



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ALGUNAS CRÍTICAS AL CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN DEFENSA DEL DERECHO AL TRABAJO

Luis Castillo-Córdova

Perú, febrero de 2006

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2006). Algunas críticas al criterio del Tribunal Constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo. *Diálogo con la jurisprudencia*, (89), 39-52.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN DE LIBERTAD DEL DERECHO AL TRABAJO

Como ya lo he argumentado en otra parte, los derechos fundamentales tienen una doble dimensión en su contenido constitucionalmente protegido: una dimensión de libertad o subjetiva y una dimensión prestacional u objetiva¹. Esta doble dimensión –y como no podía ser de otra forma– puede ser predicada igualmente del contenido constitucional del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo tiene una dimensión de libertad y una dimensión prestacional. En lo que respecta a la dimensión de libertad, el derecho al trabajo atribuye a su titular la facultad de elegir libremente acceder o no a un puesto de trabajo, y –consecuentemente– elegir libremente permanecer en él. Esta dimensión de libertad del derecho al trabajo está recogida en el artículo 2.15 CP: todos tienen el derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley.

La libertad de trabajo ha sido definida por el Tribunal Constitucional “como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella”². Con otras palabras, el derecho a la libertad de trabajo “comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo”³.

A nadie se le puede obligar a trabajar, o a trabajar en un determinado puesto de trabajo. En particular, esta dimensión de libertad del derecho al trabajo viene especialmente vinculada con los trabajadores independientes. Una persona que se decide crear una empresa, no sólo está ejerciendo su libertad de empresa, sino también se está decidiendo por una concreta actividad ocupacional, es decir, ejercita igualmente su libertad de trabajo, por lo que el empresario se constituye también en un trabajador independiente. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, el Estado “debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce”⁴.

Es indiscutible la relación existente entre libertad de trabajo y libertad de empresa. De hecho, el Tribunal Constitucional prácticamente las ha definido del mismo modo. Según este Alto Tribunal, “[l]a libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”⁵. Y, como ya se indicó, para este mismo Tribunal, la libertad de trabajo se define como “el atributo para elegir a

¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, 2ª edición, Palestra 2005, en particular capítulos V y VI.

² EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, de 11 de noviembre de 2003, f. j. 26.c.

³ EXP. N.º 0661–2004–AA/TC, de 16 de agosto de 2004, f. j. 5.

⁴ Ibidem.

⁵ EXP. N.º 3330–2004–AA/TC, de 11 de julio de 2005, f. j. 11.



voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”⁶.

Obviamente, esta libertad de trabajo y de empresa no son ilimitadas, deben ejercerse con sujeción a la ley. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, en referencia la primera de las mencionadas libertades “dicha facultad autodeterminativa [que supone la libertad de trabajo] deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”⁷. Igualmente, en relación a la libertad de empresa, ha manifestado el Tribunal Constitucional que esa libertad no supone “que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad”⁸. De manera general, toda actividad empresarial deberá realizarse “dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”⁹.

Pues bien, cuando el contenido constitucional de esta dimensión de libertad del derecho fundamental al trabajo sea afectado de modo manifiesto, nace para su titular la facultad de reclamar su protección y defensa a través del proceso constitucional de amparo.

II. PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN PRESTACIONAL: EL DERECHO DE ACCESO

La otra dimensión del contenido constitucional del derecho al trabajo es la dimensión prestacional u objetiva. Esta dimensión está referida a dos momentos: el acceso de la persona a un puesto de trabajo, y su permanencia en él. En lo que respecta al primer momento, el derecho al trabajo no otorga a su titular la facultad de acceder a un concreto puesto de trabajo. Lo que constitucionalmente se ha dispuesto a este respecto es que el poder político tiene la obligación de promover las condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23 CP). Consecuentemente, la demanda de amparo no procede para solicitar del Estado (ni mucho menos de ningún particular), un concreto puesto de trabajo. Esta pretensión no forma parte del contenido constitucional del referido derecho fundamental y, por tanto, no es procedente el amparo en esta hipótesis.

Sin embargo, cabe plantear la siguiente cuestión. Si el contenido constitucional del derecho al trabajo no incluye la pretensión de solicitar y acceder a un concreto puesto de trabajo, sino que lo que abarca es la obligación del poder político de promover la plena vigencia del derecho al trabajo a través de políticas de fomento del empleo, ¿cabe interponer una demanda de amparo para exigir del Gobierno una concreta política laboral, o para evitar la ejecución de una política laboral que se considera no fomenta adecuadamente el empleo? La respuesta a esta cuestión es que no es posible la interposición de la demanda de amparo en uno y otro caso, no porque no se considere que forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo la obligación estatal de promover el empleo, sino porque –entre otras

⁶ EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, citado, f. j. 26.c.

⁷ Ibidem.

⁸ EXP. N.º 2802–2005–PA/TC, de 14 de noviembre de 2005, f. j. 4.

⁹ EXP. N.º 3330–2004–AA/TC, citado, f. j. 32.

razones– constitucionalmente el encargado de proponer y aprobar las políticas laborales es el Poder político (el Gobierno, y eventualmente el Legislativo) y no los ciudadanos, y el poder político goza de determinados márgenes para concretar y definir una política laboral. Por lo demás, es un asunto litigioso, no discutible a través de un amparo constitucional, el hecho de determinar si una concreta política laboral fomenta el empleo o no, y si lo hace en qué medida lo hace.

III. PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN PRESTACIONAL: EL DERECHO DE PERMANENCIA

1. *Protección contra el despido arbitrario*

A) Despido incausado y despido fraudulento como despidos arbitrarios

El otro momento en el que se configura la dimensión prestacional del derecho al trabajo está referido a la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo. Este momento enlaza directamente con la figura del despido laboral, por lo que conviene estudiar la procedencia del amparo en referencia a los tipos de despido que pueden producirse. Los despidos pueden ser arbitrarios y nulos. A su vez, los despidos arbitrarios pueden ser incausados y fraudulentos. Los despidos (arbitrarios) serán incausados cuando el empleador ha despedido al trabajador sin que haya invocado causa alguna: “[s]e despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarles causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”¹⁰. En estos casos, no es que la causa por la que se despide al trabajador sea justa o injusta, sencillamente no existe.

