

TEMAS DE ACTUALIDAD

Libertad de trabajo,

derecho al trabajo y

estabilidad en el trabajo

Javier Neves Mujica

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El propósito de este artículo es el de precisar el significado de tres conceptos que tienen uso frecuente en la jurisprudencia laboral del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, en la que aparecen muchas veces como sinónimos, a pesar de poseer un contenido notoriamente distinto. La confusión se produce comúnmente con ocasión de despidos que por la forma o por el fondo transgreden la constitución, frente a los cuales los trabajadores afectados se defienden a través de acciones de amparo. El debate se centra en determinar cuál de los derechos constitucionales mencionados a continuación, es en esos casos vulnerado: ¿la libertad de trabajo, el derecho al trabajo o el derecho de estabilidad en el trabajo? Ello sin perjuicio de que con la extinción injustificada del vínculo laboral se afecte además otros derechos, como la libertad sindical, la igualdad y no discriminación o la tutela jurisdiccional efectiva, que no serán materia de análisis en este trabajo.

Para facilitar el contraste entre los tres derechos estudiados, vamos a referirnos en especial a cómo opera cada uno de ellos en el momento inicial, el de la constitución, y en el final, el de la extinción de la relación laboral. En otras palabras, se trata de identificar qué garantías le otorgan al trabajador la libertad de trabajo, el derecho al trabajo y el derecho de estabilidad en el trabajo, al entrar y al salir de su actividad laboral.

▲ LA LIBERTAD DE TRABAJO

En la fase inicial de la relación laboral, la libertad de trabajo le concede al trabajador las siguientes decisiones fundamentales: la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro y, en este último caso, la de precisar en favor de quién. En la fase final, dicho derecho consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su sola voluntad. Vamos a desarrollar estos conceptos.

La primera decisión que debe tomar una persona en este campo es la de si va a trabajar o no. Cuestión diferente es la de si resuelta a trabajar encontrará o no un empleo, que se vincula -como veremos después- con el derecho al trabajo, en lo que atañe al acceso a un puesto. Lo habitual es que se necesite trabajar, ya que es la vía por excelencia para obtener los ingresos necesarios para la subsistencia. Pero podría ocurrir que alguien tuviera otros medios lícitos para procurárselos, distintos al desempeño de una ocupación, como una renta generada por la tenencia de acciones, el arrendamiento de predios, una herencia, la

suerte en la lotería, etc. En ese caso, las condiciones materiales le permitirán hacer un uso pleno de su libertad jurídica de no trabajar. Ya la doctrina se ha puesto de acuerdo en que tal elección no infringe el deber de trabajar dispuesto por los ordenamientos (como contrapartida al derecho al trabajo), que tiene un alcance moral o social pero no jurídico. Todo individuo tiene el deber de trabajar, porque de ese modo puede alcanzar su realización personal y contribuir al bienestar de la comunidad. Hace tiempo que los instrumentos internacionales de derechos humanos, las constituciones comparadas y la doctrina social de la Iglesia Católica lo proclaman así. Pero ese deber no es exigible y, por tanto, no configura propiamente una obligación.

Luego deberá elegir el rubro en el que va a desempeñarse, así como si va a trabajar por cuenta propia o por cuenta ajena y, en tal caso, seleccionar a su contraparte. Por cierto que todas estas decisiones tropiezan con dificultades en un mercado restringido como el nuestro. Sin embargo, las limitaciones impuestas por la realidad económica no llegan a invalidar la libertad jurídica. Si se optara por trabajar por cuenta propia y se empleara el trabajo de otros, la libertad de trabajo coincidiría con la de empresa.

En la fase de la terminación, la libertad de trabajo le permite al trabajador cesar en su actividad sin necesidad de invocar motivos justificados en las que se omite señalar su carácter irrevocable en espera que la Repartición no las acepte. Todo ello, configura un mayúsculo disparate, además de un inaceptable rezago de la tesis autoritaria del empleo público, contraria a nuestra constitución democrática: la relación se forma y se extingue por sendos actos unilaterales de la Administración. Quizá buena parte de la confusión derive de la razonable exigencia del preaviso que formula nuestra legislación para evitar un innecesario perjuicio al empleador con el abandono súbito del cargo. Aquí sí puede haber una solicitud de exoneración del plazo presentada por el trabajador, que el empleador deberá aceptar o rechazar. Por tanto, se requiere un acuerdo, que según nuestro ordenamiento puede ser expreso o tácito.

