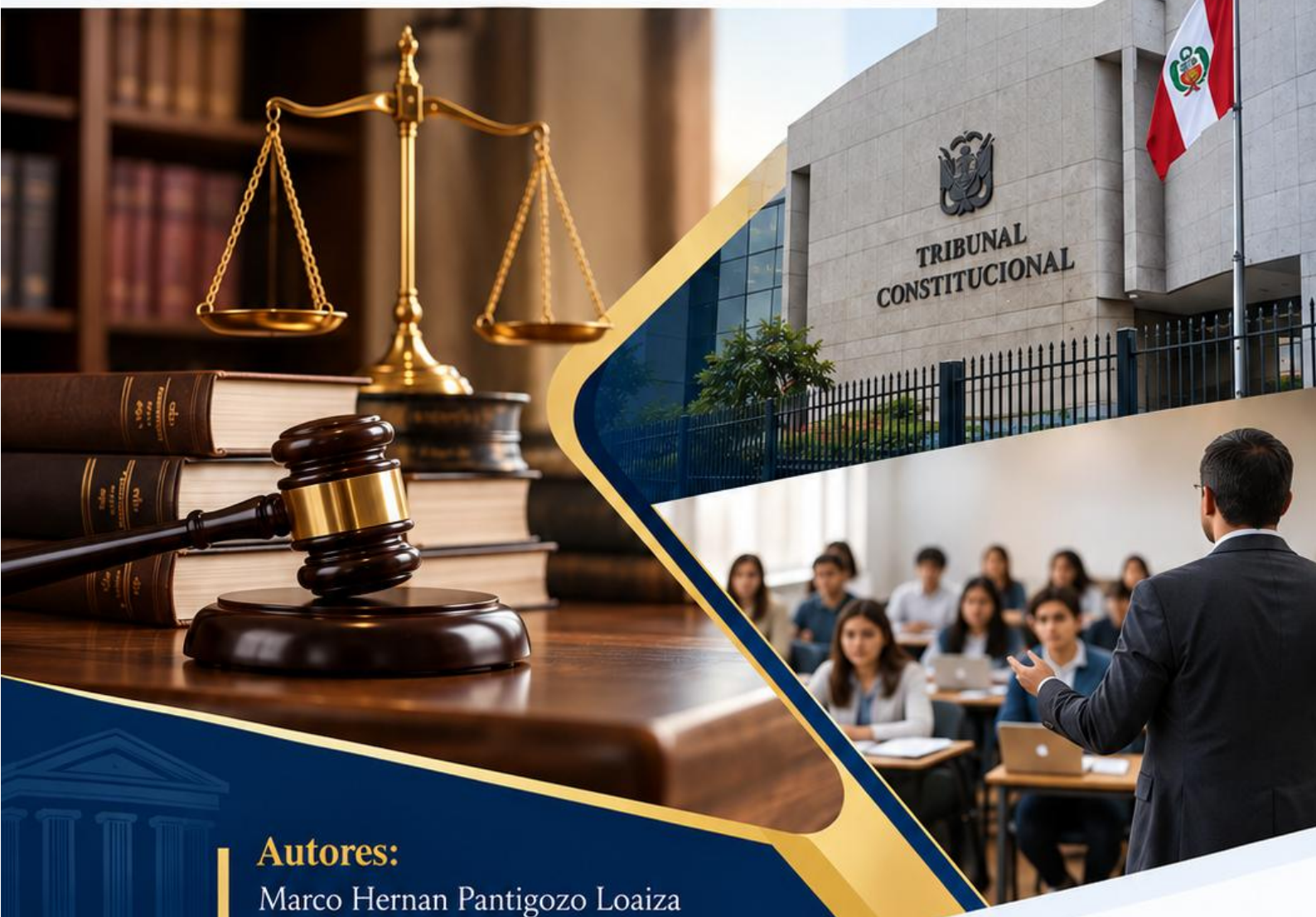
EDITORIAL
MUNDO
INTERDISCIPLINARIO

Los derechos fundamentales de los profesores universitarios de las universidades privadas en los contratos laborales sujetos a modalidad en la interpretación del Tribunal Constitucional.



Autores:
Marco Hernan Pantigozo Loaiza
Rosa Elvira Ruiz Reyes
Rafaela Maria Isabel Aquije Mendez
Fernando Eduardo Cano Legua

ISBN
978-628-97906-5-8

Autores

Marco Hernan Pantigozo Loaiza Doctor en Derecho Universidad Nacional de Ingeniería Docente m.pantigozo.l@uni.edu.pe http://orcid.org/0000-0001-6616-0689	**Rosa Elvira Ruiz Reyes** Doctora en Salud Pública Universidad San Luis Gonzaga Decana de la Facultad de Obstetricia rosa.ruiz@unica.edu.pe http://orcid.org/0000-0001-5026-1362
Rafaela Maria Isabel Aquije Mendez Magister en Derecho – Mención Civil y Comercial Docente en la Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional San Luis Gonzaga rafaela.aquije@unica.edu.pe http://orcid.org/0000-0002-4848-4310	**Fernando Eduardo Cano Legua** Doctor en Ciencias Empresariales Docente de la Facultad de Ingeniería Química Universidad Nacional San Luis Gonzaga fcano@unica.edu.pe http://orcid.org/0000-0002-6881-4313

EDITORIAL
MUNDO INTERDISCIPLINARIO

Editor: Nora González

Título
Los derechos fundamentales de los profesores universitarios de las universidades privadas en los contratos laborales sujetos a modalidad en la interpretación del Tribunal Constitucional

Autores
Marco Hernan Pantigozo Loaiza, Rosa Elvira Ruiz Reyes, Rafaela Maria Isabel Aquije Mendez, Fernando Eduardo Cano Legua

ISBN Versión Digital: 978-628-97906-5-8

Sello Editorial:
Editorial Mundo Interdisciplinario

Editor de Publicaciones y Coordinador editorial: Fitzgerard Castro – Cartagena – Colombia

Diagramación:
LFSE Soluciones Empresariales

Portada:
Linda Luz Castro González

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons – Atribución – No comercial – Compartir igual 4.0 internacional / CC BY-NC-SA 4.0
https://co.creativecommons.net/tipos-de-licencias/

Cartagena –Colombia, Octubre 2026

Los derechos fundamentales de los profesores universitarios de las universidades privadas en los contratos laborales sujetos a modalidad en la interpretación del Tribunal Constitucional

Marco Hernan Pantigozo Loaiza
Rosa Elvira Ruiz Reyes
Rafaela Maria Isabel Aquije Mendez
Fernando Eduardo Cano Legua

Colombia

Latinoamérica

2026

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD Y PROCEDENCIA

La presente obra constituye el resultado de una investigación científica original, inédita y auténtica, desarrollada con estricto rigor metodológico, académico y ético, titulada “Contratos laborales sujetos a modalidad y derechos fundamentales del docente universitario en universidades privadas: análisis a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional”.

La investigación tiene como fundamento el análisis crítico, sistemático y científico de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú relacionadas con los derechos fundamentales de los docentes universitarios de instituciones privadas. No obstante, la obra no constituye una reproducción, compilación ni adaptación de dichas resoluciones, sino una producción intelectual propia que incorpora un proceso de interpretación jurídica, análisis doctrinario, construcción teórica y reflexión académica desarrollados por los docentes investigadores de la Escuela de Posgrado y funcionarios de la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga”, en Ica, Perú.

El proceso de transformación de la investigación en una publicación científica de revisión documental implicó una labor de análisis, profundización y enriquecimiento académico mediante la incorporación de enfoques interdisciplinarios y multidisciplinarios. Cada integrante del equipo investigador realizó contribuciones intelectuales sustanciales desde su ámbito de especialización, permitiendo consolidar una obra con mayor rigor científico, solidez metodológica, consistencia argumentativa y relevancia académica.

En el ámbito temático y sustantivo, Marco Hernán Pantigozo Loaiza desarrolló los fundamentos teóricos de la investigación y lideró el análisis documental y jurisprudencial, con especial énfasis en los aspectos constitucionales, legales y normativos relacionados con los contratos laborales sujetos a modalidad y la protección de los derechos fundamentales de los docentes universitarios. Asimismo, fue responsable de la elaboración de los fundamentos jurídicos derivados del estudio de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Por su parte, Rosa Elvira Ruiz Reyes diseñó la estructura metodológica de la investigación, proporcionando el soporte científico que garantizó la coherencia, validez y confiabilidad del proceso investigativo.

La dimensión estadística y el análisis cuantitativo de la información fueron fortalecidos mediante las contribuciones de la Dra. Rafaela María Isabel Aquije Méndez, cuya participación resultó fundamental para el procesamiento, interpretación y validación de los resultados obtenidos.

Asimismo, el fortalecimiento metodológico desde una perspectiva analítica estuvo a cargo de Fernando Eduardo Cano Legua, quien contribuyó significativamente al rigor epistemológico, la coherencia argumentativa y la consistencia lógica de la investigación, consolidando la calidad científica de la publicación.

Los autores declaramos, bajo nuestra responsabilidad, que la presente publicación constituye una obra absolutamente original e inédita, producto de nuestro trabajo intelectual y científico, elaborada con estricto respeto a los principios de integridad académica, ética en la investigación y propiedad intelectual. Si bien la investigación toma como fuente primaria resoluciones judiciales y documentos públicos emitidos por el Tribunal Constitucional del Perú, el contenido desarrollado, las interpretaciones jurídicas, el análisis crítico, la sistematización de la información, las conclusiones y los aportes científicos son enteramente originales y corresponden exclusivamente a los autores. En consecuencia, esta obra posee identidad científica propia, autonomía intelectual y valor académico independiente, diferenciándose de manera sustancial de los documentos oficiales utilizados como fuentes de información.

Expresamos nuestro más sincero agradecimiento a la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga” por el respaldo institucional brindado durante el desarrollo de la investigación, especialmente por las facilidades otorgadas para la ejecución del trabajo académico y el acceso a la información empleada conforme a los principios éticos y científicos que rigen la investigación.

De igual manera, manifestamos nuestro reconocimiento a los revisores internacionales por sus valiosas observaciones, recomendaciones y sugerencias, las cuales contribuyeron significativamente al fortalecimiento de la calidad metodológica, científica y editorial de la presente obra.

La presente declaración tiene como finalidad garantizar la transparencia académica, la integridad científica, el respeto por la propiedad intelectual y el reconocimiento expreso de las contribuciones realizadas por cada uno de los autores, reafirmando nuestro compromiso con la generación de conocimiento original, inédito, verificable, éticamente responsable y de alto valor para la comunidad académica y científica.

Los autores

Contenido

RESUMEN 12
INTRODUCCIÓN 18
CAPÍTULO I – PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 20
1.1. Situación problemática 20
1.2. Formulación del Problema. 24
1.2.1. Problema general. 24
1.2.2. Problemas específicos. 24
1.3. Formulación de las hipótesis 24
1.3.1. Hipótesis general 24
1.3.2. Hipótesis específicas 25
1.4. Objetivos 25
1.4.1.Objetivo general 25
1.4.2.Objetivos específicos 25
1.5. Metodología aplicada 26
1.5.1 Tipo y diseño de Investigación 26
1.5.2. Nivel 27
1.5.3. Métodos de Investigación. 27
1.5.4. Unidad de análisis 27
1.5.5. Población de estudio 28
1.5.6. Análisis e interpretación de la información 28
CAPÍTULO II - ESTADO DE LA CUESTIÓN 30
2.1.Antecedentes históricos de las sociedades y su desarrollo jurídico 30
2.1.1. Definición de Estado 31
2.1.2. Teorías del Estado 32
2.1.3. Elementos constitutivos del Estado 36
2.1.4. Funciones del Estado 42
2.1.5. Funciones jurídicas del Estado 43
2.1.6. Funciones económicas del Estado 44
2.1.7. Cercanía de la ciudadanía con el Estado 44
2.1.8. Cercanía de la ciudadanía con el Estado a través de la opinión pública 45
2.1.9. Cambios a considerar en los Estados actuales 47
2.2. Enfoques teóricos del mercado laboral 52
2.2.1. Teoría Neoclásica 52
2.2.2. Teoría Marxista 53
2.2.3. Teoría Keynesiana 56

2.2.4. Teoría Institucionalista 58
2.2.5. Enfoques latinoamericanos sobre el desempleo 59
2.3. La flexibilidad laboral 61
2.3.1. Definición de la flexibilidad del mercado laboral 61
2.3.2. Formas de flexibilidad del mercado laboral 62
2.3.3. Razones de la existencia de la política de flexibilización 64
2.4. La precarización del empleo como consecuencia de la flexibilidad del mercado laboral 72
2.4.1. El surgimiento de la precarización del empleo 72
2.4.2. Vertientes que explican la precarización 76
2.4.3. Las causas de la precariedad 76
2.5. Impacto de las medidas de flexibilidad laboral 77
2.5.1. Los derechos sindicales 77
2.5.2. Los contratos de trabajo 78
2.5.3. La jornada laboral 79
2.5.4. Movilidad laboral 79
2.6. Bases filosóficas 79
2.6.1. El Modelo Burocrático y las Nuevas Corriente Filosóficas de la Administración Pública ..... **¡Error! Marcador no definido.**
2.7.Reconocimiento del ordenamiento jurídico laboral con relación a los principios jurídicos 96
2.7.1. Principios expresos y principios implícitos 97
2.7.2. Reconocimiento de los principios jurídicos laborales 99
2.7.3. Principios implícitos 102
2.8.Teoría de los principio 103
2.8.1. Teoría de los principios jurídicos de Robert Alexy 105
2.8.2. Concepto y concepción de norma jurídica 105
2.8.3. Reglas y principios 106
2.8.4. Conflictos de reglas y colisión de principios 108
2.9.Aplicabilidad del concepto de principios de Alexy a la comprensión de los principios jurídicos laborales reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral a través de su jurisprudencia 113
2.9.1. Test de compatibilidad 114
2.9.2. Comprensión de los principios como mandatos de optimización 116
2.9.3. Utilización de la ponderación como procedimiento de resolución de la colisión de principios jurídicos laborales 117
2.9.4. El principio de irrenunciabilidad 117

CAPÍTULO 3 - CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS..... 125

3.1. Análisis e interpretación del problema planteado. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... 125

3.1.1. STC Nº 00849-2013-PA/TC, del 15 de agosto del 2004, proceso de amparo seguido por Luis Edgardo Paz Flores contra la Universidad Privada Antenor Orrego, solicitando se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto. 125

3.1.2. STC Nº 02107-2013-PA/TC, del 18 de julio del 2014, proceso de amparo seguido por Gilda Rosalymm, contra la Universidad Andina del Cusco, solicitando se deje sin efecto legal el despido incausado del cual ha sido objeto..... 131

3.1.3. STC Nº 02124-2013-PA/TC, del 30 de enero del 2014, proceso de amparo seguido por Luis Emilio Peralta Pérez, contra la Universidad Andina del Cusco, solicitando se deje sin efecto el despido incausado por haberse vulnerado el derecho al trabajo y el derecho a la libertad sindical..... 135

3.1.4. STC Nº 03251-2012-PA/TC, del 14 de diciembre del 2012, proceso de amparo seguido por Carlos Alberto Albújar Ramos, contra la Universidad Particular de Chiclayo, solicitando se deje sin efecto el despido incausado debido por haberse vulnerado el derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso. 140

3.1.5. STC Nº 03329-2005-PA/TC, del 31 de enero del 2006, proceso de amparo seguido por Mercedes Libertad Terceros, contra la Universidad Privada de Tacna, solicitando se deje sin efecto el despido de hecho y se ordene la reincorporación en el cargo de docente de la Facultad de Ciencias Empresariales por haberse vulnerado el derecho al trabajo, y al debido proceso. 144

3.1.6. STC Nº 04279-2013-PA/TC, del 20 de junio del 2014, proceso de amparo seguido por Wilfredo Manuel Cáceres Díaz, contra la Universidad Andina del Cusco, solicitando se le restituya los derechos laborales adquiridos y se le reincorpore en su centro de trabajo, por haberse vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso. 147

3.1.7. STC Nº 08538-2013-PA/TC, del 06 de mayo del 2015, proceso de amparo seguido por María Graciela Domínguez Gómez, contra la Universidad Privada San Pedro, solicitando la reincorporación en sus labores habituales por haberse vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso, de defensa y la estabilidad laboral. 150

3.1.8. STC Nº 04921-2012-PA/TC, del 21 de julio del 2014, proceso de amparo seguido por Marino Máximo Valentín Guerra, contra la Universidad Peruana Los Andes, solicitando la reincorporación en la plaza de docente contratado a plazo indeterminado en la Facultad de Derecho, al haberse vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso. 153

3.1.9. STC Nº 00986-2003-AA/TC, del 08 de julio del 2003, proceso de amparo seguido por Víctor Segundo Roca Vargas, contra la Comisión de Orden y Gestión de la Universidad Nacional de San Martín presidida por Arturo Leonardo Ruíz Chapillequen y otros, a fin de que se reponga al estado de cosas hasta el momento en que se produce la violación de sus derechos constitucionales, al trabajo y al debido proceso. 157

3.1.10. STC Nº 00987-2003-AA/TC, del 26 de junio del 2003, proceso de amparo seguido por Teresa Liany Rivas Maqui, contra la Comisión de Orden y Gestión de la Universidad Nacional de San Martín, con el objeto que se disponga la renovación de su contrato como profesora de la Facultad de Educación y Humanidades por violación de sus derechos constitucionales. 160

3.1.11. STC Nº 01889-2003-AA/TC, del 14 de agosto del 2003, proceso de amparo seguido por María del Carmen Eguren Verano, contra el Rector de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, solicitando que se declaren con relación a su persona inaplicables la Convocatoria al Concurso Público de Méritos y Oposición y al Acuerdo de Consejo Universitario, con los cuales se vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos y a trabajar libremente con sujeción a la ley. 164

3.1.12. STC Nº 06755-2008-AA/TC, del 16 de junio del 2011, proceso de amparo seguido por Andrés Juan Pantoja Marín, contra la Universidad Peruana Los Andes, el Rector de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, solicitando que se deje sin efecto el despido incausado de que ha sido objeto con los cuales se vulnera sus derechos fundamentales. 168

3.2. Presentación de la postura personal 172

3.2.1. Propuesta para la solución del problema 172

3.3. Impacto social de la implementación de la propuesta 173

CAPÍTULO IV: CONSECUENCIAS 176

4.1. Costos de la implementación de la propuesta 176

4.2. Beneficios que aporta la propuesta 177

CONCLUSIONES 179

RECOMENDACIONES 181

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 183

RESUMEN

La presente investigación analiza el conflicto entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú y los derechos laborales de los docentes contratados en universidades privadas, en el marco de la autonomía universitaria. Se parte de la hipótesis de que la reiterada interpretación del TC, al privilegiar las leyes universitarias frente al régimen laboral común, ha restringido el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral de los docentes universitarios. La metodología empleada es de tipo cualitativo, con enfoque hermenéutico, histórico y comparativo, y se centra en el análisis de doce sentencias constitucionales emitidas entre 2003 y 2013.