En los despidos fraudulentos, por el contrario, el empleador ha invocado una causa cuando ha despedido al trabajador, pero es una causa no prevista legalmente como causa justa de despido recogidas en los artículos 23 y 24 del TUO del decreto legislativo 728. En palabras del Tribunal Constitucional, existe despido fraudulento cuando “[s]e despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la ‘fabricación de pruebas’ ”¹¹.

B) La doble protección frente a un despido arbitrario

Cuando un trabajador es despedido arbitrariamente, según el Tribunal Constitucional, la adecuada protección a la que se refiere el artículo 27 CP es doble: “a) la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la

¹⁰ EXP. N.º 0976-2001-AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 15.b.

¹¹ Idem, f. j. 15.c.



indemnización correspondiente, y b) la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe ‘reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional’, como expresamente lo indica el artículo 1º de [el Código Procesal Constitucional], lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido (...) incausado o fraudulento”¹².

En oposición al texto de la Constitución que ordena que sea el legislador quien defina la *protección adecuada* del trabajador frente a despidos arbitrarios, ha establecido el Tribunal Constitucional que esa labor de definición finalmente recaerá en el trabajador, al darle a elegir entre la indemnización y la reposición. Y más aún, la reposición del trabajador –no prevista por el legislador como adecuada protección contra el despido arbitrario–, es justificado por el Tribunal Constitucional en el hecho que el amparo tiene por finalidad regresar las cosas al estado anterior de la violación del derecho fundamental, sin reparar tan siquiera que no procede en este caso el amparo porque la reposición frente al despido arbitrario no forma parte del contenido constitucional del derecho al trabajo¹³.

En estos casos de despido arbitrario, la procedencia del amparo se define por la concurrencia de los siguientes dos elementos: el no cobro de la indemnización, y la existencia de fraude. Como ha dicho el Tribunal Constitucional “[r]especto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”¹⁴.

En lo que respecta al primer elemento, el proceso de amparo sólo procederá si es que el trabajador despedido arbitrariamente (sin causa o fraudulentamente) no ha cobrado la indemnización otorgada por el empleador en virtud del artículo 38 del TUO del decreto legislativo 728. Si la ha cobrado, el amparo es improcedente. Si sólo ha iniciado el proceso laboral ordinario para el cobro de la indemnización, puede renunciar a la acción e interponer la correspondiente demanda de amparo¹⁵.

A este primer criterio se refiere el Tribunal Constitucional cuando afirma que *la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella* para determinar cuando procede el amparo como vía idónea y eficaz para salvar el derecho constitucional al trabajo.

¹² EXP. N.º 1058–2004–AA/TC, 18 de agosto de 2004, f. j. 3.

¹³ CASTILLO CÓRODVA, Luis. *El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo*, en “Asesoría Laboral”, 167, noviembre 2004, ps. 9–14.

¹⁴ EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, f. j. 8.

¹⁵ EXP. N.º 2793–2004–AA/TC, de 23 de noviembre de 2004, f. j. 1 y 4.

Son muchos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha rechazado la demanda de amparo interpuesta por un trabajador despedido arbitrariamente solicitando la reposición, por el hecho de haber cobrado la indemnización¹⁶. Poco importa que el particular haya tomado la decisión de cobro de la indemnización porque ignoraba que podía pedir la reposición, o poco importa que por miedo o por asegurarse un dinero el trabajador se haya apresurado en tomar la indemnización. El trabajador ha elegido la indemnización y esa manifestación de voluntad es irrevocable: “la demandante eligió, voluntariamente, cobrar la indemnización por despido arbitrario, quedando con ello resarcida por el daño sufrido”¹⁷. La justicia, ciertamente, escasea en estos supuestos.

El contenido constitucional del derecho fundamental, habrá que recordarle al Tribunal Constitucional, no se define subjetivamente según los deseos de los particulares, o según sus decisiones acertadas o desacertadas, pensadas o irreflexivas. Por el contrario, el contenido constitucional de un derecho fundamental se define objetivamente a partir de la norma constitucional. Lo que es constitucional o inconstitucional no deja de serlo porque así lo decida un particular. Lo seguirá siendo al margen de su voluntad.

Este primer criterio define la procedencia del amparo en casos de despidos arbitrarios en su modalidad de incausados. Si no hay causa en el despido, y el trabajador despedido no ha cobrado la indemnización, y ha decidido que lo *adecuado* de la protección es la reposición, tiene abiertas las puertas del amparo. Sin embargo, para el caso de los despidos arbitrarios en la modalidad de fraudulentos, se hace necesario una exigencia adicional, por lo demás propia de los procesos constitucionales como el amparo: para la procedencia del amparo por despido fraudulento, el demandante deberá *acreditar fehaciente e indubitablemente que existió fraude*.

Según el Tribunal Constitucional, el amparo no procederá “cuando haya controversia o duda sobre los hechos, [en ese caso] corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”¹⁸.

Repárese en que los hechos imputados al trabajador son hechos que de haberse producido realmente habrían configurado alguno de los supuestos previstos como causas de despido justo por el legislador. Porque de lo contrario, si se hubiesen imputado hechos –ocurridos realmente o ficticios– que no se ajustan a ninguno de los supuestos previstos legalmente como causas justas de despido, el despido también sería fraudulento, pero por vulneración del principio de tipicidad en materia laboral. En estos casos, se configura el despido

¹⁶ EXP. N.º 1350–2004–AA/TC, de 27 de agosto de 2004, f. j. 3; EXP. N.º 1798–2003–AA/TC, de 12 de octubre del 2004, f. j. 4; EXP. N.º 2392–2004–AA/TC, de 12 de octubre de 2004, f. j. 3; EXP. N.º 3310–2003–AA/TC, de 20 de mayo de 2005, f. j. 8, entre otras.

¹⁷ EXP. N.º 1350–2004–AA/TC, de 27 de agosto de 2004, f. j. 3.

¹⁸ EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, f. j. 8.



fraudulento porque al trabajador despedido “se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad”¹⁹.

