

LAS IMPRECISIONES EN LA REDACCIÓN DEL ARTICULO 27° DE LA CONSTITUCIÓN

Por : **Francisco Javier Romero Montes (*)**

SUMARIO.-

1. Descripción del problema. 2.- Criterios para la Constitucionalización de los derechos. 3.- La redacción del artículo 27° de la Constitución. 4.- Interpretación del Tribunal Constitucional. 5.- Imprecisiones del Artículo 27°.- como causa de la doble interpretación. a).- Primera interpretación. b).- Segunda interpretación.

1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La Constitución vigente desde el año 1993, establece en su artículo 27° lo siguiente: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

Este texto es una respuesta al artículo 48° de la Constitución de 1979 que ordenaba lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada"¹.

Años después de la promulgación de la Constitución del 79, la Organización Internacional del Trabajo, adoptó el CONVENIO Número 158 relativo a la terminación de la Relación de Trabajo por iniciativa del Empleador.² Bajo el marco de la Constitución de 1979 y con las ideas que contiene el Convenio citado se dictó la Ley 24514, a la que se le denominó Ley de Estabilidad en el Trabajo.

La Constitución de 1979 no impedía la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador. Lo que hizo la Carta es quitarle, al despido, su carácter discrecional para transformarlo en una facultad controlada, en la medida que es la ley la que determina en qué casos la relación laboral debe llegar a su fin. Nace así el concepto de la justa causa para el despido, en sus dos modalidades: el individual y el colectivo que requería de causas objetivas. Dentro de estos límites, la Constitución de 1979, esbozó una compatibilidad entre la estabilidad y el despido.

El tema del despido que es eminentemente jurídico se desnaturaliza cuando se busca su justificación. Es decir, por qué el despido debe ser controlado por la ley en lugar de ser discrecional por parte del empleador. La respuesta ya no es jurídica sino que tiene una naturaleza económica.

(*) Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y San Martín de Porres.

¹ La Peña Farfan, Saúl, Constitución Política 1993, Cultural San Marcos, Lima 1994, pág. 383

² Organización Internacional del Trabajo, Convenios y Recomendaciones Internacionales de trabajo, Ginebra, pág. 1670.



Así, por ejemplo, para un empleador es indispensable la más absoluta libertad para efectuar el movimiento de los trabajadores, por ser el responsable de la marcha de la empresa. Para el efecto, exigirá que se cumplan las leyes del mercado de la oferta y la demanda. Consecuentemente, rechaza toda limitación para extinguir la relación de trabajo.

Frente a esta tesis aparece la concepción del trabajador, que defiende su seguridad económica como garantía de su dignidad humana. En este caso, la estabilidad en el empleo no puede desligarse de consideraciones socio-económicas por mas que se quiera darle un cariz estrictamente jurídico.

Se sostiene que en la discusión del derecho a la permanencia en el empleo está la pugna entre la idea del derecho que permitió la explotación del trabajo y la idea del hombre nuevo, quien aspira a vivir humanamente y sin temor, sin ser víctima del desempleo al que en algunos casos se llega por el despido.

Estas consideraciones ya no son jurídicas sino socio-económicas³. Es por eso que en países de economía desarrollada el despido, solo excepcionalmente, trae aparejada la desocupación. Cuando hay gran demanda de mano de obra el trabajador consigue ocupación sin mayor dificultad. Por

el contrario, en países subdesarrollados, no obstante existir un régimen de estabilidad laboral, puede darse el desempleo con más frecuencia.

De manera que el artículo 48° de la Constitución del año 1979 tuvo repercusiones no solamente jurídicas, sino también políticas y sociales. Por eso, el año 1990 las reformas consistían en desprender al Estado de su rol protector e imprimirle la nueva corriente del liberalismo que es estimulado, a su vez, por la mundialización de la economía.

En el proceso electoral del año 1990 existió un candidato que abiertamente se proclamó seguidor de las ideas liberales que implantaría de llegar al gobierno, alejándose del Estado protector que había imperado en décadas anteriores.