El marco normativo está constituido por la Constitución Política del Perú, las leyes 23733 y 30220 que regulan la vida universitaria, y el Decreto Legislativo 728, aplicable a trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. La investigación también incorpora principios constitucionales como la primacía de la realidad, la igualdad ante la ley y el derecho al trabajo.

El análisis de las sentencias evidencia una línea jurisprudencial que desconoce la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, incluso en casos con vínculos continuos y funciones permanentes. En once de los doce casos, el TC declaró infundadas las demandas de amparo, priorizando el requisito del concurso público como única vía válida para el acceso a la estabilidad. Esta interpretación ignora la realidad del vínculo laboral continuo y afecta el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Se identificaron categorías interpretativas recurrentes como la exigencia rígida del concurso, la supremacía de la normativa universitaria y la negación del carácter laboral del vínculo docente. Estas categorías muestran una jurisprudencia regresiva que limita el ejercicio efectivo de derechos fundamentales bajo el argumento de la autonomía universitaria.
Se concluye que el TC ha desarrollado una interpretación restrictiva que debilita la protección laboral de los docentes contratados, y se propone una revisión de

dicha línea jurisprudencial en favor de un enfoque más equilibrado entre autonomía institucional y derechos fundamentales.

Palabras clave:
Tribunal Constitucional, autonomía universitaria, estabilidad laboral, docentes contratados, derecho al trabajo, jurisprudencia, primacía de la realidad.

ABSTRACT

This research analyzes the conflict between the jurisprudence of the Constitutional Court of Peru and the labor rights of professors employed at private universities, within the framework of university autonomy. It is based on the hypothesis that the Constitutional Court's repeated interpretation, by privileging university laws over the common labor regime, has restricted the right to work and job security of university professors. The methodology employed is qualitative, with a hermeneutic, historical, and comparative approach, and focuses on the analysis of twelve constitutional rulings issued between 2003 and 2013.

The regulatory framework consists of the Peruvian Political Constitution, Laws 23733 and 30220, which regulate university life, and Legislative Decree 728, applicable to workers subject to the private sector. The research also incorporates constitutional principles such as the primacy of reality, equality before the law, and the right to work. The analysis of the rulings reveals a line of jurisprudence that ignores the distortion of contracts subject to a specific modality, even in cases with continuous contracts and permanent positions. In eleven of the twelve cases, the Constitutional Court declared the amparo claims unfounded, prioritizing the requirement of a public competition as the only valid means of accessing stability. This interpretation ignores the reality of a continuous employment relationship and affects the right to protection against arbitrary dismissal.

Recurring interpretative categories were identified, such as the rigid requirement of a competition, the supremacy of university regulations, and the denial of the employment nature of the teaching relationship. These categories reflect a regressive jurisprudence that limits the effective exercise of fundamental rights under the pretext of university autonomy.

The conclusion is that the Constitutional Court has developed a restrictive interpretation that weakens the labor protection of contracted professors, and a review of this line of jurisprudence is proposed in favor of a more balanced approach between institutional autonomy and fundamental rights.

Keywords:
Constitutional Court, university autonomy, job security, contracted professors, right to work, jurisprudence, primacy of reality.

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD Y PROCEDENCIA

La presente obra constituye el resultado de una investigación científica original, inédita y auténtica, desarrollada con estricto rigor metodológico, académico y ético, titulada “Contratos laborales sujetos a modalidad y derechos fundamentales del docente universitario en universidades privadas: análisis a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional”.

La investigación tiene como fundamento el análisis crítico, sistemático y científico de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú relacionadas con los derechos fundamentales de los docentes universitarios de instituciones privadas. No obstante, la obra no constituye una reproducción, compilación ni adaptación de dichas resoluciones, sino una producción intelectual propia que incorpora un proceso de interpretación jurídica, análisis doctrinario, construcción teórica y reflexión académica desarrollados por los docentes investigadores de la Escuela de Posgrado y funcionarios de la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga”, en Ica, Perú.

El proceso de transformación de la investigación en una publicación científica de revisión documental implicó una labor de análisis, profundización y enriquecimiento académico mediante la incorporación de enfoques interdisciplinarios y multidisciplinarios. Cada integrante del equipo investigador realizó contribuciones intelectuales sustanciales desde su ámbito de especialización, permitiendo consolidar una obra con mayor rigor científico, solidez metodológica, consistencia argumentativa y relevancia académica.

En el ámbito temático y sustantivo, Marco Hernán Pantigozo Loaiza desarrolló los fundamentos teóricos de la investigación y lideró el análisis documental y jurisprudencial, con especial énfasis en los aspectos constitucionales, legales y normativos relacionados con los contratos laborales sujetos a modalidad y la protección de los derechos fundamentales de los docentes universitarios. Asimismo, fue responsable de la elaboración de los fundamentos jurídicos derivados del estudio de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Por su parte, Rosa Elvira Ruiz Reyes diseñó la estructura metodológica de la investigación, proporcionando el soporte científico que garantizó la coherencia, validez y confiabilidad del proceso investigativo.

La dimensión estadística y el análisis cuantitativo de la información fueron fortalecidos mediante las contribuciones de la Dra. Rafaela María Isabel Aquije Méndez, cuya participación resultó fundamental para el procesamiento, interpretación y validación de los resultados obtenidos.

Asimismo, el fortalecimiento metodológico desde una perspectiva analítica estuvo a cargo de Fernando Eduardo Cano Legua, quien contribuyó significativamente al rigor epistemológico, la coherencia argumentativa y la consistencia lógica de la investigación, consolidando la calidad científica de la publicación.

Los autores declaramos, bajo nuestra responsabilidad, que la presente publicación constituye una obra absolutamente original e inédita, producto de nuestro trabajo intelectual y científico, elaborada con estricto respeto a los principios de integridad académica, ética en la investigación y propiedad intelectual. Si bien la investigación toma como fuente primaria resoluciones judiciales y documentos públicos emitidos por el Tribunal Constitucional del Perú, el contenido desarrollado, las interpretaciones jurídicas, el análisis crítico, la sistematización de la información, las conclusiones y los aportes científicos son enteramente originales y corresponden exclusivamente a los autores. En consecuencia, esta obra posee identidad científica propia, autonomía intelectual y valor académico independiente, diferenciándose de manera sustancial de los documentos oficiales utilizados como fuentes de información.

Expresamos nuestro más sincero agradecimiento a la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga” por el respaldo institucional brindado durante el desarrollo de la investigación, especialmente por las facilidades otorgadas para la ejecución del trabajo académico y el acceso a la información empleada conforme a los principios éticos y científicos que rigen la investigación.

De igual manera, manifestamos nuestro reconocimiento a los revisores internacionales por sus valiosas observaciones, recomendaciones y sugerencias, las cuales contribuyeron significativamente al fortalecimiento de la calidad metodológica, científica y editorial de la presente obra.

La presente declaración tiene como finalidad garantizar la transparencia académica, la integridad científica, el respeto por la propiedad intelectual y el reconocimiento expreso de las contribuciones realizadas por cada uno de los autores, reafirmando nuestro compromiso con la generación de conocimiento original, inédito, verificable, éticamente responsable y de alto valor para la comunidad académica y científica.

Los autores

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación doctoral, sobre los derechos fundamentales de los profesores universitarios de las universidades privadas en los contratos laborales sujetos a modalidad en la interpretación del tribunal Constitucional, tiene como objetivo determinar y analizar el contenido de los derechos fundamentales en los contratos laborales sujetos a modalidad que suscriben los profesores de las universidades privadas, y a la vez analizar si dichos contratos se encuentran amparados por la Constitución Política del Estado.

Se ha utilizado como material de estudio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, relacionada a los derechos fundamentales de los profesores universitarios de las universidades privadas, en especial de las universidades denominadas asociativas, donde podemos ver de manera objetiva, cual es el criterio con el cual el Tribunal Constitucional aplica para resolver las demandas de amparo interpuestas por profesores universitarios solicitando tutela jurisdiccional, por el incumplimiento del contrato de trabajo sujeto a modalidad bajo los alcances del Decreto Legislativo N°003-97-TR.

Las resoluciones serán estudiadas dentro de un enfoque eminentemente Constitucional – laboral, analizando los principios y derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución así como en la Ley Universitaria, el Decreto Legislativo Nº 882, y el Decreto Supremo Nº 003-97TR.

Capítulo I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CAPÍTULO I – PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

La presente investigación está orientada a reivindicar los derechos fundamentales del profesor universitario de las universidades privadas, a quienes paulatinamente se les viene desconociendo sus derechos laborales, tanto por sus empleadores, así como por el propio Estado, gracias a la antinomia de normas existentes en nuestro medio, relacionadas al trabajo que realizan los profesionales que se dedican a la noble tarea de formar profesionales.

El problema se inicia la última década del siglo pasado, con la dación de la Constitución de 1993 de corte neoliberal, y la entrada en vigencia de la corriente denominada flexibilización laboral, nacida en Francia a comienzos de los años 80 e irradiada a los países en vías de desarrollo, agravándose aún más con la dación del Decreto Legislativo Nº 882 Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, que promueve e incentiva la masificación de instituciones privadas educativas de todos los niveles, desprendiéndose así el Estado de la obligación constitucional de asumir la educación como un derecho fundamental y común servicio público.

A finales del año 1983 se promulga la Ley Universitaria Ley Nº 23733, la expectativa que genero esta ley estaba orientada a dar un cambio organizacional tanto administrativo como académico de las Universidades, sobre todo de las Universidades Públicas que eran la mayoría; en dicha ley, se establecía que las universidades nacían o eran suprimidas sólo por ley, no existía otra forma de creación, donde entre otras cosas para su funcionamiento se tenía que acreditar la disponibilidad de personal docente calificado.

Por primera vez en la citada Ley, se dedica un capítulo a los profesores universitarios que a la larga vendría a ser algo así como un régimen laboral especial, aplicado para los profesores de las universidades públicas que se regían bajo el régimen del Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (hecho este que se suprimió con la Ley Universitaria 30220) y la legislación laboral de la actividad

privada para los profesores de las universidades privadas en general, la misma que se mantienen en la actualidad.

El año 1992 entra en vigencia el Decreto Legislativo Nº 728 que regula la actividad laboral privada, y con ello se implementa la flexibilización laboral creándose así los contratos atípicos denominados Contratos Laborales Sujetos a Modalidad, conocidos también como contratos modales, o contratos a plazo fijo, los que hasta la fecha siguen vigentes y han sido constitucionalmente trabajados por el Tribunal Constitucional, dándoles diferentes interpretaciones.

El 08 de noviembre del año 1996, se promulga del Decreto Legislativo Nº 882 Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, ley que permitió la creación de universidades empresa, y disponía que los profesores de dichas instituciones es decir de las universidades privadas, se regían por la legislación de la actividad privada, es decir dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nº 728.

Con la dación de la Ley Nº 30220 Ley Universitaria publicada en el diario Oficial El Peruano el 04 de julio del año 2014, se da apertura a una reforma en la Educación Universitaria donde una de las principales finalidades es la buscar la calidad en la enseñanza educativa; dicha Ley fue inmediatamente puesta ante el Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre su inconstitucional, la misma que ha sido ratificada con la sentencia recaída en los expedientes Nº0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 019-2014-PI/TC Y 007-2015-PI/TC, con lo que se cerró el tema de inconstitucionalidad de la nueva Ley Universitaria.

La Ley Universitaria señala la existencia de tres tipos de universidades, una pública y dos de naturaleza privada unas sin fines de lucro denominadas universidades asociativas y otras con fines de lucro denominadas societarias, en el Perú tenemos 90 Universidades privadas 50 societarias y 40 asociativas.

La nueva Ley Universitaria, con relación al régimen laboral de los profesores universitarios no hace otra cosa de copiar casi textualmente lo señalado en la derogada Ley Universitaria Nº 23733 promulgada el año 1983, claro esta con algunas modificaciones con relación a los profesores de las universidades públicas y privadas, sobre todo a los profesores de las universidades públicas se les excluye del régimen del empleado público, es decir

dentro de los alcances del Decreto Legislativo Nº 276, permaneciendo los profesores de las universidades privadas, sean estas societarias o asociativas bajo el régimen laboral de la actividad privada.

El trabajo de investigación está referido a analizar sobre los derechos fundamentales de los profesores de las universidades privadas en general, con relación a las condiciones laborales en la que desempeñan la función docente, y sobre todo los términos de la relación contractual, a través de contratos de trabajo sujetos a modalidad, pues, el Tribunal Constitucional ha venido pronunciándose, sobre los términos de dichos contratos de trabajo, desconociendo los derechos laborales de los profesores universitarios contratados, de las universidades privadas que han acudido al Estado en busca de amparo.

La vulneración de los derechos fundamentales de los docentes universitarios de las universidades privadas, que en su mayoría son contratados, se da por la falta de un régimen laboral especial que debería regularse, pues la ley universitaria si bien es cierto, señala los tipos de docentes con los cuales debe contar una universidad, sin embargo, no hace aclaración alguna si se trata de la admisión y promoción en la carrera docente de los profesores contratados, hecho este que como vuelvo a señalar ha sido erróneamente interpretado por el Tribunal Constitucional, privando de los derechos laborales a profesores contratados de las universidades privadas, confundiéndolo o mejor dicho forzando los hechos para integrarlos dentro de la carrera docente universitaria, como si se tratase de un profesor ordinario, el mismo que por la naturaleza de su ingreso a la docencia universitaria nunca será un docente contratado.

La Ley Universitaria tanto la derogada como la vigente, expresamente señala cual es el camino para el ingreso a la carrera docente, sin embargo, al respecto debemos considerar lo siguiente, la carrera docente está reservada única y exclusivamente para los profesores ordinarios, no es para los profesores extraordinarios ni para los profesores contratados estos docentes se rigen por la actividad, consecuentemente los profesores extraordinarios y los contratados están excluidos, de la carrera docente, hecho este que el Tribunal Constitucional no considera así, pues para el Tribunal Constitucional, el ingreso a la docencia

universitaria solo es por concurso público, sin discriminar los tipos de docentes a los que hace alusión la ley universitaria, es decir docentes ordinarios en tres categorías, principal, asociado y auxiliar, docentes extraordinarios, los que pueden ser eméritos, honorarios y similares dignidades y los docentes contratados los que prestan servicios a plazo determinado en los niveles y condiciones que fija el respectivo contrato.

En efecto, la Ley Universitaria derogada en su artículo 47 segundo párrafo señalaba, que los profesores contratados lo son por el plazo máximo de tres años, al término del cual tenían derecho de concursar para los efectos de su admisión a la carrera docente, en condición de profesores ordinarios, es decir la Ley Universitaria derogada señalaba con meridiana claridad cual era camino del profesor contratado, lo que no sucede con la nueva ley que se limita a señalar que toda universidad queda facultada para contratar docentes, el mismo que puede concursar a cualquiera de las categorías docentes, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en la Ley, no hace referencia al tiempo, lo que significa que los docentes contratados no están dentro de la carrera docente.

La Constitución Política del Estado en su Título I, Capítulo I establece los Derechos Fundamentales de la Persona, sin embargo, cuando hablamos a los derechos fundamentales de la persona, pareciera que nos encontramos frente a un concepto jurídico indeterminado, que no sabemos cuáles o que derechos forman parte de los derechos fundamentales, o simplemente nos remitimos a la lista de derechos fundamentales señalados en la Constitución y en normas supranacionales para determinar cuáles son los derechos fundamentales de la personas.

Los derechos fundamentales, que corresponde a los docentes universitarios como trabajadores, son vistos por el Tribunal Constitucional desde diferentes vertientes, las mismas que analizaremos en la presente investigación y como es que el propio Tribunal Constitucional, viene aplicando a través de sus resoluciones, contraviniendo muchas veces no solo a los derechos fundamentales relacionados al trabajo, sino también a la propia ley universitaria

generando una interpretación errónea del régimen laboral de los docentes universitarios.

Los contratos de trabajo, sujetos a modalidad o modales, son otro problema que agudiza la vulneración de los derechos fundamentales de los docentes universitarios, tanto más que el Tribunal Constitucional, no se ha pronunciado sobre los elementos constitutivos de dichos contratos para su validez, confundiendo el contenido jurídico de un contrato de trabajo indeterminado típico, con un contrato de trabajo a plazo fijo o atípico, hecho este que permite de sobre manera, la vulneración de los derechos fundamentales.

1.2. Formulación del Problema.

1.2.1. Problema general.

¿Cuáles son los derechos fundamentales de los profesores universitarios en los contratos laborales sujetos a modalidad que deben ser respetados (considerados) por el Tribunal Constitucional?

1.2.2. Problemas específicos.

¿Qué significan los derechos fundamentales de los profesores universitarios en los contratos sujetos a modalidad, y cuál es su regulación y aplicación dentro del Estado Constitucional de Derecho?