Comprobado que los hechos imputados son hechos que no configura ninguna de las situaciones de causa justa, quedará plenamente acreditado el fraude y, por tanto, la procedencia del amparo. En estos supuestos no hay que acreditar si los hechos ocurrieron realmente o no, porque el fraude se configura con el intento de despedir al trabajador con base en supuestos de hechos legalmente no sancionados con el despido por el trabajador. Pero el principio de tipicidad predicado de la atribución de faltas al trabajador para despedirle, no sólo abarca el supuesto de imputación de hechos no previstos en la ley como causas de despido, sino que abarca también la invocación imprecisa de la causa de despido. Así, el Tribunal Constitucional sólo acoge las demandas de amparo en las que se haya denunciado un despido en el que la imputación de los hechos o de la causal de despido, se ha realizado de manera imprecisa. Así, por ejemplo, en un caso concreto tiene declarado el Tribunal Constitucional que “[s]e aprecia de las cartas de imputación de cargos y de despido que al demandante se le imputó la comisión de faltas graves, determinándose de manera precisa en qué consistieron las infracciones punibles en que incurrió, las cuales están expresamente tipificadas en la ley; por consiguiente, no se ha vulnerado el principio de tipicidad”²⁰.

También, dentro del intento de definición del principio de tipicidad, se entenderá quebrantado el principio de tipicidad cuando la infracción imputada al trabajador requiera de remisiones o delimitaciones posteriores. Por ejemplo, tiene dicho el Tribunal Constitucional en un caso concreto que la imputación hecha al trabajador “supone el respeto al principio de tipicidad aplicado al campo de la falta grave laboral en la medida en que este principio, (...), solo se ve lesionado cuando el grado de indeterminación de la conducta sancionable sea tal que requiera, para su comprensión, de delimitaciones posteriores”²¹.

C) Amparo y despido nulo

a. Definición del despido nulo

Una situación distinta a los despidos incausados y a los despidos fraudulentos, lo constituye los llamados despidos nulos. En el artículo 29 del TUO del decreto legislativo 728 se ha establecido la nulidad del despido cuando este tenga por causa “a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, (...); d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90

¹⁹ EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, citado, f. j. 15.c; EXP. N.º 3331–2004–AA/TC, de 12 de enero de 2005, f. j. 3; EXP. N.º 2275–2004–AA/TC, de 23 de noviembre de 2004, f. j. 6.

²⁰ EXP. N.º 4074–2004–AA/TC, de 12 de febrero de 2005, f. j. 2.

²¹ EXP. N.º 3893–2004–AA/TC, de 26 de enero de 2005, f. j. 9.

(noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir”.

Sin embargo, estas no son las únicas causales por las que debe considerarse como nulo a un despido. En general, todos los despidos que se produzcan en vulneración del contenido constitucional de algún derecho fundamental, deben ser considerados como despidos nulos y, por tanto, sin eficacia jurídica alguna. En este sentido, acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que “la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos”²².

Así, por ejemplo, en el caso en que una trabajadora de SERPOST fue despedida –según la carta de despido– por “haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”²³, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordeno la reposición, entre otras razones, por considerar que el despido se llevó a cabo en vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Dijo el Tribunal Constitucional que “[l]a demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal (...). Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio”²⁴.

b. Procedencia del amparo por despido nulo

Por propia definición, el despido nulo supone la vulneración del contenido constitucional de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, se vulnera el derecho fundamental de libertad sindical y el derecho de sindicación, cuando se despide a un trabajador por su afiliación a un sindicato o por su participación en actividades sindicales; o por ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad. Se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva (que supone el derecho de acción), cuando el trabajador

²² EXP. N.º 0976–2001–AA/TC, citado, f. j. 18.

²³ EXP. N.º 1058–2004–AA/TC, citado, antecedentes.

²⁴ Idem, f. j. 22.



es despedido por presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. Y, en fin, se vulnera el derecho de igualdad, cuando se despide a un trabajador por razones de sexo, raza, religión, opinión o idioma, o por embarazo de la mujer trabajadora.

En la medida que existe la violación de un derecho fundamental, el amparo resulta siendo la vía procesal constitucionalmente prevista para hacer cesar esa violación. En palabras del Tribunal Constitucional, “[c]on relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica (...) su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”²⁵.

Debido a que el despido se ha producido en violación de un derecho fundamental, el trabajador puede solicitar la reposición en el puesto de trabajo. Esto es así debido a que el despido debe entenderse como jurídicamente inválido, es decir, como si nunca se hubiese producido. En estos casos de despido nulo, la procedencia del amparo en el que se solicita la reposición dependerá de que sea clara y manifiesta la vulneración del contenido constitucional del derecho fundamental. Si los hechos no están claros y son litigiosos, la pretensión deberá tramitarse en el proceso laboral ordinario. En buena cuenta, se trata de la aplicación de las reglas generales sobre la procedencia del amparo. Así, debe ser indubitable la agresión de un derecho fundamental; y, al haberse producido la violación de un derecho fundamental, el amparo se interpone para hacer cesar la agresión de ese derecho fundamental, y al hacer cesar la agresión, hacer desaparecer la causa de despido y, consecuentemente, el despido mismo, de manera que se proceda a la reposición del trabajador en su puesto de trabajo.

No cabe duda que la procedencia del amparo frente a un despido nulo está dirigida a proteger el derecho fundamental –distinto al trabajo– vulnerado con la causa del despido (nulo). Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan sólo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio en perjuicio de un trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición”²⁶.

²⁵ EXP. 0206-2005-PA/TC, citado, f. j. 9.

²⁶ EXP. N.º 0976-2001-AA/TC, citado, f. j. 13.

Pero, no sólo se trata de la defensa del derecho fundamental agredido con la causa del despido (nulo) del trabajador, sino que se trata también de la defensa del derecho al trabajo. El derecho al trabajo se vulnera por ser despedido el trabajador en quebrantamiento de cualquier otro derecho fundamental. Forma parte del derecho constitucional al trabajo, la exigencia de que el trabajador sea tratado dignamente en la relación laboral. Y se incurre en trato indigno cuando el empleador vulnera los derechos fundamentales del trabajador. En efecto, los derechos fundamentales se definen como la traducción jurídica de una serie de exigencias y características de la dignidad humana, de manera que vulnerar estos derechos significa agredir la dignidad del hombre titular del derecho agredido. Pues bien, el trabajador cuando entra a formar parte de una relación laboral no se despoja de su naturaleza y dignidad humana y, consecuentemente, no renuncia a sus derechos fundamentales²⁷.