En materia laboral el partido de este aspirante elaboró un anteproyecto de Ley que, posteriormente, fue tomado por el gobierno de Fujimori con el nombre de Decreto Legislativo 728, el mismo que se difundió y promocionó como una ley de fomento del empleo⁴. Como se dijo en ese momento, se trataba de abandonar "el populismo" para ingresar en una etapa de desarrollo económico que traería, entre otras cosas, un mayor empleo.

Para el efecto, el gobierno recurrió a

³ La abolición del despido no evita el desempleo, ni la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador origina necesariamente desocupación y desmedro económico en perjuicio del trabajador. La estabilidad laboral difícilmente puede ser un remedio al desempleo o desocupación. Pero no sólo las corrientes que defienden la estabilidad se han colocado dentro de una perspectiva económica, sino también sus detractores. Los empleadores en nuestro país, al terminar la década de los 80, sostenían que la causa del desempleo era la existencia de la Ley 24514, Ley de Estabilidad en el Trabajo. Es por eso, que cuando se dicta el Decreto Legislativo 728, se le denomina a dicho dispositivo, Ley de Fomento al Empleo y cuya finalidad era derogar la Ley 24514.

⁴ Revista, Actualidad Laboral 282, Lima, Diciembre 1999, pág. 85.



un "golpe de Estado", dejando de lado la Constitución de 1979 y elaboró una nueva que es la Constitución de 1993,⁵ la misma que entre otras cosas, cambiaría la denominada estabilidad absoluta por una relativa. Se pensó, por entonces, que la estabilidad absoluta era la causa de la baja productividad, de la indisciplina laboral y por ende del desempleo, subempleo e informalidad en el trabajo.

No obstante, estos aspectos no fueron considerados en la Constitución del año 1993. El artículo 27° que se concretó a establecer que "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario" no resolvía los aspectos cuestionados a los que nos hemos referido. Realmente, el artículo 27° no cambió nada, en la medida que era posible continuar con la estabilidad absoluta.

El Decreto Legislativo 728,⁶ no podía superar a la Constitución de 1993, de manera que muchos aspectos recogidos por el primero resultaban siendo inconstitucionales.

Realmente, la indemnización por despido arbitrario, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Legislativo, no es una medida adecuada contra el despido arbitrario. Por el contrario, se trata de un camino que allana y facilita el despido arbitrario, temperamento que no fluye del artículo 27° de la Constitución.

Dentro de estos lineamientos, el Tribunal Constitucional ha cumplido su rol. Pretender responsabilizarlo de un cambio violento en su interpretación del artículo 27°, es exagerado. La realidad es que el problema

se presenta como consecuencia de una desafortunada redacción del precepto constitucional.

2.- CRITERIOS PARA LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS.

La Constitucionalización es un proceso por el que determinadas instituciones jurídicas de diferente índole se incorporan en el texto de una Constitución. Cuando se elabora una Carta Constitucional siempre se discute a cerca del perfil que debe tener la misma. La discusión surge a cerca de sí debe tratarse de un texto con generalidades, dejando que sean las leyes ordinarias las que vayan dándole vida a lo que el Constituyente desea. El otro criterio es buscar que el texto sea específico y directo. Se trata de las constituciones reglamentarias, que por su propósito son de textos extensos y detallistas.

Los textos que buscan establecer criterios generales, consideran que las Constituciones deben contener los lineamientos programáticos, adaptables a los cambios que se vayan produciendo a través del tiempo. A esta clase de texto se le denomina Constituciones programáticas. Frente a ellas está el criterio operativo, reglamentarista que ingresa al detalle para dar una mayor protección a los derechos.