¿Cuál es el criterio de interpretación que realiza el Tribunal Constitucional en las sentencias de amparo, relacionadas a los contratos laborales sujetos a modalidad, de los profesores de las universidades privadas, respecto de los derechos fundamentales?

¿Cuál es la interpretación del Tribunal Constitucional frente a la antinomia legal y normativa, referente al régimen laboral de los profesores de las universidades privadas, en los contratos de trabajo sujetos a modalidad?

1.3. Formulación de las hipótesis

1.3.1. Hipótesis general

El Tribunal Constitucional, desconoce los derechos fundamentales de los profesores de las universidades privadas, al desconocer los derechos fundamentales propios de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, dentro del régimen laboral de la actividad privada.

1.3.2. Hipótesis específicas

En un Estado Constitucional de Derecho, se debe respetar los derechos fundamentales, de los profesores universitarios, con relación al régimen laboral establecido a los contratos de trabajo sujetos a modalidad.

El Tribunal Constitucional, en las sentencias de amparo, no determina cual es el régimen laboral del profesor universitario dentro de los contratos sujetos a modalidad, considerando que dichos contratos son propios del régimen laboral de la actividad privada.

El Tribunal Constitucional, con relación al régimen laboral del profesor de las universidades privadas, aplica la Ley universitaria, y deja de lado el Decreto Legislativo Nº 728 y 882.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Determinar y analizar el contenido de los derechos fundamentales en los contratos laborales sujetos a modalidad de los profesores de las universidades privadas, y si estos están amparados por la Constitución Política.

1.4.2. Objetivos específicos

- Identificar, definir y desarrollar conceptualmente los derechos fundamentales contenidos en los contratos laborales sujetos a modalidad, así como su regulación y aplicación dentro del Estado Constitucional de Derecho en el Perú.
- Describir y desarrollar las causas por las cuales el Tribunal Constitucional incumple con reconocer (amparar) los derechos fundamentales en los contratos sujetos a modalidad de los profesores de las universidades privadas.
- Identificar las antinomias legales relacionados al régimen laboral de los profesores de las universidades privadas, en los contratos laborales sujetos a modalidad.

1.5. Metodología aplicada

1.5.1 Tipo y diseño de Investigación

Tipo de Investigación

La presente investigación es de tipo jurídico social; entendiendo que la orientación del trabajo se encuentra enmarcada dentro de la investigación básica y aplicada, la misma que tiene como objetivo mejorar el conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales, y buscar mejorar y resolver los problemas sociales, produciendo nuevos conocimientos, en este caso en la disciplina jurídica laboral relacionada a los derechos fundamentales de los trabajadores como profesores universitarios, en las universidades privadas, proponiendo un régimen laboral especial que garantice el cumplimiento de sus derechos fundamentales. La investigación también es aplicada, ya que, permitirá establecer algunas deficiencias y vacíos en normas y procedimientos en la tutela de los derechos fundamentales de los profesores universitarios, con el propósito de sugerir las modificaciones pertinentes en las normas legales.

Diseño de Investigación

El diseño de investigación es cualitativo y como tal están sujetas a las circunstancias de cada ambiente o escenario en particular. En el enfoque cualitativo, el diseño se refiere al abordaje general que se utilizará en el proceso de investigación. Álvarez- Gayou (2003) lo denomina marco interpretativo. El diseño al igual que la muestra, la recolección de datos y el análisis, va surgiendo desde el planteamiento del problema hasta la inmersión inicial y el trabajo de campo y, desde luego, va sufriendo modificaciones, aun cuando, es una forma de enfocar el fenómeno de interés. Dentro del marco del diseño se realizan las actividades mencionadas hasta ahora: inmersión inicial y profunda en el ambiente, estancia en el campo, recolección de los datos, análisis de los datos y generación de teorías.

La utilidad de la revisión de la literatura en las investigaciones cualitativas se da por detectar conceptos claves, tener en la mente los errores que otros han cometido, conocer diferentes maneras de pensar y abordar el planteamiento, y mejorar el entendimiento de los datos y profundizar las interpretaciones. (Hernández S., Fernández C., & Baptista L., 2014)

El objetivo de la investigación cualitativa es el de proporcionar una metodología de investigación que permita comprender el complejo mundo de la experiencia vivida desde el punto de vista de las personas que la viven. La metodología cualitativa, como indica su propia denominación, tiene como finalidad la descripción de las cualidades de un fenómeno. Busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. No se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible. En investigaciones cualitativas se debe hablar de entendimiento en profundidad en lugar de exactitud: se trata de obtener un entendimiento lo más profundo posible.

1.5.2. Nivel

Con relación al nivel de investigación se realizará utilizando el nivel histórico, donde el investigador indagará sobre hechos o fenómenos ocurridos en el pasado, reconstruyendo los acontecimientos y explicando su desarrollo, fundamentando su significado en el contexto del que ha surgido. En algunas investigaciones se registra información sobre hechos ocurridos con anterioridad a la planificación del estudio, y el registro continuo según los hechos; también son conocidas como investigaciones retrospectivas.

1.5.3. Métodos de Investigación

Estando a tipo de investigación planteada, se ha visto por conveniente utilizar diferentes métodos de investigación tanto más que todos ellos nos llevarán a dar respuesta objetiva a nuestro planteamiento de problema, dentro de los métodos de investigación de arraigo general tenemos el método histórico, método comparativo, y el método dialéctico, y dentro de los método propios de la investigación cualitativa utilizaremos el método científico, el método inductivo, el método deductivo, el método analítico, el método sintético, el método dogmático, el método exegético, el método interpretativo el método fenomenológico y el método hermenéutico

1.5.4. Unidad de análisis

Como unidad de análisis de la presente investigación, son las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional en los procesos de amparo, seguido por

profesores contratados de las universidades privadas, quienes han recurrido ante el máximo órgano Constitucional, solicitando tutela de sus derechos fundamentales como trabajadores contratados que ejercían la docencia universitaria.

1.5.5. Población de estudio

Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en proceso de amparo interpuesto por profesores universitarios de universidades privadas

Tamaño de la muestra

El tamaño de la muestra es de doce sentencias, emitidas por el Tribunal Constitucional, en procesos de amparo interpuestas por profesores universitarios de las universidades privadas.

Selección de la muestra

La muestra ha sido seleccionada de manera aleatoria, dentro de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, sólo en procesos de amparo interpuestos por profesores universitarios de las universidades privadas.

1.5.6. Análisis e interpretación de la información

Se utilizará las técnicas del análisis documental y la bibliografía y como instrumentos de análisis de contenido las fichas textuales, de comentario, de resumen, así como las fichas críticas.

Capítulo II

ESTADO DE LA CUESTIÓN

CAPÍTULO II - ESTADO DE LA CUESTIÓN

2.1. Antecedentes históricos de las sociedades y su desarrollo jurídico

Este capítulo, tiene como propósito hacer una revisión del concepto del Estado, su evolución y la importancia que ha tenido dentro del control y participación que ha tenido para velar el cumplimiento de las normas en materia laboral con relación a los principios y derechos irrenunciables de los trabajadores. El estudio de este capítulo se enfocará principalmente en dos puntos: el primero versará sobre los cambios que han sufrido los Estados modernos en su desempeño interno y su relación con otros actores importantes del sistema interno tales como, las empresas, nacionales, transnacionales y las organizaciones intergubernamentales; en segundo lugar, se estudiará la relación de los ciudadanos con el Estado al que pertenecen y de qué manera el gobierno se legitima gracias al apoyo de la población a estos Estados. Los puntos anteriores demuestran la importancia del Estado dentro de las relaciones laborales y el hecho de que los ciudadanos tengan cierta inclinación a resolver sus problemas inmediatos dentro de los límites del Estado y bajo el marco jurídico que éste ha definido.

Antes de abordar los dos puntos anteriormente señalados es necesario hacer una revisión teórica del concepto de Estado. En primer lugar, se debe señalar que es común encontrar en estudios del Estado un acercamiento muy general de manera como si todos los Estados fueran iguales. Sin embargo, en la presente tesis el término Estado se encontrará delimitado. Pensadores como Herman Heller, Georg Jellinek o Hans Kelsen tienen amplias referencias a este tipo de Estado, en específico al europeo, como se puede encontrar en sus obras[1]; además considero que la estructura de sus trabajos y resultados son prácticos y todavía válidos a pesar del tiempo que tienen ya desde su publicación.

Actualmente autores como Francis Fukuyama y John A. Hall consideran a los Estados de Europa occidental y Estados Unidos como los más cercanos al ideal de Estado. Cabe aclarar que la inclusión del caso norteamericano se debió a su participación en la Primera Guerra Mundial pero más específicamente en la re-

[1] Teoría general del Estado de Georg Jellinek; Teoría del Estado de Hermann Heller y Teoría general del Estado de Hans Kelsen.

configuración del orden internacional después de la Segunda Guerra Mundial, momento en el cual se convierte en el hegemón del mundo contemporáneo. Y es por esto que autores como Bob Jessop, Anthony Giddens y Susan Strange hacen amplia referencia sobre este nuevo actor estatal debido a su importancia en la arquitectura del orden mundial actual.

Por consiguiente, en este trabajo se considerará el término "Estado" como el Estado Occidental Europeo y/o Norteamericano, con el propósito de no perder al lector en el amplio espectro de posibles Estados en el orden internacional, es decir, las proposiciones o aseveraciones que del Estado se hagan pueden, en muy contadas ocasiones, adecuarse a otros fuera de la región señalada y con esto me refiero a otro tipo de sistemas estatales como pueden ser los Estados orientales, islámicos, africanos e incluso latinoamericanos. Dichas regiones tienen antecedentes culturales completamente diferentes o en ocasiones contrarios a los valores occidentales como religión o tradiciones. Además de que el propósito general de esta tesis es demostrar una situación específica de países europeos desarrollados.

Aunque Susan Strange, en su libro *La retirada del Estado,* menciona que debemos dejar de lado los conceptos que tenemos del Estado puesto que los cambios del sistema los hacen incompatibles con nuestra realidad actual, considero que la revisión de conceptos fundadores de la teoría del Estado son indispensables puesto que ofrecen una perspectiva desde la cual podremos evaluar el grado de aplicación de tales conceptos.

2.1.1 Definición de Estado

La definición más aceptada es la de Max Weber, que se refiere al Estado como un cuerpo autónomo que tiene jurisdicción territorial y monopolio sobre el uso coercitivo de la fuerza dentro de su jurisdicción.[2] Esta definición contiene los elementos más importantes del Estado tanto físicos, como el territorio y la población sobre la que se aplica su poder coercitivo, como los no tangibles, el

[2] Clarke, Paul Barry. 'State'. In Barry Clarke, Paul and Andrew Linzey (eds.), Dictionary of Ethics, Theology and Society, (London, New York, Routledge, 1996) pg. 792

ideal de derecho demarcado por la jurisdicción, el gobierno y la autonomía de éste.

John Hall nos provee de otra definición de lo que significa Estado, que es un conjunto de instituciones enmarcadas dentro de un territorio geográficamente delimitado, siendo la institución más importante la que controla los medios de violencia y coerción, con lo que el Estado monopoliza el establecimiento de normas dentro de su territorio.[3] La definición de Hall sobre el Estado no difiere mucho de la definición que Max Weber hace, en la que resalta el uso exclusivo de la violencia por el personal que trabaja para el Estado. Otro caso más lo encontramos con Ted Hondereich que coincide con la importancia de la coerción al afirmar que, el Estado tiene el poder de regular el comportamiento de todos los individuos y cualquier otra organización dentro de sus fronteras[4].

A pesar de que la mayoría de las de las definiciones – y no sólo las que aquí se han presentado- resaltan el uso de los medios coercitivos, en el presente estudio retomaremos los aspectos del Estado relacionados con el orden que establece en la sociedad. No se estudiará en qué manera se ejerce la violencia por parte del Estado puesto que es un tema que desviaría el objeto de estudio principal, la sociedad.

2.1.2 Teorías del Estado

Dentro de las teorías del Estado existen ciertas divisiones, en esta primera parte señalaré cuales son los criterios para dividirlas, para después mencionar el tipo de teorías que se tomarán para el presente trabajo. Georg Jellinek divide las teorías del Estado en aquellas que lo consideran de una manera predominantemente objetiva y otras que lo consideran desde un punto de vista subjetivo.

Teorías Objetivas

Entre las teorías que consideran al Estado desde un punto de vista objetivo tenemos aquellas que lo toman como un hecho, como algo real y fuera de nuestra mente, desprecian los aspectos psicológicos de las acciones del

[3] Hall, John A. & G. John Ikenberry. El Estado. Madrid: Alianza Editorial. 1993. Pg. 11
[4] Honderich, Ted. *'State'* In Hondereich, Ted (ed.) The Oxford Companion to Philosophy, (Oxford, New York, Oxford University Press, 1995) pg850

Estado. Otras teorías objetivas se refieren al Estado como una situación, en específico se refieren al *status* de dominación que se mantiene socialmente. El *status* de dominación es mejor explicado por la teoría materialista de Marx, en donde se analiza la situación de la sociedad dentro del Estado dividida en clases. En el *Manifiesto Comunista* de Marx, se hace referencia a un limitado número de clases, burguesía, clase obrera y campesinado, sin embargo, en otros textos de Marx podemos observar un número mayor de clases, explicados de una manera más rica que la simple bipolaridad obrero-burguesa.

Con respecto al estudio de clases que es predominante en Marx se puede agregar que las relaciones de dominación social se desarrollan más, de acuerdo a Jellinek, en nuestro interior y por lo tanto este tipo de teorías se encuentra entre lo objetivo, por sus consecuencias visibles y lo subjetivo por sus fuentes intrapersonales. Por consiguiente, la teoría materialista de Marx no puede considerarse completamente como objetiva puesto que implica apreciaciones subjetivas de sentimientos de identidad y pertenencia a grupos en este caso, clases.

Teorías subjetivas

Dentro de las teorías subjetivas se encuentran las que identifican al Estado con uno de sus elementos, especialmente el pueblo y el gobierno; después tenemos las que explican aspectos histórico-políticos y por último las que explican aspectos jurídicos. La identificación del Estado con el pueblo tiene el problema de que pasa por alto cómo una comunidad puede llegar a organizarse de tal modo que tenga una organización coercitiva que vele por su bien. Un grupo de personas en sí no son un Estado y no lo forman a menos que éstos lleguen a acuerdos jurídicos que establezcan un orden en sus relaciones. A esto Jellinek señala que "es preciso sentar como base firme una proposición jurídica que ordene y dé el valor de voluntad general a lo que sólo es una voluntad relativa"[5]. El pueblo es una de las partes más importantes para el Estado, sin embargo, es necesario aclarar que el pueblo en sí no es un Estado, para esto necesita establecer un gobierno y contar con un territorio.

[5] Jellinek, Georg. Op. Cit Pg. 46

La concepción americana y la concepción europea sobre nación se enfrentan en este punto por lo siguiente: Francis Fukuyama menciona que los americanos no encuentran gran diferencia entre el concepto de nación y Estado y que los europeos son más puntuales en esto debido al número tan amplio de grupos nacionalistas en el viejo continente.[6] Por lo tanto, los teóricos americanos se inclinan más por la teoría subjetiva de identificación del Estado con el pueblo o nación.

Siguiendo a las teorías de identificación del Estado con uno de sus elementos tenemos aquel que lo identifica con el gobierno como poder dominador o autoridad. Según esta categoría el gobernante encarna no sólo el poder del Estado sino también su esencia pues se cree que el poder lo recibe de sus relaciones con los súbditos y no de una cesión voluntaria por parte de ellos al gobernante. Para ejemplificar esto de una manera más sencilla podemos tomar la idea del Leviatán de Hobbes, aquel soberano representación del Estado que dirige sin rendir cuentas a ningún ente incluyendo al pueblo. A lo anterior Jellinek señala[7]:

> Un soberano o un dominador con una apariencia tan empírica y realista no es, en rigor, sino una abstracción jurídica, pues sólo considerando al soberano como institución independiente del cambio que es propio de los individuos, se puede evitar la consecuencia que se desprende de esta concepción, a saber: que con la muerte del soberano cese también de existir el Estado.

De cualquier modo, la discusión anterior sobre la personificación del poder no es algo común hoy en día en los Estados europeos. Existen dos categorías más de las teorías subjetivas de explicación del Estado de acuerdo a Jellinek; la primera tiene aquellos hechos reales subjetivos y objetivos en que consiste la vida concreta del Estado[8], este es el aspecto histórico-político. Este tipo de

---

[6] Fukuyama, Francis. State Building: Governance and World Order in the 21st Century. New York: Cornell University Press. 2004

[7] Jellinek, Georg. Op. Cit Pg. 86

[8] Ibem pg. 80

concepción permite un tipo de análisis amplio dando la opción de tomar como referencia hechos pasados y percepciones tanto del pueblo como del gobierno.

La teoría liberal a mi parecer encaja perfectamente en esta categoría pues se basa en la perspectiva del individuo y su relación con el Estado, y aunque en ocasiones tiende a ser normativa, es decir, proponer como debería de ser el Estado en su relación con el individuo, predomina en su estructura un análisis de hechos reales y subjetivos. La tesis principal del liberalismo consiste en que el valor de la moral reside en el individuo y por lo tanto la labor del Estado debería ser mínima y permitir al mercado funcionar libremente para incrementar el crecimiento económico.