En definitiva, la libertad de trabajo protege la voluntad del trabajador de entrar y de permanecer, pero no actúa si lo sacan al trabajador. Puede impedir que se fuerce al trabajador a ingresar o que se le prohíba salir, mas no el despido. Tal es, en nuestro concepto, el contenido que debe atribuírsele al derecho proclamado en los artículos 2º numeral 15 y 59º de la Constitución. Asimismo, a la libertad tutelada en el artículo 168º

Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo

numeral 2 del Código Penal. En lo que respecta al artículo 2º numeral 15 de la Constitución, está inserto en el capítulo relativo a los derechos fundamentales, que en dicha norma tienen todos naturaleza civil y política, diferente a la del derecho al trabajo y a la estabilidad en el trabajo, cuyo carácter es económico, social y cultural.

Conforme a lo planteado líneas arriba, serían violaciones a la libertad de trabajo, por ejemplo, el establecer monopolios o excesivas restricciones para el ejercicio de una actividad, u obligar a las personas a ejecutar determinadas tareas, o forzarlas a permanecer en el empleo. Por cierto, que todos estos casos deben ser apreciados con cautela. Las limitaciones en el acceso encuentran un campo de controversia en la colegiación, que en nuestro país es indispensable para el ejercicio de ciertas profesiones. La obligación de trabajar, según los instrumentos internacionales de derechos humanos -el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 8º numeral 3) y los Convenios Internacionales del Trabajo 29 (artículo 2º numeral 2) y 105- no lesiona la libertad de trabajo en tres situaciones: el servicio militar obligatorio o el sustitutorio, el trabajo penitenciario y las obligaciones cívicas normales (ayuda en procesos electorales, servicios a la comunidad, etc.). Sin duda, que las tres deberían interpretarse restrictivamente. Por último, se admite que frente a ciertas prestaciones extraordinarias del empleador, como financiar los estudios de postgrado y mantener durante ellos el pago de la remuneración, es razonable exigir luego al trabajador el compromiso de permanecer un tiempo en la empresa, que comúnmente es el doble del de la licencia. En caso de incumplirse se deberá indemnizar al empleador por los daños y perjuicios irrogados. Pero dicha obligación estipulada sin una inversión excepcional de la empresa ni una compensación especial al trabajador, o por un período demasiado prolongado, sería

manifiestamente lesiva de la libertad de trabajo.

La libertad de trabajo es, en mi opinión, un derecho constitucional consagrado con preceptividad inmediata. Por ello, más allá del debate sobre la utilización de la acción de amparo como libre alternativa del afectado o sólo como último recurso ante la ineficacia de la vía ordinaria, no cabe duda de que cabría emplear ese mecanismo constitucional si se vulnerara tal derecho.

▲ EL DERECHO AL TRABAJO Y A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO

La doctrina y la jurisprudencia han determinado que el derecho al trabajo tiene un doble contenido: facilitar el acceso al empleo a quienes no lo tienen y permitirles conservarlo a quienes ya lo poseen. Vamos a analizar ambos aspectos por separado.

En el primer sentido, el derecho al trabajo se preocupa de procurar a toda persona un empleo. Puede tratarse, en mi opinión, de un empleo genérico o de uno específico. En el primer caso, requiere que el Estado lleve a cabo políticas económicas y sociales adecuadas que incentiven la generación de empleo. En ese marco, las posibilidades de acceder a un puesto se incrementan. Pero la persona no tiene derecho a la ocupación particular de ningún puesto. Una cuestión interesante que se plantea aquí es la de la igualdad de trato y de oportunidades para la obtención del empleo. La Ley N° 26772 regula esta materia, proscribiendo las discriminaciones en las ofertas de empleo. También se orienta hacia la equidad, la prohibición establecida por la Constitución (artículo 40º) de desempeñar por una misma persona más de un empleo público remunerado, salvo por labor docente, repetida y, en verdad, extendida por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (artículo 7º) y su Reglamento (artículo 139º). En definiti-

va, concórdada la libertad de trabajo con el derecho al trabajo en el aspecto que ahora analizamos, diríamos que toda persona tiene el derecho a obtener un empleo pero la libertad de aceptarlo. Si el Estado le consiguiera a una persona un empleo y le obligara a tomarlo, se materializaría el derecho al trabajo pero se violaría la libertad de trabajo.