Frente a esta discrepancia cabe preguntarse cuál es la Constitución más aconsejable: Una Constitución programática o una Constitución operativa. Nosotros consideramos que un texto constitucional debe ser una mixtura. Esto significa que no

⁵ Peña Farfan, Saul, op., cit., pág. 179.s

⁶ Actualidad Laboral 282, Lima Diciembre 1999, pág. 86.



compartimos el criterio ni del detalle ni del programa, en forma excluyente. Hay derechos que exigen una tutela inmediata, operativa que no pueden delegarse a una ley posterior, tal por ejemplo, la libertad individual, la inviolabilidad del domicilio que exigen que la Constitución declare que la libertad de la persona o el domicilio son inviolables. No se puede dejar que una ley establezca la clase de tutela de los casos porque esos derechos son inviolables.

Contrariamente, en otros casos la Constitución puede delegar para que por ley se regulen esos derechos. Es frecuente esta clase de mandatos constitucionales. Así, por ejemplo, el artículo 28° dispone que el Estado regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. De igual manera, en el artículo 35 se ordena que la ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos.

Esta misma regla se debe cumplir en la constitucionalización de los derechos laborales.

3.- LA REDACCIÓN DEL ARTICULO 27° DE LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 1993

Los artículos 22° al 29° de la Constitución, que tienen que ver con los asuntos laborales, fueron elaborados fuera del denominado Congreso Constituyente Democrático. Sus autores fueron miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El artículo 27° de la Carta, realmente es impreciso y muy subjetivo y ha dado lugar a más de una interpretación natural y correcta por parte del propio Tribunal Constitucional, al margen de las consideraciones de los abogados y otros especialistas del tema.

El citado artículo 27° ordena que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". La adecuada protección a que hace referencia este artículo tiene un contenido muy subjetivo. Para quien conoce la naturaleza de la disciplina laboral, resulta que lo adecuado para el empleador no lo es para el trabajador. Entre otros, este es un aspecto que debe tenerse en cuenta cuando se constitucionalizan los derechos.

Presentado el texto, se apreció que el mismo llevaba implícita la posibilidad de continuar con la denominada estabilidad absoluta (7) Es decir, seguía con vida el artículo 48° de la Constitución de 1979. De manera que el artículo 27° de la Constitución de 1993 no lo derogó al primero. Simplemente cambió la redacción pero mantuvo el mismo sentido, como lo veremos mas adelante.

Indudablemente, que los que redactaron el artículo 27° de la Constitución no perseguían sino abolir constitucionalmente, la clase de estabilidad que contenía el artículo 48° de la anterior Constitución. Pero su deficiente redacción, o tal vez su seguridad errónea, por parte de

⁷ La estabilidad absoluta es aquella que impide el despido discrecional por parte del empleador, requiriéndose en todo caso la concurrencia de la justa causa para el despido. De producirse el despido sin causa, el remedio consiste en reponer al trabajador en su puesto de trabajo. En cambio, en la estabilidad relativa el despido puede ser discrecional pagándose una indemnización al trabajador. Esto significa que la solución no pasa por una reposición del trabajador, sino por el pago de una cantidad de dinero.



los que elaboran el citado artículo, a cerca de los efectos que tendría el golpe de Estado que originó el nacimiento de la nueva Constitución, despreocupó a sus autores. Pensaron que con el artículo 27° de la Carta, mas un dispositivo como el que aparece, en la actualidad, en el artículo 34° del Decreto Legislativo 728, habían cerrado el circuito. Tal concepción fue de corto plazo. No imaginaron que a largo plazo podía aparecer un Tribunal Constitucional, como el actual, que por la vía de la interpretación, desarticularía aquel circuito que los autores del artículo 27°, la creían cerrado.

Esta aseveración está basada en la afirmación de algunos de los redactores del artículo 27°, que en ese momento, hicieron presente de los reales alcances del citado dispositivo, pero le restaron importancia a tal percance.

De suerte que introducir el texto del artículo 48° de la Constitución de 1979 en lugar del artículo 27° de la Constitución vigente no cambia el propósito de esta última. En otras palabras, sin necesidad de cambiar la Constitución vigente, se puede volver a la Ley 24514,⁸ la misma que resultaría perfectamente constitucional, en cuanto a la clase de estabilidad, pero inconveniente para el propósito que perseguía la nueva Carta.