Algunos liberales extremistas, como Herbert Spencer, se mostraban sumamente inclinados en llevar la idea de Estado minimalista hasta sus últimas consecuencias: la desaparición del Estado. El mismo Adam Smith se encontraba alejado de esta concepción apolítica pues para él la paz y la administración de justicia requieren una fuerte intervención del Estado. Hall e Ikenbery explican la postura liberal sobre la necesidad del papel del Estado de una manera más clara: "es necesaria una élite política sabia para poder ofrecer resistencia ante las demandas egoístas de los capitalistas más poderosos, ávidos de enriquecimiento mediante monopolios incluso a costa de destruir el funcionamiento beneficioso y dinámico del mercado".[9]

La segunda concepción subjetiva para el estudio del Estado corresponde al aspecto jurídico, este tipo de estudio es de carácter normativo, es decir, hace referencia a lo que debe ser en base a normas establecidas. La concepción subjetiva jurídica del Estado tiene como inconveniente para el estudio de éste que se rige sobre el deber ser y por esto, como menciona Jellinek, no nos sirve para conocer sino para juzgar la realidad.[10]

En cuanto a la teoría Realista se refiere, resulta bastante complicado ubicarla dentro de una de las dos categorías mayores como son la subjetiva y la objetiva. La teoría realista apoya la idea de orden para controlar la anarquía que

[9] Hall, John A. & G. John Ikenberry. Op. Cit. Pg. 15
[10] Jellinek, Georg Op. Cit. Pg. 80

imperaría sin leyes, este orden se busca para promover la producción, el intercambio y la prosperidad. Los objetivos de los Estados son concretos mientras que la manera en que pueden ser conseguidos puede basarse en métodos subjetivos, como el derecho y el uso de la persuasión sobre ideologías. La teoría Realista se basa por lo tanto en hechos reales y subjetivos, además de que considera al Estado fuera de nuestra mente.

En esta tesis se utilizará la teoría subjetiva que hace referencia a los aspectos jurídicos y la teoría Realista que a mi parecer es una teoría híbrida entre objetividad y la subjetividad. El hacer uso de ambas teorías permitirá hacer un análisis a través de una comparación entre la realidad jurídica y los hechos reales. Es bien conocido que los Estados en ocasiones utilizan razones jurídicas para defender o evitar ciertos temas que pueden dañar sus propios intereses o puede darse el caso en que los Estados ignoren parcial o totalmente las normas de derecho internacional para obtener el mayor de los beneficios en sus relaciones con otros miembros de la comunidad internacional y así balancear el poder a su favor.

2.1.3 Elementos constitutivos del Estado

El estudio de los elementos constitutivos del Estado que a continuación se presentan tiene fundamento jurídico debido a la precisión de las definiciones jurídicas presentan. Es imposible un conocimiento pleno del Estado, sin que a su vez haya un conocimiento del derecho y consideran, como el caso de Jellinek, que sería anticientífico no considerar al Estado sino desde el punto de vista del derecho, y explicar la ciencia del Estado como una disciplina exclusivamente jurídica, y aún es menos científica una doctrina del Estado en que se olvida tratar el elemento jurídico del mismo.

Territorio

Considerado desde el aspecto jurídico, el territorio es el espacio sobre el que se levanta la comunidad Estado, significa el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, o sea la del poder público.[11] De acuerdo a Hall, no hubiera sido posible para el Estado incrementar su poder

[11] Idem Pg. 234

si el poder ideológico y militar no se hubiesen territorializado.[12] He aquí la importancia del territorio para el Estado.

Aquella extensión territorial es la garantía de que ha de ser posible al Estado llevar a cabo por completo la realización de sus fines. Además, si existieran varios Estados independientes en un mismo territorio se hallarían muy probablemente en conflicto, no sólo la causa de la oposición permanente de los intereses, sino porque sus conflictos no podrían resolverse por juez alguno.[13] De aquí que puedan coexistir en un mismo territorio numerosas corporaciones pero sólo un Estado.

A la regla de impenetrabilidad del territorio de un Estado pueden oponerse las siguientes excepciones: que el Estado en cuestión se encuentre en fuerza de un condominio o un *co-imperium*, en el cual sea posible a varios Estados ejercer sobre un mismo territorio una soberanía común; mediante los actos unilaterales o bilaterales del derecho internacional que permiten a un Estado formar o autorizar a otros para llevar a cabo actos de soberanía en su territorio, estas limitaciones descansan en la voluntad del Estado y por consiguiente no aminoran su soberanía; finalmente por ocupación militar el territorio de un Estado puede ser controlado por otro en su totalidad o en una parte.[14]

Cuando se trata de la nueva formación de un Estado, no es posible afirmar que el poder del Estado toma posesión de la tierra, sino que el Estado nace con la existencia efectiva de un territorio sobre el cual ejerce un poder de dominación.[15] Una vez que se tiene un Estado establecido el territorio será el supuesto necesario del ejercicio del poder sobre los ciudadanos aunque éstos se encuentren en otros países. Estos ciudadanos sólo pueden ser sometidos al poder de su Estado, hasta que las consecuencias jurídicas de su sometimiento puedan realizarse en el territorio.[16]

---

[12] Hall, John A. & G. John Ikenberry. Op. Cit. pg 12
[13] Idem Pg. 237
[14] Idem Pg. 236
[15] Idem Pg. 240
[16] Idem Pg. 250

Población

Este término hace referencia al grupo humano que habita el territorio. Existen ciertas diferencias entre los términos entre población y ciudadanía, así como entre población y pueblo. La población de un lugar simplemente se refiere a las personas que viven en un espacio, el pueblo por su parte tiene por lo regular algún o varios factores culturales comunes, que le permiten que se conforme como nación. Por último, la ciudadanía se refiere a la población que tiene una relación jurídica con el Estado, aceptando derechos y obligaciones de dicha situación. La ciudadanía es un factor primordial para poder actuar dentro del orden jurídico establecido dentro de los Estados, por lo cual, si un Estado niega a una persona o grupo de estas el derecho a la ciudadanía, en realidad lo que está negando es el derecho a participar plenamente en la vida civil.

Jellinek considera que aunque un grupo de personas, el cual no tenga un mínimo de identidad cultural común suficiente y por lo tanto no se consideren pueblo, se encuentre bajo el control de una autoridad común no podríamos llamar a esto un Estado porque a su parecer un Estado no se puede formar sin un pueblo. El pueblo en su cualidad subjetiva, forma una corporación pues todos sus miembros están unidos en cuanto a sujetos del Estado. A causa de la autoridad del poder del Estado, es el pueblo objeto del imperium, y se encuentra en una subordinación; pero como los individuos, en su cualidad de elementos del Estado, se hallan en la situación de miembros y son sujetos que viven coordenados.[17]

De la subordinación del individuo al poder estatal surgieron ciertas preguntas como hasta dónde el Estado podría controlar a la población o en específico al individuo, pregunta de la cual se desarrolla la teoría liberal que apela por la menor intervención del Estado en la vida del individuo. A través de un proceso histórico que retomó la declaración de Independencia Norteamericana y la Revolución Francesa, como base principal, se llegó a formular un *status* de persona. Éste le fue otorgado a los individuos y exige que la persona esté sometida a un poder limitado, es decir, que la subordinación del individuo al Estado se extienda hasta donde el derecho ordene, pues toda exigencia del

[17] Idem Pg. 252

Estado respecto al individuo necesita estar fundada jurídicamente; la relación entre el individuo y el Estado debe ser jurídica y debido a que el derecho protege al individuo éste último tiene facultad de participar en la vida jurídica; por último, la voluntad del Estado como voluntad humana consigue la colaboración de las voluntades individuales de dos modos, creando obligaciones o concediendo derechos.

Gobierno

Las agrupaciones de hombres tienen fines comunes de asociación que deben ser cuidados a través de la ordenación y ejecución de ciertas medidas tomadas por un órgano encargado de ello, al cual podemos denominar Estado si se trata de una autoridad jurídica que rige sobre un pueblo. El hecho de que un Estado pueda hacer valer su voluntad implica que ostenta poder, es decir, la capacidad de una persona o grupo de personas para influir en la toma de decisiones de tal forma que sus preferencias tengan prioridad sobre las preferencias de los demás.

El poder del Estado es un poder dominante porque ordena a los miembros de la asociación y ostenta con los medios propios para obligar a la ejecución de sus órdenes; sin embargo, las órdenes que del Estado emanan no son órdenes particulares sino que siguen reglas fijas, dentro de instituciones firmes que dan al Estado mismo, seguridad.

El poder que del Estado emana no fue cedido gratuitamente por la población ni por las organizaciones políticas y económicas que dentro de él se desarrollan. El Estado se fortaleció en la lucha que sostuvo con las fuerzas que lo combatían – Iglesia, señores feudales, mercenarios- fue apropiándose de los poderes de todos los miembros subordinados al Estado y así fue completando el sometimiento de todos a su poder.

Soberanía

La evolución histórica de los Estados modernos va íntimamente unida, a partir de la Edad Media, al reconocimiento progresivo de la soberanía. La evolución histórica de la soberanía demuestra que ésta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. A partir de esta

concepción se aceptó que el poder soberano de un Estado es aquel que no reconoce ningún otro superior a sí.

La afirmación anterior podría traer muchas críticas si es que no se establece que la soberanía se limita a un término jurídico pues si hay limitaciones para el Estado, estas limitaciones serán siempre reales o morales, pero jamás de naturaleza jurídica. La soberanía, por lo tanto, es un concepto jurídico, que establece la independencia del poder del Estado de toda otra actividad, por lo tanto, la soberanía siempre se ha considerado como una independencia jurídica, pero no como una independencia real.

Sin embargo, y continuando sobre aspectos jurídicos, el derecho internacional presenta en cierta forma retos a la soberanía del Estado pues, se reconoce que el Estado vive en la comunidad internacional de los Estados y por lo tanto se encuentra obligado por el derecho internacional. Según ciertos autores, entre ellos Jellinek, el Estado no ve afectada su soberanía al aceptar el derecho internacional para regir las relaciones entre Estados y es más, el aceptar por sí mismo el derecho internacional como rector de relaciones reafirma su capacidad de tomar decisiones aunque ésta lo limite. En el concepto de la auto-obligación del Estado no existe contradicción puesto que ésta es exigida por las convicciones jurídicas dominantes, con lo cual, existe también el carácter jurídico de la obligación que el Estado se impone a sí mismo.

Esta autolimitación deliberada que ejerce el Estado para aceptar el derecho internacional ha ocasionado diferendos entre los defensores de la soberanía y esto se debe en gran parte al tiempo en que fue concebido dicho concepto. En la época en la que se elaboró el concepto de la soberanía, sólo parecía posible una obligación si revestía la forma de ordenación de un superior a un subordinado, de acuerdo a esto, el Estado no podía aceptar ninguna otra autoridad sobre él pues perdería su soberanía. Sin embargo, esto se muestra diferente si se considera que la acción puede ser plenamente moral si nosotros mismos nos sentimos plenamente obligados en fuerza de nuestra naturaleza, no en virtud de una norma que ha sido puesta por otro.

Aceptando pues que el Estado es soberano tanto en lo interior como en el exterior cabe solamente aclarar si un Estado soberano requiere cierto tipo de

poder para poder ser considerado como tal. A esto Jellinek afirma que del concepto de soberanía, el cual es puramente formal, no puede deducirse en modo alguno nada respecto al contenido del poder del Estado. Del hecho de que un Estado no ejerza su actividad en determinadas direcciones y de que no posea determinados derechos de dominación, no se puede sacar consecuencia alguna respecto a la esencia de su poder. Debido a esto Jellinek concluye que no hay poder del Estado necesario para que el Estado pueda ser considerado como soberano.

Autonomía

Este concepto se refiere a la capacidad del Estado de organizarse de manera propia, este poder no puede derivarse de ningún otro sino que tiene que proceder de si mismo y según su propio derecho. El Estado pues, hace su propia división y organización de cómo efectuará sus funciones. A manera de ejemplo podemos señalar lo siguiente: si una asociación con poder de dominación recibe su organización de un Estado extraño a ella como ley de este último, entonces la asociación primera no forma un Estado.

Para caracterizar una nación como Estado, es menester que el órgano supremo que pone en movimiento la actividad de la asociación sea independiente; esto es, que no coincida jurídicamente con el órgano de otro Estado. La identidad de órgano lleva consigo necesariamente la identidad de los Estados.

La primera característica que ha de tener un poder de dominación independiente es que su organización descanse sobre leyes propias, de aquí la importancia suprema de las Constituciones de los Estados. Además, necesita poseer todas las funciones materiales y esenciales de un poder del Estado.

Soberanía y autonomía se requieren mutuamente pues, la soberanía es la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente; además de que el Estado soberano es el único que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que a sí mismo se haya puesto, ordenar, de una manera plenamente libre, el campo de su actividad. El Estado no soberano, por el contrario, se determina libremente sólo en tanto que la esfera en que lo hace es aquella en que obra como Estado.

2.1.4. Funciones del Estado

Las funciones del Estado han cambiado con el tiempo, por ejemplo, en la Edad Media el soberano tenía sólo algunas de las funciones que el Estado moderno reclama hoy en día, el poder y sus funciones los compartía con la Iglesia, los nobles, propietarios, caballeros y otros privilegiados; e incluso en ocasiones el soberano tenía que realizar alianzas externas para poder controlar los grupos de interés dentro de su territorio.

Para Herman Heller la función del Estado viene de una situación natural y cultural, pues, cuando una comunidad se asienta en un lugar determinado tiene que organizarse de tal manera que pueda proteger sus límites con pueblos adyacentes. Esta relación por lo regular no es de una manera pacífica y genera mucha competencia con pueblos vecinos, por esto, el Estado debe facilitar la organización interna para la división del trabajo y establecer las relaciones de intercambio e interdependencia.

La perspectiva realista de Herman Heller es compartida también por John A. Hall y John Ikenberry quienes proponen que la función estatal de proteger su territorio impulsó la industrialización y en específico la relativa al ramo militar.

Aunque la función de protección es de suma importancia Heller resalta el aspecto interno del Estado como el espacio donde se lleva a cabo la función más importante, la cual en sus propias palabras consiste en: "la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica"[18]

A las relaciones entre grupos de interés que se den en el territorio delimitado se le denominará política. En cuanto a esto, Susan Strange apoya la idea de Bertrand De Jouvenal de que la política está presente en situaciones en las que es necesario contar con la participación de un grupo de personas o contar con la voluntad de ciertos individuos para realizar un proyecto determinado por un grupo o incluso por un individuo.

[18] Heller, Hermann Teoría del Estado. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.1998 pg 126

Consecuentemente, gran parte de la actividad del Estado estará relacionada con esta última; sin embargo, no toda actividad del Estado es política, sólo aquella relacionada directamente con la dirección y que ocasiona cambios en la división del poder estatal.

Aunque en ocasiones de tensión política cualquier actividad administrativa puede utilizarse como tal, esta situación sólo se da en contadas ocasiones y no es la regla en países con gobiernos estables.

2.1.5. Funciones jurídicas del Estado

Dentro del Estado no sólo el gobierno es el que realiza actividades políticas sino que también otros grupos de interés que pretenden por lo menos dirigir cierto sector de la vida comunitaria, el objetivo principal de estas organizaciones es tomar parte dentro de la estructura estatal y plasmar su influencia de manera jurídica

Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico; pero esto significa no solamente actuar como poder en sentido técnico-jurídico sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad. Esto con el fin de lograr un ordenamiento social territorial justo.

El instrumento adecuado para regir la vida en comunidad bajo criterios morales y de justicia es el derecho. El Estado pretende que basándose en derecho cada uno reciba lo que le corresponda según sus facultades y obligaciones y así se cree una justa relación. Por lo tanto el Estado está justificado en lo que respecta a la organización necesaria para asegurar el derecho en una determinada etapa de su evolución.

Para Herman Heller, es en el Estado moderno donde alcanza el más alto grado de seguridad jurídica el *status* social del derecho, tanto en relación con la certidumbre de sentido como con la de ejecución, porque la organización jerárquica de aquél dispone de un cuerpo extraordinariamente diferenciado desde el punto de vista técnico, integrado por órganos dedicados al establecimiento, aplicación y ejecución del derecho positivo. Para garantizar tan alto grado de seguridad jurídica es supuesto necesario la soberanía del Estado.[35]

2.1.6. Funciones económicas del Estado

Una de las principales funciones del Estado dentro de la economía es regular los intercambios, pues, causas económicas tienen consecuencias políticas y viceversa, sin embargo, y como señala Heller, la actividad del Estado en este sentido no se basa en el poder económico sino en el poder político.

La razón principal por la cual el Estado contemporáneo tiene que influir en la economía es porque el sistema capitalista de libre mercado no atiende a cuestiones de justicia y equidad, ni de bienestar social, simplemente sigue la ley del máximo rendimiento.

Otro de los factores por los que el Estado se ve interesado en participar en la economía es debido a que el poder político de los Estados ve limitado por el de otros Estados mientras que las fuerzas económicas mismas no tienen límites, la economía nacional es en palabras de Heller, una ficción, pues ésta simplemente se encuentra en los límites territoriales. El Estado pretende que sus límites territoriales coincidan con los límites de ciertas economías que permitan el bienestar de su población, puesto que lo anterior le ofrece frutos políticos.

2.1.7. Cercanía de la ciudadanía con el Estado

La manera más directa de entender la cercanía del Estado con el pueblo es la legitimación, en otras palabras, la aprobación que hace el pueblo de la clase gobernante y de las reglas que rigen dentro de la estructura política.

La falta de legitimación puede ocasionar en teoría la desaparición del Estado pues, éste se encuentra ampliamente apoyado por las grandes masas, los círculos culturales influyentes, y además por los poseedores del poder económico. La causa principal de la crisis de legitimación es la contradicción entre clases e intereses. El Estado se encuentra frecuentemente en un dilema pues, debe asegurar la lealtad de una clase mientras actúa en ventaja de otra clase. Como la actividad estatal se expande y la transparencia de las

acciones del Estado también, el peligro de que este actuar asimétrico del Estado se descubra es más probable.[19]

Las ideologías legitimadoras socialmente válidas en una comunidad jurídica son las que deciden qué autoridad está llamada a establecer, aplicar y ejecutar los preceptos jurídicos positivos. Esta autoridad ha de tener el poder de declarar, aplicar y también de ejecutar el derecho, y únicamente tendrá este poder si, por lo menos, los grupos que ejercen influencia decisiva están convencidos de que esa autoridad se halla dispuesta a asegurar el derecho.