Esto significa que cuando se interponga una demanda de amparo por despido nulo, no sólo se invocará el derecho al trabajo como derecho fundamental agredido, sino también aquel otro derecho fundamental agredido por los hechos imputados al trabajador como causa del despido. Para la procedencia del proceso de amparo bastará, sin embargo, que la agresión del derecho fundamental distinto al trabajo sea manifiesta, para que se entienda configurado el despido nulo y, por tanto, el quebrantamiento adicional del derecho al trabajo.

2. *Improcedencia de la demanda de amparo*

A) No corresponde tramitar por amparo cuestiones litigiosas

Con carácter general, se debe manifestar que el amparo se muestra esencialmente ineficaz para dilucidar cuestiones litigiosas. La agresión del derecho fundamental al trabajo debe ser clara y manifiesta para que pueda ser permitida la procedencia del amparo. En palabras del Tribunal Constitucional, “conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (...), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo”²⁸.

En efecto, continuará diciendo el Alto Tribunal, “es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos,

²⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*, tirant lo blanch, Valencia 2006, ps. 109 y ss.

²⁸ EXP. 0206-2005-PA/TC, citado, f. j. 19.



documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio”²⁹.

Adicionalmente, pueden plantearse otras dos cuestiones relativas a la procedencia del amparo. La primera de ellas es la improcedencia del amparo en aquellos supuestos legalmente tramitables ante la jurisdicción ordinaria laboral; y la segunda cuestión es tratar de establecer si el amparo es procedente para los casos relacionados con la indemnización en despidos arbitrarios.

B) ¿Corresponde tramitar por amparo los asuntos competencia de los juzgados laborales?

a. Posición del Tribunal Constitucional

Empecemos con la primera de las cuestiones planteadas. Tiene establecido el Tribunal Constitucional que “los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo”³⁰. El referido fundamento 17 recoge las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos que corresponde resolver a los Juzgados de trabajo (artículo 4.2 de la Ley Procesal del Trabajo). Las que menciona el Tribunal Constitucional son las cuatro siguientes: “a) Impugnación de despido (sin reposición); b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia; c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza; d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos”.

En el mencionado fundamento 18 se hace referencia a lo que el legislador considera constituyen actos de hostilidad (artículo 30 del TUO del decreto legislativo 728). De manera que son actos de hostilidad “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”.

Para el análisis que se pretende hacer aquí es suficiente la referencia a estos dos dispositivos legales. Lo que se puede concluir de lo afirmado por el Tribunal Constitucional es que lo constitucionalmente protegido por el amparo viene definido por el orden legal. Es decir, aquello que legalmente esté asignado como competencia a los órganos judiciales laborales, no puede ser objeto de cuestionamiento a través del amparo.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Idem, f. j. 18.

Así lo confirma el mencionado Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que “*aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, (...), no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado*”³¹.

Esta es la regla general. Todas las controversias que legalmente deban ser tramitadas ante un juzgado laboral, no podrá ser objeto de procesamiento en la vía constitucional del amparo, incluso aunque se trate de controversias que han supuesto la agresión de un derecho fundamental. De manera que en los casos en los que hay una agresión de un derecho fundamental y se haya previsto legalmente que esas controversias se resuelvan en la jurisdicción ordinaria laboral, el trabajador debe renunciar al amparo e intentar hacer valer su derecho en esa vía judicial ordinaria.

Precisamente por eso es que le interesa poner de relieve al Tribunal Constitucional que corresponde a los jueces, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales. Sin embargo, esta regla tiene excepciones. Ha dicho el Tribunal Constitucional que “[s]ólo en defecto de tal posibilidad [de que la solución de una controversia haya sido asignada a un Juez] o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”³².

b. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional

No escapa a críticas esta postura del Tribunal Constitucional. En primer lugar, no acierta el Alto Tribunal de la Constitución cuando manifiesta que el objeto de trámite a través de un proceso de amparo viene definido –al menos en materia laboral– por lo que la ley procesal laboral ha establecido como competencia de la vía judicial ordinaria. Lo que es objeto de los procesos constitucionales ha venido definido por la Constitución misma, y ahí se ha dispuesto que mediante los procesos constitucionales –el amparo, por ejemplo–, se tramitan vulneraciones (violaciones efectivas o amenazas ciertas e inminentes) del contenido constitucional de derechos fundamentales. Si una norma de inferior jerarquía, una ley, por ejemplo, dispone que la afectación de un derecho fundamental debe ser objeto de protección no a través del proceso de amparo, sino a través del proceso ordinario laboral ante el Juez o Sala labora, esa ley está incurriendo en inconstitucionalidad.

Se debe insistir en que esto que se acaba de decir no significa que cualquier controversia en la que se ha invocado algún derecho fundamental deba ser tramitada a través del amparo. Deberá ser tramitada a través del amparo sólo aquellas controversias en las que de manera

³¹ Idem, f. j. 20. La cursiva de la letra es añadida.

³² Ibidem.



fehaciente se ha agredido el contenido constitucional de un derecho fundamental. Pero no porque así lo exija el Código Procesal Constitucional (artículo 5.2), sino porque así lo exige la naturaleza misma del proceso constitucional.

En efecto, el proceso constitucional es un proceso que no se confunde con el proceso judicial ordinario, que ofrece una protección más rápida y eficaz que el proceso ordinario, debido a la importancia del objeto de protección: los derechos fundamentales. Pero esta protección ni será más rápida ni será más eficaz que el proceso ordinario si no se prevé una tramitación especial. Un elemento que caracteriza esta tramitación especial es la ausencia de una etapa de actuación de pruebas, por lo que se requiere que la agresión del derecho fundamental sea manifiesta.

