PI/TC, F.J. N° 05 (Tribunal Constitucional Peruano 1 de Abril de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 1417-2005-AA/TC, F.J. 21 (Tribunal Constitucional Peruano 8 de Julio de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N.° 045-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 29 de Octubre de 2005).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 9707-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 23 de Febrero de 2006).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 9148-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 13 de Noviembre de 2007).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 04762-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 22 de Setiembre de 2008).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 00263-2012-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 22 de Octubre de 2012).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N.° 02710-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 23 de Abril de 2012).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 03861-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 29 de Octubre de 2014).
- Resolución del Tribunal Constitucional, N.° 03042-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 22 de Setiembre de 2011).

- Casación Laboral N° 16443-2014. (8 de Setiembre de 2015). *Pago de beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario*. Lima, Perú.
- Casación N° 11355-2014-Lima. (12 de Noviembre de 2015). IV Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Lima.