En el segundo caso, el derecho se concreta en un puesto cierto. Esto ocurre, desde mi punto de vista, cuando un trabajador postula en un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal hipótesis, tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria. Si el concurso fuera público, es decir, abierto a la participación de individuos ajenos a la entidad, estaríamos en estricto ante el ejercicio del derecho al trabajo, en su fase de acceso al mismo. Si fuera interno, esto es, reservado para el personal en ese momento ya ligado a la entidad, nos encontraríamos ante el derecho a la promoción en el empleo, que según unos instrumentos internacionales de derechos humanos forma parte del derecho al trabajo y conforme a otros no, aunque está muy vinculado con él. La primera es la posición del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7º inciso c), y la segunda, la del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7º inciso c).

Por consiguiente, en lo que respecta al acceso al empleo, nos hallamos ante un derecho de preceptividad diferida cuando se refiere a un puesto genérico, y frente a un derecho de preceptividad inmediata cuando recae sobre un puesto específico. La acción de amparo podría utilizarse sólo en este último caso.

La otra acepción que tiene el derecho al trabajo alude a la conservación del empleo. En ésta coincide parcialmente con uno de los sentidos reconocidos por la doctrina a la estabilidad en el trabajo: la prohibición del despido arbitrario. El derecho de estabilidad laboral comprende dos aspectos: la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la determinada, que se plasma en la autorización de celebrar contratos temporales sólo para cubrir labores de esa naturaleza (la llamada estabilidad de entrada); y la ya mencionada prohibición del despido injustificado (la llamada estabilidad de salida).

Decimos que la coincidencia es parcial, porque el derecho al trabajo, en nuestro concepto, no abarca sólo la extinción derivada de un despido sino cualquier otra no surgida de la voluntad del trabajador. El despido es la resolución

INCREMENTOS EN EL JORNAL BÁSICO DE LOS TRABAJADORES DE CONSTRUCCIÓN CIVIL (1)							
Categoría de trabajador	Antigua remuneración			Nueva remuneración (2)			
	Jornal básico	BUC		Incremento	Jornal básico	BUC	
		%	S/.			%	S/.
Operario	S/ 24,23	32%	S/ 7,75	S/ 2,66	S/ 26,89	32%	S/ 8,60
Oficial	S/ 21,81	30%	S/ 6,54	S/ 2,40	S/ 24,21	30%	S/ 7,26
Peón	S/ 19,31	30%	S/ 5,79	S/ 2,12	S/ 21,43	30%	S/ 6,43

(1) Resolución Directoral N° 024-2002-DRTPSL-DPSC (10.04.2002), a través de la cual se otorgan incrementos diarios sobre el jornal básico de los trabajadores y se dispone dar por solucionado el pliego de reclamos presentado por la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú.

(2) Los incrementos diarios se otorgan sobre el jornal básico de los trabajadores a partir del 1 de junio de 2001, en virtud de que la vigencia del pliego de reclamos será de un año a partir del 1 de junio de 2001 al 31 de mayo de 2002.

Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo

del contrato decidida unilateralmente por el empleador ante la presentación de una causa calificada como justificada por el ordenamiento. Pero hay otras formas de extinción del vínculo laboral, como la jubilación obligatoria, que estarían proscritas no en virtud de la estabilidad laboral pero sí del derecho al trabajo.

Aquí debemos efectuar dos precisiones. La primera es que el principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 26° numeral 2 de la Constitución), que prohíbe el abandono voluntario por el trabajador de derechos nacidos en su favor de normas imperativas, impediría la renuncia al empleo, que es la base de la condición de trabajador y, en consecuencia, del disfrute de todos los derechos derivados de ella. Pero esa prohibición afectaría la libertad de trabajo (artículo 2° numeral 15 de la Constitución), por lo que no podría admitirse.