Por ejemplo, según el Tribunal Constitucional debe ser tramitado a través del proceso laboral ordinario y no a través del amparo el *cese de actos de hostilidad del empleador*. A su vez, el legislador ha dispuesto que son actos de hostilidad *los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma* (artículo 30.f TUO del decreto legislativo 728). ¿Quiere decir que frente a actos de discriminación, que vulneran el derecho fundamental a la igualdad, el trabajador deberá encontrar la salvación de su derecho a través de la vía judicial ordinaria y no a través del amparo?

Bastante dudosa sería la constitucionalidad de una respuesta afirmativa, porque frente a una agresión manifiesta del derecho a la igualdad (el acto de discriminación), lo constitucionalmente previsto es el amparo y no la vía judicial ordinaria laboral. Habrá que llamar la atención del Tribunal Constitucional en que si realmente es su intención proteger al trabajador, no debe circunscribir su protección a las situaciones de despido, sino que deberá hacerla extensiva a toda situación que agreda de modo manifiesto alguno de los derechos fundamentales del trabajador.

La segunda crítica que puede formularse al Tribunal Constitucional tiene que ver con la respuesta a la pregunta siguiente: ¿corresponde a los jueces ordinarios el primer nivel de protección de los derechos fundamentales a través de los procesos judiciales ordinarios? La respuesta del Tribunal Constitucional, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, es afirmativa. Sin embargo, si bien se ha de coincidir con él en que procesalmente el primer llamado a proteger los derechos fundamentales es el juez ordinario, no acierta cuando indica que esa primera protección debe realizarse a través de los procesos judiciales ordinarios.

Luego de advertir el cambio que el Código Procesal Constitucional ha supuesto para el proceso de amparo, convirtiéndolo de un proceso alternativo en un proceso subsidiario, el Tribunal Constitucional manifiesta que “en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios”³³.

Sin embargo, no repara el Alto Tribunal de la Constitución peruana en que eso es así en el derecho comparado porque son sistemas en los que lo que se ha constitucionalizado es

³³ Idem, f. j. 5.

precisamente la excepcionalidad del amparo. Por ejemplo, en el sistema español, los primeros encargados de la defensa de los derechos fundamentales son los jueces a través de vías judiciales (preferentes y sumarias), y en segundo lugar el Tribunal Constitucional a través del proceso de amparo³⁴. Y esto es así porque constitucionalmente en el ordenamiento jurídico español está establecida la excepcionalidad del amparo, al preverse –también desde la norma constitucional–, que la demanda de amparo se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional como primera y única instancia, y no –como en el caso peruano– ante el juez o sala del Poder judicial.

En el sistema peruano, no sólo no se ha recogido en el texto constitucional la excepcionalidad del amparo, sino que este proceso constitucional empieza a tramitarse en los juzgados de primera instancia del Poder judicial y termina en el Tribunal Constitucional al actuar como instancia última de los procesos de amparo (artículo 200.2 CP). Por lo que en el sistema peruano, a los jueces del Poder judicial les corresponderá el primer nivel de protección de los derechos fundamentales pero a través del amparo, y ello porque frente a la violación manifiesta de un derecho constitucional la Constitución permite y exige el inicio del proceso de amparo ante los juzgados y tribunales ordinarios. Esa constatación de que en jurisdicciones comparadas los jueces constituyen el primer nivel de protección de los derechos constitucionales a través de los procesos judiciales ordinarios no sirve para aplicarla al caso peruano.

Por tanto, es verdad que el juez del Poder Judicial es el primer encargado de brindar protección constitucional a las personas cuyos derechos fundamentales han sido agredidos. Pero esto es así porque procesalmente se ha previsto que los procesos constitucionales de amparo, de hábeas corpus y de hábeas data se inicien en los juzgados ordinarios y terminen en la jurisdicción del Tribunal Constitucional. No puede considerarse que el juez es el primer encargado de proteger derechos constitucionales a través de la vía judicial ordinaria, sino a través del proceso constitucional porque –digámoslo una vez más–, el proceso de amparo ha sido recogido constitucionalmente como un proceso alternativo y no como un proceso excepcional.

Y la tercera crítica está relacionada a la excepción que plantea el Tribunal Constitucional a la regla general. Como se ha indicado, el mencionado Tribunal es del criterio de que el amparo procederá sólo en el caso que existiendo la vulneración de un derecho fundamental, la solución de una controversia no haya sido asignada a un Juez laboral, o que habiéndose asignado la vía laboral ordinaria para la solución de la controversia, no es la vía idónea porque se trata de un asunto que requiere una solución urgente o se trata de un asunto respecto del cual el trabajador ha demostrado objetiva y fehaciente de que efectivamente no es la vía idónea.

³⁴ En el artículo 53.2 CE se ha dispuesto que “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.



La crítica consiste en que el Tribunal Constitucional ha dispuesto que quien debe cargar con la prueba y demostrar que una vía judicial laboral es menos idónea o no idónea que el amparo es el demandante –en este caso el trabajador– que se dice afectado en alguno de sus derechos constitucionales. Es decir, el trabajador no sólo tendrá que demostrar que ha habido una agresión efectiva a su derechos constitucional, sino que tendrá que demostrar –además *objetiva y fehacientemente*–, que tiene derecho a intentar salvar su derecho constitucional a través del amparo y no a través de la vía judicial ordinaria.

A este despropósito llega el Tribunal Constitucional como producto de su desafortunada opción de poner como regla general lo que es la excepción, y mantener como excepción lo que realmente constituye la regla general. En efecto, en los procesos constitucionales la regla general es que las agresiones de los derechos fundamentales se tramitan a través del amparo, y excepcionalmente –cuando la agresión no es manifiesta–, a través de los procesos judiciales ordinarios. Sin embargo, y equivocadamente, para el Tribunal Constitucional –contraviniendo la letra y el espíritu de la Constitución–, la regla es que el afectado deberá acudir a la vía judicial ordinaria para proteger su derecho constitucional, y la excepción es que cuando la vía ordinaria no sea la idónea –y además objetiva y fehacientemente demostrado por el trabajador–, recién podrá acudir al proceso de amparo.