2.1.8. Cercanía de la ciudadanía con el Estado a través de la opinión pública

Una de las funciones de la opinión pública es que permite la identificación del poder del Estado con el de la voluntad popular, pues la opinión pública tiene cierto poder que fue menospreciado por algún tiempo, por ejemplo en la obra de Thomas Hobbes *el Leviatán*, dónde se afirma que el Soberano debe ser el único capaz de tomar decisiones pues no debe responder a los deseos de nadie.

La postura de líderes políticos o culturales y de la misma población hacia la opinión pública comienza a cambiar cuando se presentan resultados de ésta última en el panorama político. La opinión pública comienza a tener fuerza una vez que se consolida la educación y los métodos de impresión mejoran, ya que a través de la prensa gran número de personas tienen acceso a la información de lo que acontece en su entorno comunitario. Más adelante tomarían, el lugar de la prensa, la radio, la televisión y actualmente el Internet.

Sin embargo, tener la información no es suficiente. Se requiere de canales adecuados o foros en los cuales los ciudadanos puedan expresarse. Si el Estado provee estos espacios se dará un diálogo en el cual el Estado recibirá retroalimentación de los cambios y las constantes de la opinión pública, si es que los hay. En caso de que el Estado no conceda estos espacios de expresión se ocasionaría descontento que podría provocar dudas sobre la legitimidad del Estado pues el gobierno no estaría sirviendo a los intereses comunitarios.

[19] Held, David Political Theory and the Modern State. Stanford: Stanford University Press.1989 pg 84

Un ejemplo del poder y la manipulación de la opinión pública se presenta en el rompimiento de la Iglesia con el Estado ya que éste se debió en gran medida a una falta de legitimación del poder de la Iglesia pues, la sociedad deseaba ser dirigida en base a argumentos racionales y no a ideas religiosas. La Iglesia no pudo negociar esto pues de qué manera aceptaría perder poder político si tendría que abandonar las bases de la religión que le daban sustento. El Estado aprovechó está situación y usó la opinión pública para retirarle poder a la Iglesia. Aunque el nivel de educación era bastante limitado aún, este fue suficiente para que el pueblo se expresara a favor de una administración secular de la justicia y de sus bienes materiales.

Aunque el pueblo no deseaba basarse en simples fundamentos eclesiásticos tampoco deseaba apegarse a complejas teorías científicas para decidir sobre sus asuntos. Por lo tanto, la opinión pública se ha caracterizado por no ser compleja y representar juicios y valores simples pero arraigados en la cultura comunitaria.

La opinión pública en su estado ideal es compartida tanto por el gobierno como por los gobernados y está arraigada en principios y doctrinas. El hecho de que el Estado comparta los mismos valores expresados en la opinión pública fortalece la unidad estatal. Por lo anterior, los Estados se esfuerzan por que sus actos sean vistos por lo menos como jurídicos por la sociedad.

La enorme importancia política de la opinión pública consiste en que, en virtud de su aprobación o desaprobación, asegura aquellas reglas convencionales que son la base de la conexión social y de la unidad estatal. La opinión pública ha venido a tomar sobre sí la función de velar por la moral social y especialmente la política, tarea que nunca hubiera podido llegar a realizar los preceptos jurídicos por sí solos.

La opinión pública está regulada por un sector dirigente que constituye siempre una minoría; sus opiniones son propagadas por un gran número de intermediarios, para ser luego aceptadas por la masa de quienes sólo intervienen pasivamente en la vida política.

En cuanto a este aspecto Heller hace las siguientes observaciones. Una distinción entre una clase políticamente activa y consciente y otra clase que

denomina como masa. El autor explica que dentro del pueblo del Estado existe una pequeña elite política activa que reflexiona sobre el modo de ser y el deber ser del Estado, sin embargo, la otra parte, la masa, se rige sobre la rutina que más adelante se convertirá en normatividad y la cual es justificación suficiente del Estado. Por lo consiguiente, el contenido de la opinión pública es creado por aquella minoría política o económicamente más fuerte que, gracias a sus medios de poder, está en condiciones de encauzar o apagar las diversas opiniones existentes.

Para la exteriorización de la opinión pública se utilizan todos los medios de expresión usuales entre los hombres, pero como esa expresión busca siempre causar impresión, combatir y ganar, todos esos medios de expresión se hallan sometidos a los patrones de agitación, de la lucha y del engaño.

2.1.9. Cambios a considerar en los Estados actuales.

La instauración de un nuevo orden internacional al final de la Segunda Gran Guerra ocasionó cambios que se verían reflejados no sólo en la realidad mundial sino también en las investigaciones políticas académicas, los cuales han puesto en tela de juicio los conceptos anteriormente expuestos o su aplicación en la realidad política actual.

El periodo seguido de 1950 a la fecha ha tenido dos grandes tendencias en las actividades de los Estados. En una primera fase que va de 1950 a principios de los años setenta se caracterizó por un crecimiento del estado de bienestar en los países europeos principalmente, la seguridad social incluía entonces programas para atención a accidentes laborales, pensiones para gente mayor, desempleados y enfermos.

La segunda fase de 1970 a la fecha tuvo como marca principal la tendencia de limitar las actividades del Estado sobre todo en cuanto a los servicios que ofrecía a la población. La intervención del mercado se apreciaba como positiva para tratar los servicios en lugar de las tradicionales actividades del Estado. La razón del desprestigio de la labor estatal se debió principalmente a las administraciones de Margaret Thatcher en Gran Bretaña y Ronald Reagan en Estados Unidos respectivamente, administraciones en las cuales la

ineficacia e ineficiencia en servicios ofrecidos por el gobierno ocasionó que se cambiará la mirada al mercado como la mejor alternativa.

El desprestigio del Estado benefactor hizo que éste perdiera fuerza en la década de los ochenta en una gran cantidad de países industrializados. Hubo países en el norte de Europa, como por ejemplo Finlandia, donde la seguridad social no se despreció y esto se convirtió en una gran ventaja para impulsar el desarrollo económico de dicho país, pues el gobierno invirtió en capital humano, educación y salud principalmente; obteniendo como resultado beneficios en su competitividad. El Estado benefactor, como se puede observar en el ejemplo finlandés, es un elemento clave para el desarrollo de las economías, pues aunque las grandes empresas multinacionales pueden impulsar el desarrollo tecnológico su panorama de acción es limitado a la clase con cierto grado de preparación, solo el Estado tiene un compromiso más serio con la masa de la población y las resolución de sus necesidades.

El Estado benefactor no se limita a los individuos sino también actúa a favor de las empresas transnacionales. La competitividad nacional es todavía una función de políticas nacionales, y el atractivo de economías depende todavía de las condiciones económicas locales, por lo que las empresas multinacionales dependen de sus Estados hogar para protección directa o indirecta.

Son contados los casos en los que el Estado continuó su labor social de cerca con la sociedad como el caso de Finlandia, sin embargo, fue más común que los gobiernos dejaran en aras de las empresas privadas gran parte de sus servicios sociales, resaltando educación y salud. Esta estrategia para cubrir de una manera más efectiva y eficiente las necesidades de la población de los Estados, como deseaban los proliberales, no ha dado resultados positivos. Lo que en realidad ha sucedido según Susan Strange es que algunas de las responsabilidades básicas del Estado no están siendo cubiertas por nadie[48]; entendemos por esto que el mercado ha sido excluyente al proveer sus servicios de bienestar que si bien son en la mayoría de casos de calidad, dejan fuera a sectores importantes de la población que carece de recursos para cubrir las cuotas.

Esto se suma al hecho de que el Estado, de acuerdo a Manuel Castells, no están siguiendo los procesos convencionales de legitimación, dominación, redistribución y desarrollo. En cuanto a los problemas en el proceso de legitimación las principales razones por las que se da un estado de crisis de legitimidad de los Estados en la actualidad es la falta de descentralización del poder nacional. Los gobiernos locales y regionales pueden llegar a acuerdos para balancear sus intereses y en ocasiones estos acuerdos pasan sobre líneas partidistas del nivel nacional, cuando se tiene un poder centralizado los acuerdos que se logran a niveles inferiores al nacional no son tomados en cuenta o son menospreciados y es aquí cuando se presenta la crisis de legitimidad. Por lo tanto, la falta de legitimidad de los gobiernos nacionales ha impulsado la identificación de las comunidades con sus entidades políticas más cercanas, locales y regionales.

La falta de dominación es debida por un lado a que los Estados comparten las fuentes de poder en las decisiones económicas y políticas con otros actores internacionales que socavan su soberanía y autonomía, como son las empresas multinacionales, ONGs y el crimen organizado que operan sobre fronteras nacionales. La ausencia de un poder visible en el sistema ha dado lugar al término *gobernanza* (governance) término muy socorrido en los estudios políticos actuales y que a grandes rasgos se refiere al hecho de ejercer autoridad sin gobierno.

Con respecto a la distribución y el desarrollo ha quedado claro que el Estado no es el actor principal pero sí un factor clave. El desarrollo de los países continúa siendo determinado por la efectividad de las políticas públicas que genera mano de obra calificada y el lenguaje político común que facilita el entendimiento entre las empresas y los trabajadores. En términos de distribución de ingresos de manera equitativa lamentablemente el Estado ha salido muy mal. Es una tendencia general, inclusive en los países más desarrollados podemos observar que la brecha entre acaudalados y desposeídos sigue en aumentos.

Vale la pena mencionar cambios que se han producido en otros sectores como los medios de comunicación y los cambios en la agenda política global. La

importancia de mencionar los medios en este trabajo radica en el hecho de que la opinión pública tiene nuevas alternativas de expresar su apego y descontento con el actuar de sus gobiernos y hasta cierto punto calificar el desempeño de los otros actores en la escena internacional que hemos mencionado.

El Estado perdió sus principales medios de comunicación en los últimos años, la mayoría de ellos ahora son propiedad privada. Hasta cierto punto esto favorece el deseo de la sociedad de estar informada a través de medios no manipulados por el Estado, aunque no hay olvidar que los medios pueden seguir siendo manipulados aunque no sea por el Estado sino por clases privilegiadas que buscan generar poder político a través de los medios.

La única manera en que la relación entre Estado y medios no tenga altibajos es que el Estado sea dueño y decida qué y qué no puede saber la sociedad y sobre todo en qué momento. Como los medios no pertenecen al Estado se presentan los siguientes problemas: la pertenencia de éstos se divide en socios de los cuales algunos no son nacionales, la penetrabilidad de los Estados es incuantificable y el hecho de que gocen de cierto grado de autonomía los hace incómodos para el desempeño de ciertos gobiernos.

Los cambios en el sistema de mercado, en los avances incontrolables en tecnología y en las nuevas tendencias políticas que buscan solucionar problemas globales como desastres ecológicos, crimen organizado o desequilibrios del cíclico sistema capitalista de altas y bajas, ocasionan que el Estado tenga que rearticularse o reestructurarse.

Las fronteras políticas del Estado-nacional se están expandiendo hacia otros aspectos mientras que su poder de acción se limita a su propio territorio donde solo en contadas ocasiones sus acciones satisfacen a la totalidad de sus gobiernos locales y regionales. Como menciona Manuel Castells, el Estado es muy pequeño para actuar dentro del nuevo orden internacional y muy grande para atender las necesidades de los individuos en sus sociedades.

El más grande problema para la agenda política global tiene como principal problema no los fines sino los medios. Y es que casi todas organizaciones no gubernamentales están de acuerdo en los beneficios de hacer algo por el planeta, tomando como ejemplo a los ecologistas; igualmente casi todas las

multinacionales están de acuerdo en el hecho de llegar primero a los nichos de mercado y eliminar a la competencia dentro o fuera de las fronteras de su Estado-hogar. Sin embargo, son los Estados los que aún no pueden llegar a acuerdos congruentes de cómo lograr los objetivos de la agenda política, sobre todo si eso implica que las élites políticas nacionales pierdan aún más poder de decisión, que en términos de política internacional podemos llamar soberanía.

Una de las posibles soluciones por la que los jefes de Estado de los países desarrollados han optado ha sido la de apoyarse en ciertas áreas formando redes de Estados donde tratarán de seguir los procesos estatales de legitimación, dominación, redistribución y desarrollo. Al mismo tiempo que no descuidan sus tres niveles de acción, local, regional y nacional. Lo irónico de la situación es que uno de los requisitos para que una red de Estados funcione efectivamente es que los Estados miembros de esta red se olviden de su soberanía, incluso los más grandes y poderosos porque de lo contrario cada Estado decidiría dirigir los asuntos de sus Estados a su manera y siguiendo sus propios intereses.

Y el asunto es irónico puesto que una de las opciones que los Estados tienen para defender su soberanía les pide simplemente que la cedan a un poder central. La siguiente cita de Castells ejemplifica perfectamente el sentir, en este caso de los Estados europeos, de evitar a toda costa la pérdida de soberanía incluso si esto requiere que se vea un poco más comprometida.

Sería imprudente decir que la situación de los Estados no ha cambiado y que siguen siendo el actor único y más importante del panorama internacional. Lo que es un hecho es que de cierta manera el Estado, a pesar de sus deficiencias, representa un baluarte como arena política para el mundo occidental cuyo fin ideal es el de solucionar los problemas entre los hombres a través del enfrentamiento de sus posturas bajo un orden establecido.

Aunque ha habido cambios en el sistema estatal podemos decir que el Estado es todavía un sitio de suma importancia para dirimir conflictos entre fuerzas globales, supranacionales, nacionales, regionales y locales por lo siguiente: las tendencias hacia la globalización y regionalización provocan una tendencia contraria en la búsqueda popular por transparencia, confianza democrática y

proximidad, además el deseo de identidad local, regional o nacional refleja un fuerte poder, especialmente en los Estados nacionales, para compensar de las amenazas de vecinos poderosos y las crecientes instituciones supranacionales que carecen de confianza democrática.

Así que, los Estados están todavía mejor situados para tratar con problemas sociales en su escala subnacional. Mientras que los cuerpos supranacionales parecen preocuparse más en la internacionalización de capital y la competitividad estructural de macro regiones y sus constituyentes economías nacionales y regionales, estos cuerpos pierden interés en conflictos sociales y políticas distributivas.

Por lo anterior, el Estado se encuentra en un dilema: debe ser activamente comprometido con la administración del proceso de internacionalización y al mismo tiempo es la única instancia política con la capacidad de detener la creciente divergencia en la dinámica y condiciones del mercado global.

2.2. Enfoques Teóricos del Mercado Laboral

2.2.1 Teoría Neoclásica

Los supuestos de la Teoría Neoclásica no distinguen el mercado de trabajo de los demás mercados, partiendo del postulado de que los niveles de empleo y de salario real se determinan en la intersección de las curvas de oferta y demanda de fuerza de trabajo en un mercado de competencia pura y perfecta, por lo tanto no habría desocupación porque el salario real debería ajustarse naturalmente a la productividad marginal física del trabajo[20]. Esta teoría no da así explicaciones adecuadas sobre los desequilibrios persistentes en el mercado laboral y ha inspirado políticas de empleo poco eficaces, basadas en la flexibilización en cuanto al uso de la fuerza de trabajo y en la reducción de los costos laborales directos e indirectos.

La economía liberal clásica considera el trabajo como un factor más en el proceso de producción capitalista. Al aceptarse esta teoría, inmediatamente el análisis nos conduce al mercado de factores, donde la

[20] Montesino, Mario; Góchez, Roberto, Salarios y Productividad, Revista ECA 1998, p.18.

determinación del nivel de empleo va a estar dada por la interacción de la oferta y demanda de trabajo.

Hay que recordar que este enfoque está implícito en las cuentas nacionales de los gobiernos, cuando se divide a la población en empleados y desempleados. Con los años la teoría económica ha integrado a su análisis otras categorías de acuerdo a las características de los empleos: el subempleo o el empleo precario. Pero siempre el problema es un desajuste entre las necesidades de reproducción trabajador y la necesidad que tienen las empresas de su fuerza de trabajo.

En esta formulación teórica del mercado de trabajo quedan de lado las fluctuaciones de la demanda de los productos en las épocas de crisis económica. Esto se debe a que cosifica y reduce al trabajador a un factor económico que entra y sale del proceso productivo sin alguna implicación económica y social.

2.2.2. Teoría Marxista

En la teoría marxista existen uno o varios mercados de trabajo en los que opera el intercambio de mercancías. Como destaca Julio Neffa, en la obra de Marx el mercado de trabajo no ocupa un lugar importante, aunque el trabajo es un concepto central, indisociable del concepto de capital[21].

Una hipótesis que se maneja con respecto al lugar secundario que ocupa el mercado de trabajo en su construcción teórica, es que no se trata de una negligencia de su parte, sino de la consecuencia de opciones o diagnósticos estratégicos que adopta acerca del estatus del trabajo y de los trabajadores de las economías capitalistas del siglo XIX[22]. El análisis de los mercados de trabajo conlleva ineludiblemente a estudiar la heterogeneidad del trabajo, Marx no ignora esa realidad empírica de la heterogeneidad, se ve llevado por razones teóricas, históricas y políticas a dejarla en un segundo plano.

---

[21] Neffa, Julio, Teorías Económicas Sobre el Mercado de Trabajo. Marxistas y Keynesianas, Fondo de Cultura Económica/CEIl-PIETTE, Argentina, 2005, p.23.

[22] Freyssinet, Jacques, Introducción a las Teorías Marxistas y Radicales del Mercado de Trabajo: El Análisis Marxista de los Mercados de Trabajo, Fondo de Cultura Económica/CEIl-PIETTE, Argentina, 2005, p.3.

En el plano teórico, la teoría del valor y de la explotación de la fuerza de trabajo, se basa en la noción de trabajo abstracto[23]. El mercado de trabajo, lugar del intercambio, revela la homogeneidad del trabajo abstracto más allá de la infinita variedad de trabajos concretos que se manifiestan en los procesos productivos.