La segunda es que no necesariamente la jubilación obligatoria conlleva una lesión al derecho de conservación del empleo. El Tribunal Constitucional español ha sostenido -en la sentencia número 22/1981, de 2 de julio- que ello no ocurre cuando tal medida se impone como mecanismo de fomento del empleo de los jóvenes. En ese caso entran en colisión el derecho al acceso al empleo de los jóvenes con el derecho a la conservación del mismo por los mayores y, efectuando una ponderación el primero podría preferirse sobre el segundo. Estaríamos ante una forma de reparto del trabajo. Pero si se dispusiera el cese de los trabajadores por llegar a determinada edad, en el entendido que ella acarrea incapacidad para el trabajo sí habría vulneración al derecho de conservación del empleo, porque tal incapacidad -según el mencionado Tribunal- podría no darse por igual en todas las actividades o para todas las personas. En nuestro ordenamiento el fundamento de la jubilación forzosa parece no encontrarse en el primer argumento sino en el segundo, como lo evidencian la libertad de la empresa para sustituir a los trabajadores jubilados y la posibilidad de celebrar un pacto que permita la prosecución de la relación laboral. Por tanto, tenemos una infracción al derecho al trabajo, además del derecho a la igualdad y al mandato de no discriminación.

El derecho al trabajo está consagrado en el artículo 22° de la Constitución y el de estabilidad en el trabajo en el 27°. Ya nos pronunciamos sobre el grado de preceptividad que tiene el derecho al trabajo en su fase de acceso. Ahora debemos hacer lo propio con la fase de conservación y con la estabilidad laboral.

En nuestro concepto, la conservación del empleo que supone el derecho al

trabajo goza de preceptividad inmediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podrá ser contrarrestada con una acción de amparo, con las salvedades que ya formulamos antes. Así ocurriría en el caso de un despido arbitrario, aunque no vulnerara otros derechos constitucionales, de la jubilación forzosa, etc.

La estabilidad en el trabajo, en cambio, está visiblemente reconocida como derecho de preceptividad aplazada: es un mandato al legislador. De aquí surge, para nosotros, una certeza y una incertidumbre. La certeza es la de que cualquier extinción de la relación laboral, excepto la producida por renuncia -y, quizá, también la derivada de un despido injustificado, como veremos enseguida- podría dar lugar a la interposición de una acción de amparo, en virtud del derecho a la conservación del empleo. La incertidumbre es la de que si tal tutela alcanza al despido arbitrario o no. El

dilema se plantea porque el artículo 22° de la Constitución lo permitirá, pero el 27° no. ¿Puede dejarse de lado el artículo 27° y acudir únicamente al 22° o debe interpretarse en conjunto ambos preceptos, aunque esta lectura conduzca a un resultado restrictivo para la protección del derecho? Nos inclinamos por la primera opción. Creemos que si dos preceptos constitucionales tienen contenidos parcialmente superpuestos y uno de ellos resulta exigible inmediatamente mientras el otro no, este segundo no puede contagiarse de su cualidad al primero. El sentido más progresivo de interpretación del texto, que debe ser preferido, conduce a la preceptividad inmediata del derecho a la conservación del empleo. Por consiguiente, la única limitación para el uso de la acción de amparo frente a la vulneración de este aspecto del derecho al trabajo sería la ya mencionada del carácter residual o no de esta garantía constitucional. ATA

**Derecho
&
Sociedad**
Asociación Civil

**Derecho
&
Sociedad**
Asociación Civil

Seminario de Derecho Laboral

La Revista **Derecho & Sociedad**, editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú organizará para los días **19 y 20 de Junio** un Seminario de Derecho Laboral donde se tocarán temas de interés como: la regulación de la CTS, relaciones individuales del trabajo, relaciones colectivas del trabajo, jornada laboral, modalidades de contratación, intermediación laboral, aspectos importantes de la Ley General del Trabajo y la reforma constitucional en el ámbito laboral.

Los ponentes serán: Dr. Javier Neves Mujica, Dr. Carlos Blancas Bustamante, Dr. Jorge Toyama Miyagusuku, entre otros.

Este Seminario estará dirigido a todos los profesionales y empresarios que estén vinculados al área laboral, dados los últimos cambios que se han dado en nuestra legislación.

Informes:

2do. Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica - Revista Derecho & Sociedad.

Telfs:

4602870 anexo 657 / 8591920 / 9123318, a partir del día 20 de Mayo.

*** Los suscriptores de la Revista *Asesoría Laboral* tendrán un precio especial.