4.- INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 27° de la Constitución vigente dispone: "La ley otorga al trabajador

adecuada protección contra el despido arbitrario".

En su contenido estamos frente a un precepto constitucional programático, en la medida que se deriva a una ley el cumplimiento del fin perseguido. Este circuito se cerraría con el texto del párrafo segundo del artículo 34 del Decreto Legislativo 728 que señala lo siguiente: "Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización, establecida en el artículo 38°⁹ como única reparación por el daño sufrido...".

El artículo 34 del Decreto Legislativo es mas completo en su redacción para el propósito de abolir la estabilidad absoluta, aspecto en el que no se ubica el artículo 27 de la Constitución, factor que ha servido al Tribunal Constitucional para considerar que el Decreto Legislativo es inconstitucional.

Esto implica preguntarse si la indemnización que establece el Decreto Legislativo 728° constituye una adecuada protección contra el despido arbitrario. Transcurrido el tiempo, desde el año 1993, los trabajadores han rechazado esta clase de despido, mientras que los empleadores consideran conveniente. Por su parte, el actual Tribunal ha dicho que el segundo párrafo del artículo 34 del citado Decreto Legislativo es inconstitucional.

5.- LA IMPRESIÓN DEL ARTICULO 27° COMO CAUSA DE LA DOBLE INTERPRETACIÓN

8 - Romero Montes, Francisco Javier. Logros y Frustraciones de la Nueva Estabilidad Laboral. Lima, 1987, pag. 103.

9 El artículo 38° dispone que a indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones.



Sobre el tema del despido arbitrario, el Tribunal Constitucional ha expresado dos formas diferentes de interpretar el mensaje del artículo 27° de la Constitución, debido a su deficiente redacción. A continuación veamos cada uno de los pronunciamientos.

a).- PRIMERA INTERPRETACIÓN

Para el efecto tomaremos como referencia los expedientes números 1065-99-AA/TC, sobre acción de amparo cuyo agraviado es don Abel Heraclio Falconí Pasapera seguido contra Corporación de Desarrollo de Lima-Callao. (CORDELICA)

Igualmente, el expediente N° 820 - 2000-AA/TC, también sobre Acción de Amparo, seguido por Sindicato Unitario de Trabajadores Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta contra las empresas Telefónica del Perú S.A.C., Telefónica del Perú Holding S.A. y la compañía Ericsson del Perú.

Estos expedientes fueron resueltos por los magistrados del Tribunal Constitucional de entonces, señores Acosta Sánchez, Díaz Valverde, Nugent y García Marcelo.

En ambos expedientes el Tribunal declaró infundada la Acción de Amparo destinada a cuestionar el despido arbitrario regulado en el artículo 34° del Decreto Legislativo 728. En ambos casos, el fundamento es parecido. En el primero, se sostiene que el segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Legislativo 728 dispone que cuando el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario, como única reparación por el daño sufrido.

Se añade en el fallo, que la demandada en su contestación de la demanda

expone que el despido del demandante fue una decisión unilateral de la Corporación y por tanto ha procedido con arreglo al artículo 34° del Decreto Legislativo 728, es decir el pago de la indemnización.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal concluye que no se ha vulnerado ninguno de los derechos constitucionales invocados por el demandante. Tal conclusión no es el resultado de un análisis del artículo 27° de la Constitución, sino que más bien fluye de la aplicación del artículo 34 del Decreto Legislativo 728, no obstante que se trataba de una acción de amparo.

En el segundo Fallo el fundamento es parecido. Se sostiene que la demandada ha hecho uso de una facultad que le permite concluir el vínculo laboral con sus ex-trabajadores, aceptando como penalidad e pago de la indemnización, no habiendo invocado como sustento causa alguna vinculada a la conducta o capacidad de los trabajadores.

Hecha la lectura de los dos fallos, no aparece propósito, por parte del Tribunal de un control difuso a cerca del artículo 34° del Decreto Legislativo 728. No existe ningún análisis que busque confrontar este dispositivo con el artículo 27° de la Constitución que exige una adecuada protección contra el despido arbitrario.