Marx no deseaba ir más allá de una visión del mercado de trabajo como el lugar donde se opera la reducción de los trabajos concretos en trabajo abstracto conmensurable, así como no deseaba desarrollar el análisis de los factores de diferenciación de la oferta y la demanda de fuerza de trabajo. La obra de Marx propone una serie de pistas para abordar los problemas de la heterogeneidad de los mercados de trabajo. Los mismos fueron explorados, en orden disperso, por muchos autores situados en las perspectivas abiertas por Marx.

Un primer eje de reflexión se trata en hacer la distinción entre trabajo productivo y trabajo improductivo.

Esta distinción es fundamental para la teoría de la puesta en valor y la acumulación del capital. Toda la cuestión está en saber si la división entre dos tipos de actividades, según contribuyan o no a la creación de valor, engendra un corte entre dos categorías de asalariados que se denominarán productivos o improductivos. Sólo los primeros, en tanto creadores de valor, serían explotados por el capitalismo; los segundos serían remunerados mediante la transferencia de una fracción de la plusvalía creada por los primeros. Sólo los ―productivos‖ constituirían la clase obrera o el proletariado; para los ―improductivos‖ se plantearía únicamente la cuestión de las alianzas, es decir, de las condiciones de su desvinculación de una solidaridad objetiva con el capital que los mantiene, para unirse a las luchas de la clase obrera.

Un segundo eje de reflexión fue alimentado por la tesis de Marx según la cual el desarrollo del maquinismo engendraría ineluctablemente la destrucción del trabajo calificado, reemplazado tendencialmente por tareas parcelizadas y repetitivas. El auge del taylorismo y de las diversas formas de ―organización científica del trabajo‖ proporcionó nuevas ilustraciones de este movimiento, y

[23] Es aquel trabajo social, indistinto, indeterminado, indiferenciado que implica un gasto de energía física y, o mental, que presupone la homogeneidad fisiológica y que adquiere realidad empírica y teórica en el modo de producción capitalista.

diversos autores lo teorizaron como una tendencia inherente a las formas capitalistas de desarrollo de las fuerzas productivas.

Globalmente, la proporción de trabajo calificado aumenta, –mientras que los análisis desagregados revelan evoluciones muy diferentes. Robert Salais y Michael Storper, por ejemplo, construyen una tipología de los mundos de producción posibles en función de la naturaleza de los mercados y de la de los procesos de producción. Establecen correspondencias con imágenes típicas de trabajadores, características de cada uno de estos mundos de producción. Ya no existe entonces un movimiento único e irreversible, sino una pluralidad de opciones posibles y una heterogeneidad estructural de los mercados de trabajo que le están asociados.

Una tercera vía de investigación fue abierta por los análisis de Marx referidos a los márgenes de la clase obrera. Si bien el capitalismo produce en su centro un proletariado completamente liberado de los vínculos extraeconómicos, que no encuentra más que en la venta de su fuerza de trabajo la fuente de su subsistencia cotidiana y de su reproducción en tanto clase social, genera también en la periferia formas intermediarias e inestables de movilización parcial y/o irregular de recursos de trabajo de reemplazo. Marx desarrolló principalmente la noción de ejército de reserva industrial, distinguiendo sus diferentes componentes; recurrió también a la noción de lumpen proletariado[24].

El aumento del desempleo y de las diversas formas de subempleo en el capitalismo contemporáneo, demuestran que el desarrollo del capitalismo no engendra la generalización de un trabajo homogéneo.

El sistema capitalista funciona a través de recurrentes crisis, inherentes al propio sistema, éstas fundamentalmente se dan cuando el producto no logra valorizarse debido a dificultades de rentabilidad que impiden la valorización del capital y por consiguiente de la acumulación, se da por la sustitución creciente por medios de producción de la fuerza de trabajo (única creadora de valor); el

[24] El lumpemproletariado (algunas veces escrito *lumpenproletariado* y también conocido formalmente en español como *subproletariado*) es un término marxista de origen alemán. Mediante el mismo se designa a la población situada socialmente por debajo del proletariado, desde el punto de vista de sus condiciones de trabajo y de vida, formado por los elementos degradados, desclasados y no organizados del proletariado urbano, así como aquella parte de la población que para su subsistencia desarrolla actividades al margen de la legalidad o en la marginación social (delincuencia, prostitución, etc).

capitalista utiliza como –salidas‖ a esta crisis medidas que impactan la calidad del empleo, intensificación del trabajo, flexibilización del mercado de trabajo; cuyo fin último es maximizar sus ganancias elevando los niveles de producción y reduciendo los costos laborales.

2.2.3. Teoría Keynesiana

Para Keynes el nivel de empleo queda determinado por la demanda efectiva, por lo que duda de la consistencia de la argumentación clásica sobre el mercado de trabajo. En primer lugar, si existe alguna falla en la demanda global de productos no será posible de alcanzar un nivel de ocupación del trabajo que permita su pleno empleo, como concluye la teoría neoclásica.

En segundo lugar, si es una fuerza externa al mercado de trabajo la que define la cantidad de trabajo que será contratada por las empresas, queda en duda cuál es el papel de dicho mercado.

Más específicamente, se plantea la interrogante sobre la importancia de las negociaciones entre la empresa y trabajadores para definir las variables básicas de este mercado: la magnitud de la ocupación y el nivel del salario real.

En este sentido, Keynes se pregunta sobre el grado de generalidad que tiene el concepto neoclásico de desempleo voluntario. ¿Hasta qué punto es cierto que la desocupación del trabajo se debe, exclusivamente a la existencia de obstáculos al libre funcionamiento de la negociación entre empresas y trabajadores? Más bien, plantea la necesidad de aceptar con naturalidad la existencia de esos obstáculos al libre funcionamiento del mercado, como parte sustancial de la democracia. Así, la aceptación de los trabajadores de un salario nominal menor, para reducir el salario real y acercarse al pleno empleo (lo que podría tener implícita la disolución de los sindicatos), no es una propuesta viable en las condiciones institucionales en que se vive. Sin negar que sea un recurso teóricamente válido, sólo es aplicable en circunstancias muy específicas. Por lo tanto, puede haber otras explicaciones al desempleo del trabajo que permitan encontrar soluciones más aceptables.

La argumentación general de Keynes es que variaciones en la demanda global y por lo tanto en la demanda efectiva afectan el nivel general de precios, aunque

exista un salario nominal fijo, lográndose una modificación en la ocupación del trabajo. Argumenta que los trabajadores fijan sus contratos laborales en términos nominales y que las alteraciones del salario real (derivadas de modificaciones de la demanda global de productos) reduce la capacidad de compra del salario nominal pactado, por lo que sería posible aumentar el nivel de precios sin que haya reacción de los trabajadores para ajustar el salario nominal a esta variación.

Keynes afirma la posibilidad de que existiendo ilusión monetaria, el salario real tiene un margen para caer (por la vía del aumento de precios, con un salario nominal dado); sólo que no podrá caer indefinidamente. De esta forma una caída de los salarios reales estimulará a las empresas a contratar más trabajadores, reduciendo el desempleo.

Por esto mismo, se puede concluir que la negociación entre trabajadores y empresas tampoco define el nivel de salario real (al depender del nivel de precios que será afectado por factores externos al mercado de trabajo).

De esta forma, Keynes concluye que es posible resolver la desocupación del trabajo por medio de alzas del nivel de precios (dependiente de la demanda efectiva), ya que son generales a todos los trabajadores y por ello difíciles de enfrentar en conjunto, además de la dificultad de percibir su efecto sobre la capacidad adquisitiva del salario nominal. Lo contrario sucede con el intento de reducir directamente los salarios nominales, ya que permite reacciones locales, por grupo de trabajadores, que imposibilitan un efecto general al conjunto de trabajadores. En este sentido, un desempleo que sólo se puede eliminar por alzas de precios es definido por Keynes como involuntario, ya que no depende de la supuesta inflexibilidad de los trabajadores o de regulaciones institucionales, sino de la demanda efectiva.

Se puede establecer la relación entre dos conceptos fundamentales desarrollados por Keynes: la demanda efectiva y el desempleo involuntario. Dicha relación expresa la duda keynesiana sobre el papel de la negociación entre empresas y trabajadores para definir la ocupación y el salario real, articulados al nuevo criterio que establece para definir el equilibrio del mercado de productos. En primer lugar, la demanda efectiva determina una ocupación que sólo por casualidad corresponde al pleno empleo. En segundo lugar, la desutilidad

marginal del trabajo fija un límite a la expansión del empleo (definiendo el punto de pleno empleo), en valores menores del empleo; será la demanda efectiva la que determine tal ocupación y el salario real.

Esta teoría sostiene que la dinámica del mercado laboral depende de la situación global de los mercados de bienes y servicios (demanda agregada, PIB) y de las complejas relaciones entre los diversos agentes macroeconómicos: familias (consumo, ahorro), empresas (inversión producción), Estado (gasto público, impuestos) y sector exterior (importaciones, exportaciones).

Las decisiones individuales (consumo, inversión, producción) están afectadas por la incertidumbre y las expectativas de los trabajadores y empresas que intentan asegurar sus ingresos limitando la competencia y la flexibilidad de salarios y precios, los ajustes en el mercado de trabajo se producen a través de la cantidad de empleo.

El mercado no asegura suficientemente la coordinación de las decisiones individuales de forma compatible con un crecimiento estable por lo que aparecen desequilibrios cíclicos (crisis periódicas con paro) que requieren de una intervención del Estado.

2.2.4. Teoría Institucionalista

Los institucionalistas contemplan, además, de las variables económicas otro tipo de variables. Tienen en cuenta variables sociales (reputación, prestigio, condiciones de trabajo, etc.), culturales (medio de realización personal) y políticas (legislación laboral, existencia de sindicatos). Los institucionalistas parten de la observación de la realidad (empírica) del mercado de trabajo.

Además según esta teoría tanto el Estado como los sindicatos condicionan el funcionamiento del mercado de trabajo, también reconoce la influencia de la negociación colectiva en el mercado de trabajo y en los salarios, determinados en su mayoría por convenio. Para la negociación colectiva se requiere la existencia de agentes sociales: sindicatos – empresarios.

Características institucionales de la fuerza de trabajo:

a) Trabajadores y empresarios forman parte de una sociedad con ciertos valores institucionales que determinan su actuación más allá de la racionalidad económica.

b) Trabajadores y empresarios pueden organizarse colectivamente para defender sus intereses en el ámbito de las relaciones laborales.

c) En la (re)producción de la fuerza de trabajo intervienen instituciones no mercantiles.

Según esta teoría existen diversas configuraciones de la realidad laboral, múltiples mercados de trabajo diferenciados en sus normas sociales de regulación.

El mercado de trabajo de competencia perfecta se caracteriza por la inexistencia de más instituciones que el mercado, funcionamiento según la lógica de la oferta y la demanda.

Existen mercados de trabajo que tienen poco que ver con el mercado de competencia perfecta, ya que existen en ellos normas institucionales derivadas de la regulación legal y la organización colectiva que limitan la lógica de la oferta y la demanda. Ejemplos: son los mercados internos de trabajo y mercados profesionales Mercados internos de trabajo: son un conjunto de normas que rigen el proceso de trabajo dentro de la empresa. Son normas internas, creadas por la propia empresa (Reglamento) sobre: Organización del sistema productivo, negociación salarial, sistema de promoción y régimen disciplinario.

En los mercados profesionales, la organización profesional regula el acceso al mercado (a través del proceso formativo y la acreditación), sus normas de funcionamiento y las remuneraciones, no hay competencia externa y la competencia interna es limitada.

2.2.5. Enfoques Latinoamericanos Sobre el Desempleo

En latinoamericana se destacan ciertos estudios que surgen sobre la teoría de la dependencia que se aproximan a explicar el desempleo mediante el análisis del mercado mundial y la división internacional del trabajo; autores como Ruy

Mauro Marini y Carlos Martins se apoyan teóricamente en categorías marxistas para este análisis[25].

Un concepto que desarrollan estos autores ampliamente es el de superexplotación. Para comenzar, la economía latinoamericana produce para el mercado mundial, por lo tanto la capacidad de realización de su producción no depende de su capacidad de consumo. Esto no ocurre en los países centrales, en los que la poca capacidad adquisitiva de los trabajadores limitaría el consumo y por consiguiente, la realización de la producción mundial, ahí la acumulación se basa en la productividad del trabajo. Bajo esta lógica, en los países dependientes, donde los trabajadores no son productores y consumidores a la vez, la ausencia de determinado nivel de consumo del trabajador, no condiciona la realización del producto, que es enviado a los países centrales. «La tendencia natural del sistema será la de explotar al máximo la fuerza de trabajo del obrero, sin preocuparse de crear las condiciones para que éste la reponga, siempre y cuando se le pueda reemplazar mediante la incorporación de nuevos brazos al proceso productivo». Así nace la categoría de superexplotación del trabajo[26].

A lo largo de la historia, el traslado de excedentes de los países dependientes a los países industrializados, se ha manifestado a través de la dependencia comercial (traslado de excedentes por la vía del intercambio desigual y la adecuación de la estructura productiva a la división internacional del trabajo), la dependencia financiera (por medio del pago de la deuda), la dependencia productiva (que es condicionada a través de los préstamos y la inversión extranjera directa) y la dependencia tecnológica (el pago de patentes y marcas y el uso de tecnologías producidas en el —primer mundo).

Entonces, el desempleo abierto o subempleo es explicado por este enfoque por la exclusión de mano de obra que genera el proceso de acumulación capitalista global, lo cual crea las condiciones para la fragmentación laboral y para la segmentación del consumo.

[25] Marini, Ruy Mauro, Dialéctica de la Dependencia, Ediciones Era, México, p.52.
[26] Ibid. P53.

2.3 La Flexibilidad Laboral

2.3.1. Definición de la Flexibilidad del Mercado Laboral

A través de los años ha existido un amplio debate en torno a la definición de la flexibilidad ya que existen diversos enfoques que establecen diversas definiciones de este, lo cual da lugar a la existencia de varios conceptos.

Para algunos organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la flexibilidad consiste en eliminar o desregular el mercado laboral con el objetivo de acabar con las rigideces causantes de un alto índice de desempleo, así como de un sector informal creciente.

Por otra parte, parar el Banco Mundial (BM) la flexibilidad laboral es un concepto que ha sido posicionado por los sectores empresariales con el argumento de eliminar las distorsiones que aumentan los costos los de la producción. Sostiene además, que la principal causa del desempleo en América Latina reside, fundamentalmente, en la inflexibilidad de los mercados laborales, lo que se traduce en que el sector formal de la economía no sea dinámico en términos de generación de empleos. Por tanto, un mayor grado de flexibilidad laboral permitiría en teoría la creación de mayor empleo y la reducción del sector informal, de ahí que dichos organismos han promovido la aplicación de diversos mecanismos de flexibilidad laboral para disminuir el elevado desempleo prevaleciente desde la década de los ochenta del siglo pasado.

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), considera la flexibilidad del mercado laboral como la capacidad de éste de adaptarse a las circunstancias económicas, sociales y tecnológicas.

Para Piore, M. y Sabel, Ch., la flexibilidad se refiere a la reestructuración del mercado de trabajo, a la creciente versatilidad en el diseño y a la mayor adaptabilidad de la nueva tecnología en la producción.

Para Albert Recio, la noción flexibilizadora se identifica con mecanismos jurídicos, reformas, y estrategias, cuyo objetivo es quitar rigidez a la legislación

laboral a fin de permitir que el factor trabajo se adapte fácilmente a las necesidades y conveniencias del sistema productivo.

Adrián Sotelo, establece en que la implementación de la flexibilidad ha ocasionado una precarización del mercado de trabajo porque la concepción que en muchos países y organismos internacionales se ha impuesto es que flexibilidad y desregulación son sinónimos o, por lo menos, este último es un componente esencial del primero; es decir, el enfoque dominante en muchos países ha sido el de corte neoclásico y no el de carácter social.

Enrique de la Garza Toledo define la flexibilidad como la posibilidad de la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes.

Para efectos de esta investigación y tomando en cuenta la definición de la flexibilidad laboral de Enrique de la Garza Toledo y Adrian Sotelo se define de la siguiente manera:

La flexibilidad laboral consiste en ajustar la fuerza de trabajo a las fluctuaciones continuas del sistema económico capitalista, a través de diversas medidas tales como la movilidad laboral, supresión de contratos colectivos, subcontratación, represión sindical, duración de las jornadas laborales, salarios mínimos etc.; lo cual permite que se de una sobreexplotación del trabajador lo que conlleva a una precarización del empleo.

2.3.2 Formas de Flexibilidad del Mercado Laboral

Aunado a las diferentes concepciones de flexibilidad resulta necesario realizar una revisión de los diferentes tipos que existen y que suelen aplicarse específicamente al mercado laboral, tanto en una perspectiva macroeconómica y microeconómica.

Flexibilidad externa, Numérica o Cuantitativa

La flexibilidad externa se refiere a la capacidad que tiene una determinada empresa para aumentar o disminuir el número de empleados en función de las

necesidades de la empresa, utilizando contratos de trabajo por tiempo limitado y despido de acuerdo a la situación de la empresa.

Este tipo de flexibilidad busca externalizar los costos salariales a través de la eliminación de los servicios propios de la empresas, es decir, la empresa traslada a otra empresa el vinculo contractual con el trabajador, lo que permite una reducción de los costos laborales mediante la subcontratación de las actividades de limpieza, transporte, vigilancia, comercialización, etc., lo cual le reduce a laempresa su responsabilidad en la gestión laboral de determinado segmento de la planilla de trabajadores.

De acuerdo a las estrategias seguidas por las empresas, la flexibilidad externa puede distinguirse de diversas formas como son: la contratación temporal; utilización de la subcontratación, externalización; el uso de las empresas de trabajo temporal; contratos de formación y aprendizaje; movilidad geográfica; trabajadores por cuenta propia; modificación de la normativa laboral para ampliar las causales de despido.