Dichas estas tres críticas, se debe poner de manifiesto que admitirlas no significa admitir que la solución de las controversias legalmente atribuidas a los jueces laborales deban tramitarse a través del amparo. Lo único que se ha intentado poner de manifiesto a lo largo de estas críticas es una concepción no afortunada por parte del Tribunal Constitucional, concepción que conlleva las deficiencias puestas de manifiesto, y que tiene como resultado una deficiente protección de los derechos fundamentales del trabajador en especial y de todos los particulares en general.

E igualmente, se ha intentado poner de manifiesto que la procedencia del amparo se supedita no a la previsión legal de vías judiciales ordinarias que puedan llegar a obtener la salvación de un derecho fundamental, sino que está solamente supeditada a que exista la agresión del contenido constitucional de un derecho fundamental, y que esa agresión deba ser clara y manifiesta. Si se cumplen estos requisitos, constitucionalmente se abren las puertas del amparo para el trabajador, a quien no se le podrá obligar que demuestre que la vía laboral no es la vía idónea para la salvación de su derecho constitucional, ni mucho menos, se le podrá negar acudir al proceso constitucional de amparo, no al menos sin incurrir en inconstitucionalidad.

Por lo que no todo amparo que se refiera a *materias descritas por la ley como de competencia de los jueces de trabajo*, debe ser declarado improcedente, como inexactamente ha manifestado el Tribunal Constitucional. Lo que se debe examinar es si en la controversia está realmente en juego un derecho fundamental para definir la procedencia del amparo. De ahí que se ha de insistir en que la principal cuestión a la que se enfrenta el operador jurídico es la correcta delimitación del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

C) ¿Procede el amparo para conseguir la indemnización en un despido arbitrario?

a. La indemnización como parte del contenido del derecho constitucional a la adecuada protección frente al despido arbitrario

Parece ociosa la pregunta que trae consigo la segunda de las cuestiones apuntadas anteriormente: ¿es procedente la demanda de amparo para reclamar la indemnización frente a un despido arbitrario? Y parece así por la sencilla razón de que la concreta indemnización frente al despido arbitrario lo ha dispuesto la ley y no la Constitución, por lo que no estaríamos ante un derecho constitucional sino ante un derecho legal.

Conviene recordar los niveles de protección que el Tribunal Constitucional ha establecido para los despidos arbitrarios. Según el mencionado Tribunal de la Constitución, “la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27º de la Constitución, ofrece dos opciones: a) la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), (...), y b) la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe (...) restituir al trabajador en su centro de trabajo”³⁵.

Según el Tribunal Constitucional, frente a un despido arbitrario, el trabajador despedido puede obtener como respuesta a su derecho a la *adecuada protección* contra el despido arbitrario cualquiera de las siguientes dos alternativas: o una indemnización, o la reposición en el puesto de trabajo, a elección del mismo trabajador. Es decir, el mandato constitucional de proteger adecuadamente al trabajador frente a despidos arbitrarios tiene por contenido –a decir del Tribunal Constitucional– tanto la indemnización como la reposición, una u otra, siempre a elección del trabajador.

El Tribunal Constitucional no tiene objeción en considerar que la reposición forma parte del contenido constitucional de la *adecuada protección* contra el despido arbitrario siempre que lo haya decidido así el trabajador³⁶; de hecho, precisamente porque este es el parecer del Tribunal Constitucional ha admitido demandas de amparo contra despidos arbitrarios para ordenar la reposición del trabajador despedido³⁷.

Pero igualmente, no tiene objeción para considerar que la indemnización prevista en el texto legal forma parte del contenido constitucional del derecho a la *adecuada protección* contra el despido arbitrario. Tiene dicho el Alto Tribunal de la Constitución que “[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo

³⁵ EXP. N.º 1058–2004–AA/TC, citado, f. j. 3.

³⁶ Páginas a tras se ha puesto de manifiesto las críticas que pueden formularse a este parecer del Tribunal Constitucional.

³⁷ EXP. N.º 1981–2004–AA/TC, de 19 de noviembre de 2004; EXP. N.º 1372–2005–PA/TC, de 31 de marzo de 2005; EXP. N.º 4519–2004–AA/TC, de 17 de mayo de 2005; EXP. N.º 3434–2004–AA/TC, de 28 de junio de 2005; entre muchas otras.



un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”³⁸.

¿Existe este marco de referencia para cuando se trata del mandato constitucional de otorgar protección adecuada contra el despido arbitrario? A entender del Tribunal Constitucional sí existe. A dicho este Colegiado que “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales”³⁹.

No cabe duda que el Constituyente ha reconocido en el artículo 27 CP un derecho cuyo contenido debe ser configurado legislativamente. Y no cabe duda también, como ya se puso de manifiesto en otro lugar⁴⁰, que una ley es un elemento que ayuda a determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental. Se dijo entonces que no todo contenido previsto legalmente debe ser considerado por esa sola circunstancia como contenido legal y, por tanto, no amparable a través del proceso constitucional. En estos casos, es importantísimo determinar si la ley está o no está estableciendo como contenido del derecho fundamental de *configuración legal*, una cualidad o facultad que brota de la esencia misma del derecho en cuestión. Por eso, los llamados derechos fundamentales de *configuración legal*, conforman su contenido constitucionalmente protegido tanto con la norma constitucional como con la norma legal.

Por eso es que acierta el Tribunal Constitucional cuando dice que “[l]os derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental”⁴¹.

Cuando en cumplimiento del artículo 27 CP el legislador establece que la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización, esta pasa a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la *adecuada protección* contra el despido arbitrario. Por lo tanto, de lo que se lleva dicho se puede concluir que forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental al trabajo, en su dimensión objetiva de permanencia –el trabajador– en el puesto de trabajo, la indemnización frente a un despido arbitrario. Igualmente forma parte de este contenido, según el parecer del Tribunal

³⁸ EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, de 8 de julio de 2005, f. j. 10.

³⁹ Idem, f. j. 11.

⁴⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*, en “Actualidad Jurídica” (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149.

⁴¹ EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, f. j. 12.