En ambos fallos se acepta que el despido fue unilateral, no existiendo causa alguna para su materialización. En otras palabras, existió arbitrariedad en la medida que no fue razonable ni justa y que estuvo inspirado sólo en la voluntad de una parte. Por lo tanto el artículo 34° del Decreto Legislativo permite el despido arbitrario. Sin embargo, el artículo 27° de la Constitución no persigue esos fines, por el contrario, exige que no haya arbitrariedad en el despido.



Es esto lo que perseguían los que redactaron el artículo 27° de la Constitución?. Indudablemente que no. Ellos buscaron justamente lo contrario, que era el despido inmotivado, ese que aparece en el Decreto Legislativo 728°, en su artículo 34°. Pero ese mensaje no lo reflejaron en el artículo 27° de la Constitución, por su deficiente redacción.

b).- LA SEGUNDA INTERPRETACIÓN

Esta interpretación la adopta los nuevos Magistrados de Tribunal Constitucional señores Rey Terry, Revodero Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda y García Toma, en el expediente N° 1124-2001-AA/TC, sobre Acción de Amparo, iniciado por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. La fecha del Fallo: 11 de julio del 2002.

Similar pronunciamiento aparece en el caso seguido por doña Teodora Cueva Vergara contra Serpost cuyos actuados aparecen en el Expediente 1400-2002-AA/TC.

El fallo contra la Telefónica declara fundada la Acción de Amparo resultando inaplicable el artículo 34°, segundo párrafo del Decreto Legislativo 728° y ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas y además dispone que la empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34° por su incompatibilidad con la Constitución, a juicio del Tribunal, entre

otras, por las siguientes razones:

El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo, porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si como queda dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho del trabajo es la proscripción del despido salvo por justa causa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

El Fallo añade, que cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección frente al despido arbitrario, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.¹⁰

Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional.

Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y por esta razón la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente, como lo hizo su predecesora de 1979, la

¹⁰ Ese núcleo se encuentra en el artículo 22° de la Constitución que establece que "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". Este precepto implica dos aspectos: El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otro, el derecho a no ser despedido, sino por causa justa.



denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Legislativo 728 establece que frente al despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad natum* impone sólo una tutela indemnizatoria, lo cual es incompatible con la Constitución.

También el Tribunal considera que la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restricción es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

He aquí otra forma de leer e interpretar el artículo 27° de la Constitución que se aproxima más al texto del dispositivo y se aleja del sentido que se le vino dando hasta que se llega al caso objeto de este comentario.

Hoy es muy fácil darse cuenta que el texto del segundo párrafo de artículo 34° del Decreto Legislativo 728, se encuentra muy distante del Texto del artículo 27° de la Constitución. En efecto, mientras el dispositivo constitucional pone límites al despido arbitrario, el Decreto Legislativo permite el citado despido. No cabe duda que el conflicto es notorio. La causa se encuentra en que no se supo escribir lo que se pensaba al momento de redactar el artículo 27° de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha cumplido su rol. Si las consecuencias del fallo incomodan a determinadas personas y abogados no es responsabilidad del Tribunal. Por el contrario, es un punto de vista muy respetable que hay que respetarlo y se convertirá en un precedente valioso, en tanto no se modifique el artículo 27° de la Constitución.

La preocupación de los que redactaron el artículo 27° estuvo ligada al tema de la clase de estabilidad que debía imponerse en la nueva Constitución. El propósito era abolir la estabilidad absoluta de la Constitución de 1979 y reemplazarla por una estabilidad relativa. Se pensó entonces que tal objetivo se lograría con un texto programático que permitiría que una ley fuera la que estableciera la medida adecuada.

De esta manera se descuidó la redacción del artículo 27° para darle prioridad a la ley que debía contener una estabilidad relativa, mediante el pago de una indemnización que se mediaría teniendo en cuenta el sueldo del trabajador así como su antigüedad.