Flexibilidad Interna, Funcional o Cualitativa

La flexibilidad interna se logra modificando la cantidad global de trabajo utilizado, con variaciones en el tiempo efectivo de trabajo realizado, lo que conduce a variar el tiempo de trabajo previsto para las actividades de producción, así se puede recurrir a variaciones colectivas o individuales de los horarios de trabajo, utilización del trabajo a tiempo parcial, etc.

Este tipo de flexibilidad se consigue utilizando a los empleados en funciones variables según las necesidades de la cadena de producción o de las fluctuaciones de la producción. La polivalencia de los hombres o de los equipos puede crear las flexibilidades necesarias.

Eso implica un esfuerzo particular de formación profesional a fin de que los interesados tengan varias cualificaciones y sean capaces de tener empleos variados. Eso implica también formas flexibles de organización y gestión. La flexibilidad funcional toma todas estas formas en una perspectiva de mediano y largo plazo, a fin de hacer frente a los cambios de los productos, de los

mercados y de las técnicas, de reconvertir a los asalariados hacia nuevos oficios o profesiones.

Flexibilidad Salarial

Se refiere a las estrategias que buscan eliminar las rigideces salariales y el ajuste de los salarios a los criterios de movilidad, rendimiento y cualificación desde la lógica de la productividad.

La aplicación de este tipo de flexibilidad se realiza a través de tres procedimientos:

El primero consiste en abandonar la práctica de aumentar los salarios según el costo de la vida, el segundo se refiere al estancamiento de medidas tendientes al aumento del salario mínimo disminución por cualquier medio de las prestaciones sociales.

La flexibilidad salarial puede tomar diversas modalidades tales como: políticas de moderación salarial, diferenciación de las remuneraciones en cada sector o empresa, establecimiento unilateral de los salarios, eliminación de los salarios mínimos, eliminación de prestaciones sociales, modificación de los costos de despido, salario según rendimiento, congelamientos salariales.

2.3.3. Razones de la Existencia de la Política de Flexibilización.

La política de flexibilización del mercado laboral se debe abordar teniendo en consideración las razones por las cuales surge. En este sentido se pueden tomar en cuenta dos situaciones:

a) La necesidad de las empresas de hacer uso de una mano de obra que pueda ser utilizada con versatilidad, de modo que las empresas puedan hacer frente a los retos que les impone la modernización y la globalización.

b) La necesidad de reducir al mínimo las tasas de desempleo a fin de lograr una estabilidad macroeconómica.

Para las empresas la flexibilización del trabajo comprende el modo de adecuar el sistema productivo, la organización del trabajo y los recursos humanos a las variaciones de la demanda en cantidad y calidad así como a la diversificación

de productos. Las empresas desarrollan, en general, estrategias de flexibilidad y sugieren agrupar éstas en torno a cuatro dimensiones:

a) La descentralización productiva.

b) La flexibilización en el uso de la mano de obra.

c) La flexibilización e innovaciones en el proceso productivo.

d) La flexibilidad en los sistemas de aprovisionamiento, almacenaje y stocks.

En este sentido las medidas de flexibilidad como instrumentos que buscan reducir los niveles de desempleo y que influye en las actividades de las empresas pueden darse siguiendo dos vías: Reducción de los costos laborales y cambio en el marco institucional.

En lo que respecta a la reducción de los costos laborales, en esta área se mencionan tres procedimientos importantes para abaratar la mano de obra; el primero, consistente en abandonar la práctica de aumentos de salarios según el costo de la vida; el segundo, el establecimiento de medidas tendientes al estancamiento de los aumentos en el salario mínimo; el tercero, disminución por diversos medios de la cotización al Seguro Social.

En relación a los cambios en el marco institucional, las modificaciones más comunes en términos legales se vinculan con el establecimiento de horarios flexibles, institucionalización del empleo parcial (sub- empleo visible), eliminación de los contratos indefinidos y reducción de los costos de despido.

Puede observarse que las políticas de flexibilización laboral simplemente pretenden crear empleo adecuando el comportamiento de los empleados a las necesidades de versatilidad del trabajo que exigen las empresas.

En términos generales, la flexibilidad laboral hace referencia a la fijación de un modelo regulador flexible para el manejo de los derechos laborales en el interior de las empresas y organizaciones privadas inmersas en una lógica capitalista y de libre mercado. La aplicación de la flexibilidad laboral requiere de un proceso de desregulación del mercado laboral que usa de referente el contrato individual de trabajo, para flexibilizar los antiguos mecanismos

logrados por los sindicatos en el siglo XX, esperando con ello mantener el crecimiento de todo el sector privado.

El concepto de flexibilidad laboral hace referencia a un mayor grado de libertad en la explotación de la fuerza de trabajo, en términos de su polifuncionalidad y de la determinación de su remuneración, así como la cantidad de trabajadores. Tiene su fundamento en la teoría neoliberal ya que defiende la noción de que las relaciones laborales sólo deben ser entendidas a partir de sujetos iguales y libres que contratan las condiciones de trabajo que más les favorezcan. Este planteamiento es muy criticado ya que se ha señalado siempre que no existe tal libertad de contrato, en tanto que los empleadores están en ventaja de imponer las condiciones por ser los dueños de los medios de producción. Los neoliberales señalan que hoy en día el acceso a poseer medios de producción no está negado para los trabajadores y que en consecuencia no están forzados a negociar con los propietarios de los mismos, sino lo desean.

El discurso neoliberal considera que la existencia de derechos económicos y sociales y principalmente los expresados en las legislaciones laborales, no son producto de las desigualdades, sino de una imposición arbitraria de los menos eficaces contra los más productivos, que a nadie favorece, ni siquiera a los supuestos protegidos.

En tal sentido, denuncian que la legislación laboral no protege realmente a los trabajadores, en tanto que consideran que la mejor protección para el trabajador es la auto tutela, ya que nadie mejor que el propio individuo para contratar las condiciones del trabajo que él esté dispuesto a desarrollar.

En el neoliberalismo se privilegia la contratación individual como forma de relación laboral. Se considera que la negociación colectiva ha sido utilizada como bandera política"...de los partidarios de la lucha de clase" para justificar el conflicto y la confrontación social. La negociación colectiva sólo se justifica en su".... función natural, que es mantener la más estrecha correspondencia posible entre la remuneración de los trabajadores y la productividad del trabajo".

La flexibilidad del trabajo en el discurso neoliberal se concibe como"...los ajustes de efectivos de la mano de obra, salarios y horarios de trabajos, etc., a una coyuntura que ha pasado a ser inestable y fluctuante". Lo

cierto es que, a través de la flexibilidad laboral, se busca eliminar o reducir las rigideces de las legislaciones laborales, sustituyéndola por una relación directa entre el trabajador y el empleador, que esté condicionada por las señales de la oferta y la demanda.

El paquete neoliberal impulsado por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, mediante las políticas de estabilización y ajuste estructural, han funcionado como la reconstrucción de un nuevo patrón de acumulación siendo la acumulación ampliada la ley absoluta del sistema de producción capitalista, cuyo objetivo es la búsqueda de una mayor tasa de plusvalía.

En este contexto surgen una serie de corrientes que explican el surgimiento de la flexibilidad en el mercado laboral; resultado de cambios institucionales, contexto económico general, cambio en el sistema de producción entre otras.

a) Cambios Institucionales del Mercado de Trabajo

La primera corriente defendía la idea de que durante los años cincuenta y sesenta el marco institucional del mercado de trabajo experimentó modificaciones considerables que, en general, fueron favorables para los trabajadores y conseguidos por la organización y presión de éstos en un contexto económico de pleno empleo. Así, los sistemas de protección social se fueron desarrollando, hasta alcanzar niveles muy elevados de sustitución de ingresos que podían tener efectos negativos en el comportamiento de los individuos en el mercado de trabajo. Es decir, se trataba de un proceso acumulativo donde los sindicatos consiguieron mayores niveles de protección contra el despido, poniendo límites y/o restricciones a la discrecionalidad de los empresarios; pero dicho proceso, cuyos efectos negativos eran reducidos en los primeros momentos, al sobrepasar un determinado límite, imposibilitaba el logro del pleno empleo.

Así, tendríamos que a lo largo del período de expansión económica, se fue produciendo de manera lenta pero acumulativa, un proceso de rigidez del marco socio-institucional del mercado de trabajo. De esta manera, no quedaba más opción que desregular el mercado de trabajo y dejar que fueran las fuerzas del mercado las que, en todo caso, ofrecieran la protección de los niveles de ingreso

y de empleo que se pretendían conseguir mediante intervenciones del Estado o de los sindicatos.

b) Cambios en el Contexto Económico General

Una segunda posición, argumentaba que lo que había cambiado era el contexto económico general, más que las propias instituciones que configuran el marco institucional del mercado de trabajo.

De acuerdo con esta postura, determinadas regulaciones o intervenciones que no producían problemas importantes o que incluso tenían efectos claramente beneficiosos en la fase de crecimiento de las décadas de los cincuenta y sesenta, serían incompatibles con el mantenimiento del pleno empleo, en las nuevas condiciones económicas creadas tras el primer shock del petróleo, tanto por el propio cambio del precio relativo del petróleo como por otros cambios que se produjeron al mismo tiempo; es decir, el nuevo contexto hacía inviable la aplicación de las mismas normas de crecimiento salarial que antes, sin que ello condujera a una espiral inflacionista o a una compresión de beneficios, aplastada entre la presión de los sindicatos y la caída de la demanda, todo lo cual, a su vez, produciría finalmente una caída del empleo.

A esto hay que agregar que en ambos casos, el no flexibilizar conduciría a un deterioro de los niveles de empleo, bien porque las empresas se verían obligadas a cerrar o al menos a reducir sus niveles de empleo, o bien porque los gobiernos se verían abocados a aplicar políticas macroeconómicas de tipo restrictivo para, de ese modo lograr la estabilidad de precios y el equilibrio externo.

c) Cambios en el Sistema de Producción

El sistema productivo vigente hasta ahora se ha caracterizado por la utilización de una maquinaria muy especializada, de ahí que pudiera ser utilizada por una mano de obra muy poco cualificada, asignada a puestos de trabajo que se componían de un conjunto de tareas repetitivas, predeterminadas que se podían realizar luego de un período relativamente corto de aprendizaje.

En este contexto, el marco institucional compatible con este sistema podía presentar sin problemas ciertas rigideces; y podía garantizar la estabilidad en el

empleo, en virtud de que se basaba en la obtención de un flujo regular de productos destinado a mercados estables o crecientes, podía originar mercados internos de trabajo bien estructurados, con sistemas rígidos de asignación de los trabajadores a los diversos puestos de trabajo y de fijación de los salarios y una mayor adaptabilidad del empleo respecto a las reducciones de corta duración del flujo de la demanda.

Pero este sistema entra en crisis porque la demanda de productos es ahora más diversificada y hay una cierta individualización del producto y por determinados aspectos cualitativos; esto implica unas series de producción más cortas y conlleva una mayor diversidad del sistema productivo para poder modificar las características del producto y atender estos distintos requerimientos de la demanda.

d) Corriente Escéptica de la Flexibilidad

Por último, hay una cuarta postura en torno al debate de la flexibilización, denominada Escéptica, para la cual, la flexibilización no es más que una excusa para reducir los niveles de protección y privar a los trabajadores de algunas de las ventajas que habían conseguido en la época de pleno empleo.

En este sentido, la cuestión fundamental consiste en conseguir una redistribución regresiva de la renta y del poder, sin que ello tenga porqué suponer ganancias significativas de eficiencia. Por lo cual, ni las raíces del paro se encuentran en una deficiencia de flexibilidad ni, por tanto, una política flexibilizadora, conseguirá mejoras en el ámbito del empleo. A lo más, se conseguirá un cierto reparto del desempleo a costa de un mayor debilitamiento del poder de los grupos organizados en el mercado de trabajo.

Según esta corriente, el debate carece de relevancia e incluso puede tener el efecto negativo de apartar la atención de las verdaderas soluciones de los problemas económicos actuales y que las medidas que pueden tomarse en este ámbito serían inoperantes o que, en el peor de los casos, pueden tener efectos contrarios a los previstos.

Además durante la década de los setenta los defensores de la flexibilidad argumentaban que en el mercado laboral existían un conjunto de rigideces

que no permitían que existiera un ajuste en dicho mercado las cuales son: rigideces de los sistemas de producción en serie basado en grandes unidades industriales, factores técnico-organizativos y los llamados factores institucionales. Las cuales se detallan a continuación.[27]

a) Rigideces en los Sistemas de Producción en Serie Basado en Grandes Unidades Industriales

Durante el período que va de los años cincuenta y hasta mediados de los setenta, los países industrializados alcanzaron un crecimiento sin precedentes y un clima de prosperidad merced a la lógica fordista de producción masiva. No obstante, a mediados de los setenta, este modelo entró en una crisis cuyas causas entrelazadas son, por una parte, las perturbaciones externas en las que se encuentran las crisis petroleras de 1973 y 1979 y la irrupción en el comercio internacional. Por otra parte, estarían las llamadas perturbaciones internas, como la saturación de los mercados internos en los países capitalistas avanzados, en los que durante la década de los cincuenta a setenta se incrementó el consumo de automóviles y electrodomésticos.

Todo este contexto pone de manifiesto en los años ochenta la incertidumbre, inestabilidad y fluctuaciones en la demanda, frente a lo cual, las empresas tienen dificultades para adoptar mecanismos de ajuste dada la rigidez de su estructura. Lo que da lugar a que se hable de que hay una complejidad organizativa y de gestión, dificultades para la motivación a directivos y trabajadores, dificultades de gobernabilidad y disciplinas en las relaciones laborales en virtud del grado de institucionalización de las relaciones laborales, que junto a la presencia de los sindicatos en la empresa, refuerzan la resistencia obrera.

b) Rigideces Técnico – Organizativas

Existen una serie de factores denominados rigideces técnico- organizativas que dificultan el ajuste de las empresas en el contexto de crisis e incertidumbre de los años ochenta.

[27] Chávez Ramírez, Paulina Irma, Op. cit. págs. 63-66.

Una dificultad técnico-organizativa está presente en la maquinaria preparada para tirar grandes series a bajo coste por unidad de producto. En la nueva situación de fluctuación y contracción de la demanda, cambios y diversificación en los productos demandados por el mercado y la necesidad de producir en base a series cortas dada la brevedad comercial de los productos, muestran que la gran maquinaria y la extrema división taylorista del trabajo resultan rígidas en el nuevo contexto.

Adicionalmente, la gran maquinaria supone la existencia de puestos de trabajo definidos y una plantilla estable con puestos de trabajo delimitados e individualizados, lo que se traduce también en dificultades de ajuste.

c) Rigideces Jurídico-Institucionales

Un tercer factor que ha dado origen a rigideces es de tipo institucional. La concentración de mano de obra en grandes empresas, junto a la estabilidad del empleo, ha favorecido la organización de los sindicatos en dichas empresas. Así mismo, las normativas y ordenanzas laborales, las organizaciones sindicales, los hábitos y costumbres al interior de la empresa han originado rigideces que han obstaculizado los ajustes.

Por consiguiente, dentro de las rigideces de tipo institucional, las llamadas rigideces salariales son las que deberían ser eliminadas, ya que se consideraba la causa fundamental de la existencia de un nivel elevado de paro.

Dentro de estas rigideces salariales, estarían también la existencia de un sistema de retribuciones salariales fijas y las políticas sindicales de reducción del abanico salarial y el precio final del producto. Por lo que, los empresarios han encontrado resistencias sindicales para la aplicación de sistemas de trabajo a destajo o por horas con retribuciones salariales flexibles. Aunque esta cuestión puede matizarse, debido a que existen mecanismos de ajuste parciales en base a los sistemas de primas de producción que posibilitan la existencia de un salario base bajo.

Este sistema permite, en alguna medida, reducir costes salariales suprimiendo las primas cuando baja la producción hasta cierto nivel.

Las principales rigideces laborales que se dan al interior de las grandes empresas son: Las rigideces a la contratación, el empleo estable aunque ha asegurado a los empresarios disponer de fuerza de trabajo que le garantiza un determinado nivel de producción y de formación en el trabajo, reducción en los costos de rotación y una especie de compromiso laboral; también ha permitido reforzar el poder negociador de la fuerza de trabajo y el surgimiento de grupos que al tener este poder, originan rigideces que perturban la aplicación de los mecanismos de ajuste del empleo frente a las fluctuaciones económicas.

A esto hay que agregar la rigidez derivada de la jornada de trabajo pactada con los sindicatos o bien inscrita en las normas laborales. La limitación de las horas extras y del trabajo a turnos, así como el control sindical de la empresa, se han constituido en una cierta dificultad para ampliar la jornada de trabajo y adecuarla a las alzas de la producción.

2.4. La Precarización del Empleo como Consecuencia de la Flexibilidad del Mercado Laboral

2.4.1. El Surgimiento de la Precarización del Empleo

La precarización comienza a ser un término comúnmente utilizado por la literatura, sobre todo desde comienzos de los ochenta en Europa, para dar cuenta del colectivo laboral caracterizado por ser objeto de la desregulación normativa, la precarización tiene como característica los bajos salarios, disminución de derechos laborales, dependencia personal respecto al empleador, malas condiciones de trabajo, ausencia de reconocimiento profesional, etc.

El termino de flexibilidad laboral y precarización guardan una relación desde que se inició la reorganización de las relaciones laborales a partir de la década de los ochenta cuando tomaron cuerpo las políticas neoliberales. La flexibilidad laboral se presenta como una estrategia para garantizar la eficiencia empresarial y su capacidad de adaptación a los cambios en la vida económica, mientras la precarización constituye un reconocimiento de los costes sociales que generan las políticas de flexibilidad sobre una parte de las clases trabajadoras. La flexibilidad apela a la introducción de medidas orientadas a reducir los aspectos garantistas de los derechos laborales, a promover una

fuerza de trabajo adaptable y móvil, y la precarización hace referencias a los resultados indeseables de muchas de estas propuestas, a la necesidad de introducir una nueva regulación de las relaciones laborales con el objetivo de evitar estos daños y restablecer un contexto socialmente aceptable.