Constitucional, la reposición en caso de despido arbitrario, siempre y cuando así lo haya decidido el trabajador.

b. Improcedencia del amparo por no ser la vía idónea para resolver cuestiones litigiosas
Como se acaba de argumentar, tanto la reposición como la indemnización forman parte del contenido constitucional del derecho al trabajo, cuando el trabajador despedido ha decidido que la reposición o que la indemnización respectivamente es la adecuada protección contra el despido arbitrario. Esta afirmación lleva necesariamente a esta otra: como regla de procedencia del amparo, cuando se vulnera de forma manifiesta este contenido constitucional tanto es su aspecto indemnizatorio como reparador, debe ser procedente la demanda de amparo.

De esta manera, el amparo procedería para los siguientes dos supuestos. Primero, cuando un trabajador sea despedido arbitrariamente y el empleador le ha ofrecido la indemnización respectiva, pero el trabajador no la ha cobrado debido a que ha decidido que lo que más conviene a sus intereses es la reposición. En este caso, podrá interponer el amparo para solicitar la reposición, porque se viola el mandato constitucional de *adecuada protección* del artículo 27 CP. Y segundo, si el trabajador es despedido arbitrariamente y el empleador no le ofrece ninguna indemnización, y el trabajador se ha decidido por la indemnización y no por la reposición, podrá reclamar se le otorgue ésta a través de un proceso de amparo, ya que se ha violado la *protección adecuada* contra el despido arbitrario que le reconoce el artículo 27 CP.

De estos dos supuestos, el primero es el que menos complicación trae, y de alguna manera ha sido comentado anteriormente. Más problemático es el segundo, aunque menos de lo que inicialmente pudiera parecer. Pensar en una situación en la que el trabajador es despedido sin pago alguno de indemnización es colocarse en el supuesto en el que el empleador ha invocado una causa justa de despido. En estos casos, como bien se sabe, el trabajador ha incurrido en una de las causales previstas en la ley para despedir al trabajador, sin que este tenga derecho a indemnización alguna.

Pues bien, en este supuesto la controversia que podrá darse es la siguiente. Por un lado, que el empleador haya invocado una de las causales previstas en la ley como de despido justo, y no haya –por tanto– entregado indemnización alguna al trabajador. Mientras que, por otro lado, el trabajador haya impugnado ese despido por arbitrario debido a que la causal invocada por el empleador no se llegó a producir realmente. Sin duda, esta controversia será litigiosa, y como tal no podrá ser tramitada a través del amparo, sino del proceso laboral respectivo. Otra controversia que puede darse es que el empleador despida arbitrariamente al trabajador, el trabajador decida que la adecuada protección contra ese despido arbitrario es la indemnización y esté dispuesto a cobrarla, pero no está de acuerdo con el monto indemnizatorio entregado por el empleador.



En este caso, tampoco procederá el proceso de amparo porque se requerirá de una etapa de actuación de pruebas en la que se pueda dilucidar el monto exacto de la indemnización que le corresponde.

Por lo demás, en estos casos resulta claro que el amparo no se muestra como la vía idónea para cuestionar la violación del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario (artículo 27 CP), sino que la vía idónea resulta siendo la vía procesal laboral (Ley 26636). No es que esta vía ordinaria laboral sea *igualmente satisfactoria* que el amparo para resolver las controversias, y por eso hay que acudir a ella (artículo 5.2 CPC). Lo que ocurre es más radical: el amparo no es ni tan siquiera idóneo para salvar el derecho constitucional invocado, y por eso no se debe acudir a él.

Sólo una hipotética situación en la que sea manifiesto e indubitable que la causa justa de despido no se ha verificado realmente (o porque no ha ocurrido, o porque habiendo ocurrido es manifiesto que no configura ninguna de las causas justas de despido previstas en la ley), y que el empleador ha despedido al trabajador sin indemnización alguna, podría dar lugar a un proceso de amparo. Igualmente, podría pensarse en el amparo si es manifiesto e indubitable tanto que el empleador está entregando una indemnización por debajo del monto debido, como indubitable es la suma que corresponde al trabajador por indemnización ante el despido arbitrario. En uno y otro caso, obviamente, estamos ante el supuesto que el trabajador ha decidido que la protección adecuada contra su despido arbitrario es el cobro de la indemnización.

Sin embargo, se debe poner de manifiesto que estos supuestos fácticos son más teóricos que reales, pues o el empleador despide arbitrariamente al trabajador y está dispuesto a entregar la indemnización que corresponde al trabajador, por lo que no habrá necesidad de impugnar nada; o no está dispuesto a entregarla y se inventa la causal o altera dolosamente los datos para entregar una indemnización por debajo de la que corresponde legalmente, supuesto litigioso este que colocaría la cuestión no sobre el amparo, sino sobre la vía laboral ordinaria.

IV. EN PARTICULAR SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO DE SERVIDORES PÚBLICOS

1. *Un mismo punto de partida: la vigencia de los derechos fundamentales*

Hasta ahora, todas las reflexiones formuladas acerca de la procedencia del amparo por agresión del derecho al trabajo, en cualesquiera de las modalidades vulneradoras, ha sido en referencia del trabajador de la actividad privada. Corresponde ahora hacer referencia a los trabajadores del régimen público o servidores públicos.

Se debe empezar afirmando que los principios generales sobre el derecho al trabajo son predicables por igual de todos los trabajadores por el sólo hecho de serlo, al margen de su régimen privado o público. Así, se debe empezar afirmando que la persona humana no pierde sus derechos fundamentales por el hecho de entrar a formar parte de alguna relación jurídica contractual o funcional. Esto significa que toda relación (laboral o funcional) debe desenvolverse con plena sujeción a los derechos fundamentales del trabajador o

servidor público. Por tanto, el empleador –la Administración pública– no podrá utilizar su *poder de dirección* para vulnerar derechos fundamentales.

El régimen del servidor público está regulado por una legislación especial (en general por el decreto legislativo 276), en la cual se regula el acceso, mantenimiento y destitución del servidor público. Habrá que estar a esta legislación especial cada vez que, sancionado o incluso destituido un servidor público, se quiera impugnar la resolución administrativa por el que se dispone la sanción o la destitución. Se deberá tener muy en cuenta que en la medida que son actuaciones de la Administración, son actuaciones regladas, es decir, que se desenvuelven según unos procedimientos y formalidades determinadas. Pues bien, en los casos de sanción o destitución de los servidores públicos juega un papel principalísimo el derecho al debido proceso (administrativo). De manera que, con carácter general, podrá impugnarse –por ejemplo– una destitución, por vulneración del debido proceso.

No se olvide, por otra parte, que el debido proceso como exigencia constitucional tiene una dimensión no sólo formal sino también material. Igualmente deberá recordarse que se vulnera el debido proceso administrativo cuando se sanciona a una persona sin haberle seguido el procedimiento legalmente previsto, el mismo que sólo podrá iniciarse por los supuestos que haya previsto la ley, y deberá desenvolverse según los cauces y etapas que la ley haya previsto. De esta manera, no podrá ser sancionado ni destituido ningún servidor público al margen de las causales expresamente reguladas en la ley como faltas, o a través de un procedimiento distinto al ahí también previsto.

2. *Procedencia del amparo*

A) Criterio del Tribunal Constitucional

Si bien es cierto, los principios que sobre este tema subyacen en la Constitución son igualmente predicables de todos los trabajadores por el sólo hecho de serlo, al margen de su régimen privado o público, lo cierto es que se hace necesario poner de manifiesto algunos elementos que caracterizan la situación de los trabajadores de la actividad pública en lo referido a la procedencia del amparo. Y no habrá mejor manera de hacerlo, que siguiendo los criterios formulados por el Tribunal Constitucional.

Según este Alto Tribunal, cuando se discuta la permanencia del trabajador o servidor público en el puesto de trabajo, la regla general es que la controversia deberá ser dilucidada en la vía contenciosa administrativa y no a través del amparo. Así dijo el mencionado Tribunal: “[c]on relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de



la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares”⁴².

Esta regla general se mantiene igualmente para el caso de “las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros”⁴³.

La razón de esta regla general, la localiza el Tribunal Constitucional en el hecho de entender que la vía administrativa es una vía judicial igualmente efectiva que el amparo: “si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas”⁴⁴.

Consecuentemente, y debido a la causal de improcedencia de la demanda de amparo prevista en el artículo 5.2 CPC, en todos estos supuestos no procede la demanda de amparo: “conforme al artículo 5.º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa”⁴⁵.

Sin embargo, siempre dentro del parecer del Tribunal Constitucional, esta regla general tiene excepciones: “[s]ólo en defecto de tal posibilidad [que la vía contencioso administrativa no sea igualmente satisfactoria] o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición

⁴² EXP. N.º 0206–2005–PA/TC, citado, f. j. 21.

⁴³ Idem, f. j. 23.

⁴⁴ Idem, f. j. 21.

⁴⁵ Idem, f. j. 24.

de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 *supra* [referidos a la procedencia del amparo contra despidos nulos]⁴⁶.

B) Crítica al criterio del Tribunal Constitucional

Algunas críticas pueden formularse a este entender del Tribunal Constitucional. En primer lugar, sigue siendo criticable que se asuma como regla general lo que debería ser la excepción. Lo que en la norma constitucional se ha previsto es la procedencia del amparo frente a las agresiones que puedan sufrir alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos (expresa o implícitamente). Por exigencias de la propia naturaleza del proceso de amparo que ofrece una protección rápida y eficaz, no pueden tramitarse más que aquellas cuestiones que supongan una clara y manifiesta vulneración de un derecho fundamental.

Esta debe ser la regla general. Y la excepción debe ser que sólo cuando no se clara y manifiesta la titularidad del derecho fundamental invocado, o no sea clara y manifiesta la agresión del derecho fundamental, o no sea claro y manifiesto que la pretensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido, sólo en estos casos, el que se dice agraviado debe acudir a la vía judicial ordinaria (por ejemplo, a la vía contencioso administrativa), para intentar la salvación de su derecho constitucional. Esto es lo que brota del texto y del espíritu de la Constitución. Por tanto, pretender que con la entrada en vigor del artículo 5.2 CPC la regla general debe convertirse en la excepción, y la excepción en la regla general, no es ajustado al mandato constitucional.

Una vez más se ha de insistir en que lo realmente trascendente en la protección de los derechos fundamentales es la determinación de su contenido constitucionalmente protegido. Se debe contar con las herramientas hermenéuticas adecuadas para abordar con éxito la tarea de determinar cuando está en juego realmente el contenido constitucional de un derecho fundamental. De esta manera se podrá concluir acertadamente si una concreta pretensión forma o no parte del referido contenido. O dicho de otra forma, sólo así se podrá concluir acertadamente si se ha violado o no un derecho fundamental. Esto debe ser lo realmente trascendente. De manera que si se ha constatado fehacientemente la violación de un derecho constitucional, se ha de acudir al proceso constitucional para su defensa, y al margen de la vía judicial ordinaria. Es lo que ha decidido el Constituyente peruano.

Así, se puede llegar a afirmar, como ha hecho el Tribunal Constitucional, que no serán objeto de trámite a través del amparo todos aquellos conflictos respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente de la Administración *derivadas de derechos reconocidos en la ley*; y en general, todas las controversias que no involucre la afectación del contenido constitucional de un derecho fundamental. Pero no porque la vía contencioso administrativa resulte siendo *igualmente satisfactoria* que el amparo, como mal apunta el Tribunal Constitucional, sino porque el amparo no procede más que para proteger el contenido constitucional de un derecho fundamental efectivamente vulnerado.

⁴⁶ Ibidem.



Igualmente, partiendo de la determinación del contenido constitucional de un derecho fundamental y de su protección a través del amparo, es que se puede llegar a coincidir con el Tribunal Constitucional cuando afirma que el amparo es la vía idónea para cuestionar despidos de servidores públicos producidos por su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental, que son los supuestos que la ley de relaciones laborales privada (TUO del decreto legislativo 728), prevé como circunstancias que convierten en nulo a un despido. En estos casos, es procedente el amparo porque el despido se ha producido como consecuencia de la violación de un derecho fundamental (libertad sindical o de igualdad). Obviamente, la cuestión debe ser una clara vulneración de un derecho fundamental, porque si es litigiosa la vía idónea (no la *igualmente eficaz*), es la vía contencioso administrativa.