En América Latina, se empieza a hacer uso de este concepto sobre mediados de la misma década para oponérsele al concepto del empleo típico, es decir, aquel -de tiempo completo, para un solo e identificable empleador, por tiempo indeterminado, realizado en el domicilio del empleador, generalmente protegido por la legislación laboral y la seguridad social. Son precarios los empleos que se aparten de alguna de dichas características.

El proceso de precarización surge con las medidas que correspondían a las demandas empresariales orientadas a reorganizar el proceso productivo y las relaciones laborales. En el origen de estas demandas se encuentran un conjunto de elementos que se consideran cruciales para entender la transformación de las estructuras empresariales y en los sistemas de relaciones laborales.

a) El replanteamiento del sistema de relaciones laborales y organización productiva del período anterior.

La gran empresa que ofrecía empleo estable se había acabado por convertir en un espacio propicio a las reivindicaciones de los trabajadores, a la creación de la organización sindical y a la resistencia frente a los intentos de aumentar la intensidad del trabajo. Así mismo, la organización de las grandes empresas las convertía en estructuras poco adecuadas para explotar las oportunidades de rentabilidad. Se respondía por tanto a un replanteamiento de las estructuras internas de las empresas orientado a transformar las relaciones de poder.

b) Un cambio en el ambiente económico general. La versión oficial es que estábamos ante un mundo con mayores incertidumbres e inestabilidad, entre los elementos que explican esta mayor volatilidad aparece el proceso de desregulación financiera y el aumento de la importancia de esta esfera, la creciente apertura internacional y el desarrollo de nuevas políticas comerciales que aumentan la variedad de productos como un medio de reducir el ciclo del producto, segmentar los mercados y conseguir nichos de mercado.

c) Un salto importante hacia el sector de los servicios. La nueva fase de desarrollo capitalista se ha caracterizado por una creciente mercantilización de actividades que anteriormente se realizaban en la esfera doméstica y social. Desde la organización del ocio hasta los cuidados a las personas. Particularmente influyen en los aspectos temporales de la actividad económica. Muchos servicios tienen dimensiones temporales específicas, con lo que las empresas que actúan en estos campos tienen mayor necesidad de adaptarse a cuestiones como la estacionalidad, la cobertura de horarios especiales, las puntas temporales de actividad (y los períodos de declive), etc.

d) La introducción de las nuevas tecnologías de la información posibilita nuevas modalidades de control de los procesos productivos y facilitan el tipo de cambios organizativos que están en la base de algunos procesos de precarización. Particularmente en la consolidación de un modelo de comunicación de masas que permite dar una importancia crucial a los aspectos de imagen de las empresas. Hay implicaciones del cambio tecnológico en muchos otros campos, no solo ligado a las TIC sino también a la nueva ingeniería genética (por ejemplo en el sector agroalimentario), pero conviene señalar que su impacto más importante está asociado a la implantación de nuevos modelos organizativos y cambios en el marco institucional.

En los últimos años se ha dado el reconocimiento a la subcontratación como un mecanismo de precarización. Las razones de la subcontratación son diversas y no todas obedecen al mismo tipo de objetivos. Pero resulta evidente que por esta vía puede producirse el proceso de precarización entre las cuales se mencionan:

a) La internalización de la actividad, se asocia a un cambio en las condiciones contractuales en materia de salario, jornada laboral, etc.
b) El empleo subcontratado a menudo se realiza bajo una doble presión, la del empleador directo.

c) La subcontratación tiende a dividir los colectivos de trabajadores y a aumentar la incomunicación entre los mismos. Un campo en el que se refuerza la individualización de la relación laboral y se inhibe la acción colectiva.

También las formas de relación laboral de bajo compromiso han sido vías para propiciar el proceso de precarización por parte empresarial, a través de los contratos temporales, empresas de trabajo temporal, etc.. Formas de relación orientadas a contar una fuerza variable en función de las circunstancias, fácilmente sustituible o desechable, con derechos sociales disminuidos. Así como la introducción de cambios en las formas internas de organización, orientados a aumentar la individualización de la relación laboral. Aquí los cambios son muy diversos, desde la introducción de nuevos componentes variables de salario mediante variadísimos sistemas de evaluación e incentivos hasta el uso de políticas masivas de motivación psicológica.

La precarización transcurre a través de mecanismos diseñados para reducir las obligaciones contractuales de los empleadores respecto a la fuerza de trabajo. Un proceso que adapta formas diversas en función de las especificidades de cada proceso productivo y de cada marco institucional, la precarización es un proceso de reorganización de las relaciones capital-trabajo, donde las empresas buscan en primer lugar el reparto del riesgo ya que trasladan el riesgo desde la empresa a los asalariados. Sin embargo la externalización de riesgos no se reduce solamente al lugar del empleo sino a la salud laboral ya que las diferentes formas de precarización tienden a concentrar los empleos más peligrosos en términos de accidentes o riesgos profesionales hacia los empleados más inestables, los que tienen menor capacidad para exigir y negociar el riesgo, imponer cambios en las condiciones de trabajo.

En segundo lugar en la distribución del producto, ya que la precarización tiene incidencia en la repartición de la renta y el nivel de salarios, como es en el caso de la contratación temporal ya que lo habitual es que estos empleados cobren menos que los estables por razones muy diversas: no alcanzar el mismo reconocimiento profesional, no negociar suplementos por circunstancias especiales, no reconocimiento de antigüedad. En el caso de la subcontratación los mecanismos de diferenciación salarial está asociada a un cambio en el marco de fijación de salarios y condiciones de trabajo, ya que es bastante habitual que las empresas subcontratistas estén ubicadas en ámbitos de negociación colectiva diferentes de los de la empresa sub contratante. En ambos caso la precariedad establece un mecanismo diseñado para permitir el

abaratamiento de los costes salariales basándose en el menor poder contractual de los trabajadores.

Y en tercer lugar en el proceso de trabajo, por que la precarización incide directamente la relación laboral, el control del proceso de trabajo. Por lo que este es un proceso conflictivo entre los intereses empresariales orientados a saturar la carga de trabajo de los empleados, imponer determinadas pautas de actuación, destituir resistencias, forzar la aceptación de condiciones (por ejemplo en materia de jornada, y los propios trabajadores que ejercen resistencia cuando señalan que las demandas empresariales afectan a su bienestar, afrentan su dignidad, etc.)

2.4.2. Vertientes que Explican la Precarización

Las principales vertientes que explican la precarización son las siguientes[55]:

a) La vertiente de la inestabilidad podemos vincularla especialmente a la expansión de empleos con ausencia de contratos de trabajo de duración indefinida, o lisa y llanamente con la ausencia de todo tipo de contrato.

b) La vertiente de la -inseguridadll, visible en aquellos empleos que no presentan el respaldo de las leyes sociales de cobertura, caso de las vinculadas con salud laboral y previsión social.

c)La precarización está asociada a otras dos vertientes: la de las condiciones salariales (o vertiente de la insuficiencia) y de las condiciones de trabajo en términos generales; de manera que se pasa a asociar lo precario con empleos de menor calidad y mal remunerados, esto es, situaciones laborales caracterizadas por el deterioro de sus condiciones de trabajo y salariales.

2.4.3. Las Causas de la Precariedad

La precariedad es un fenómeno de desequilibrio en el mercado de trabajo que posibilita la reducción del salario medio y empeora las condiciones de trabajo generando condiciones de competencia desleal de los trabajadores y trabajadoras, siendo funcional para el incremento de la ganancia empresarial.

Entre los análisis más recientes existen diversas opiniones acerca de cuáles serían las fuentes de tales cambios en la línea de una mayor precarización de

los empleos: crisis coyunturales, cambios en los modelos de organización y transformaciones tecnológicas.

a) Crisis coyunturales. En los últimos años hubo un desplazamiento del poder hacia la parte demandante del mercado de trabajo, desmontando por lo tanto las conquistas que habrían caracterizado a los años de pleno empleo. La crisis económica, además, genera mercados más competitivos donde gana la incertidumbre, una mayor inestabilidad en las ventas y en la producción, y por lo tanto del empleo.

b) Cambios en los modelos de organización de la producción, en el sentido que el modelo rígido de organización de la producción que habría caracterizado a la producción en masa y que generara un marco institucional también rígido, está dando pasó a sistemas más flexibles.

c) Una tercera fuente explicativa, también de tipo estructural, hace hincapié ya no solo en las transformaciones generadas al interior de los procesos productivos, sino fundamentalmente en las consecuencias generadas por las transformaciones tecnológicas en el marco de un mayor peso de las relaciones mercantiles. Desde este último punto de vista, la precarización en los empleos es un fenómeno íntimamente ligado a las también mayores tasas de desempleo de nuestras sociedades contemporáneas.

2.5. Impacto de las Medidas de Flexibilidad Laboral

Las medidas de flexibilidad en el mercado laboral han impactado de varios aspectos relacionados con los derechos laborales de los trabajadores tales como: Loa derechos sindicales, los contratos de trabajo, jornada laboral y movilidad laboral. A continuación se desarrollan cada uno de estos impactos:

2.5.1. Los Derechos Sindicales

Dentro de las medidas de flexibilidad laboral llevadas acabo por las empresas esta la subcontratación laboral, los efectos de esta sobre los trabajadores se observa en el desenvolvimiento del movimiento sindical, ya que al sustituir trabajadores fijos por interinos disminuye la afiliación sindical, por que estos no son parte de la negociación colectiva. Por otra parte la convivencia de

trabajadores en un mismo espacio con estatus y condiciones de trabajo diferenciadas, quiebra la posibilidad de generar una identidad colectiva.

En el caso de la internalización de tareas hacia otras empresas subcontratadas, se produce también una disminución de la afiliación, pero también la capacidad de negociación ya que existe un temor en el trabajador a ver sus puestos tercerizados, lo que sirve para desalentar las posibles demandas de mayores reivindicaciones. Por lo que el sindicalismo en las empresas subcontratadas suele ser inexistente o muy débil, por que se trata de empresas de menor tamaño y con escaso desarrollo de un sistema de relaciones laborales, lo que se hace cada vez mas critico a medida que se va descendiendo en la cadena de subcontratación.

En la práctica la flexibilización del mercado de trabajo afecta de tres maneras principales a los derechos sindicales:

a) A través de la represión sindical: despido de trabajadores, amenazas, creación de listas negras que circulan en todas las empresas, etc.

b) Por medio de diversas prácticas empresariales de flexibilización del trabajo: pago de primas anuales para evitar la indemnización, deslegitimación de los sindicatos y promoción del diálogo individualizado para romper la solidaridad laboral, sometimiento de los trabajadores a la competitividad productiva, división de los trabajadores en permanentes y temporales de modo que se generen diferenciaciones, en ocasiones contradictorias, en contra de los trabajadores, etc.

c) Los vacíos de la legislación laboral y la flexibilidad que de por sí posee, trae como consecuencia que tales temas no se incluyan en la negociación colectiva, lo cual es un fuerte desincentivo para la negociación misma.

2.5.2. Los Contratos de Trabajo

Es indiscutible que, algunos aspectos derivados de las formas de contratación flexible implican efectos negativos para el trabajador como ponen de evidente los efectos de la contratación temporal respecto a: las condiciones de trabajo, las posibilidades de utilización abusiva de la misma, y el trato diferenciado que puede hacerse en los convenios. En cuanto a las condiciones de trabajo podrían

mencionarse: Salario y beneficios no salariales; no existe distinción alguna en la legislación. El disfrute de las vacaciones también es reconocido con independencia del carácter temporal, el régimen de despido se aplica por igual con la diferencia de que no cabe imponer la readmisión del trabajador más allá del momento de la extinción del contrato así como el abono del salario. Los beneficios provenidos de la antigüedad se reconocen sólo en los contratos para obra o servicio determinado por ser los que pueden tener una duración mayor, (aquí la exclusión es manifiesta). El acceso a los regímenes de la Seguridad Social se reconoce a los trabajadores temporales en las mismas condiciones que a los indefinidos. El conflicto surge de no cubrir los períodos previos de cotización exigidos[28].

2.5.3. La Jornada Laboral

En cuanto al impacto de la flexibilización en los trabajadores subcontratados estos soportan jornadas laborales más largas de trabajo, no tienen acceso a la calificación y el entrenamiento, tienen remuneraciones inferiores a las de los trabajadores fijos, trabajan jornadas superiores a las ocho horas y están expuestos a situaciones de riesgo para su salud, todo ello en un marco de pérdida de derechos adquiridos después de años de lucha sindical.

2.5.4. Movilidad Laboral

En relación con la movilidad laboral, especialmente la que se denomina funcional es decir que se da dentro de las empresas, que es el modo en que se ajusta la organización de la mano de obra y el contenido de los puestos de trabajo para hacer frente a los cambios generados por la carga de trabajo.

2.6. Bases Filosóficas

La historia del conocimiento se ha organizado de manera muy particular durante el proceso de desarrollado del hombre. El conocimiento vigente tiene importantes cargas de cada una de las épocas que identifican una corriente o pensamiento epistemológico, que aun en nuestros tiempos se consideran en los razonamientos mas acertados sobre la realidad actual.

[28] Bel Adell, Carmen, Flexibilización del Mercado de Trabajo y Precarización del Empleo. La Contratación Temporal: Aspectos Teóricos, Legales e Históricos, España, 1991, p.193.

En este sentido, se hará un recorrido por las corrientes del pensamiento, que han incidido de algún modo en la formación histórica de la participación ciudadana en el control fiscal de la gestión pública municipal.

Esta exploración epistemológica se inicia con el tema de los grupos humanos, los cuales constituyen una sociedad en la cual se encuentra una estructura y una dinámica.

En cuanto a la estructura, hay distintos elementos que dan una organización peculiar a cada grupo social que conforman una sociedad flexible y en constante cambio, acorde con las necesidades dinámicas de los pueblos (como las contralorías sociales, en nuestra investigación).

La estructura da las bases para la dinámica social que es la interacción que se da entre individuos y subgrupos o parcialidades de la sociedad. Esta dinámica es simplemente una expresión de los requerimientos u objetivos de los individuos que componen esa sociedad.

Usualmente, en el dinamismo de las estructuras sociales, se crea un orden social, en el que cada individuo acepta las condiciones de ese orden social por su necesidad de pertenecer a la sociedad, e incluso cada uno de esos individuos participa en el control social buscando la integridad e incorporación de sus miembros y el alcance de los fines comunes de la vida en sociedad.

Pero el orden social no es un fin en sí mismo. El orden social es sólo un medio para alcanzar los objetivos del colectivo o sociedad; se trata entonces, que el grupo logre o evite hechos y situaciones, es decir, se promueve lograr lo bueno y combatir lo malo en sociedad.

Por tanto, los seres humanos no actúan de acuerdo a individualismos, sino bajo influencias culturales e históricas y según los deseos y expectativas de la comunidad en la que viven. Así, el concepto básico de sociología refiere la interacción social como punto de partida para cualquier relación en una sociedad.

De este modo, se presenta la sociología, como “la ciencia que trata las condiciones de existencia y desenvolvimiento de las sociedades humanas en sociedad” (Diccionario ESPASA, 2001).

Respecto de la sociología, fue Augusto Comte el primero en presentar los hechos sociales como objeto de una ciencia, positiva en la metodología y basada en la observación empírica del fenómeno social.

Asimismo, Augusto Comte, en su pensamiento positivista, citado por F. Canals (1990), sólo confiere validez científica a los conocimientos que proceden de la experiencia de la verdadera observación, única base posible de los conocimientos accesibles a la verdad, adaptados sensatamente a nuestras necesidades reales.

Para Comte, positivo es inseparable de relativo, de orgánico, de preciso, de cierto, de real. La filosofía positiva se contenta con las realidades apreciables por los sentidos, por eso es real. Por tal motivo, Comte se complace en repetir: el positivismo no es otra cosa que "el sentido común generalizado y sistematizado".

Así, el verdadero espíritu positivo consiste, en ver para prever, en estudiar lo que es para concluir, y se presenta como el único susceptible, por su naturaleza, de desarrollar directamente el sentimiento social.

En virtud de lo expuesto, se vincula el pensamiento positivista con la participación ciudadana del control fiscal de la gestión municipal, puesto que la participación ciudadana presenta un escenario en el que los individuos no se pueden ni se deben conformar con una mera rendición de cuentas de sus administradores y/o representantes municipales, muchas veces extemporánea y poco creíble.

Contrariamente, participando en el control fiscal de la gestión municipal, los individuos organizados tienen la posibilidad de apreciar las realidades de la administración municipal con sus propios sentidos, esto les permite prever situaciones no deseadas y sacar sus propias conclusiones de la gestión municipal, desarrollando con ello, el verdadero sentimiento social de elevar la calidad de vida local.

Continuando el enfoque epistemológico, es fundamental hacer referencia al Humanismo, el cual ha sido empleado para denominar toda doctrina que defienda como principio fundamental el respeto al ser humano.

La palabra Humanismo tiene una significación histórica indudable, la voz latina "humanista", dio origen a un modo de pensar y de vivir ajustado a una idea principal: en el centro del Universo está el hombre, imagen de Dios, criatura privilegiada, digna sobre todas las cosas de la Tierra. (Anón.)

El tema del humanismo; de la esencia de lo humano, cobra especial relevancia en la actualidad cuando se plantean nuevos perfiles para el estudio de la identidad y la construcción de la ciudadanía, principalmente, en relación con la participación ciudadana en el control fiscal de la gestión pública.

Por ende, la sociedad deposita toda su confianza en la potencialidad humana del hombre para desarrollarse y alcanzar sus objetivos a través de la participación ciudadana en el control fiscal de la gestión municipal.

Al respecto, dice Marx, citado por Erich Fromm (1987) “la potencialidad humana es una potencialidad dada; el hombre es, como si dijéramos la materia prima humana...”, así, el hombre es el propio protagonista de su historia a través de su trabajo, su producción y su capacidad para la autorrealización individual y colectiva, como dice Marx, “para conocer el mundo el hombre tiene que apropiárselo”.

En consecuencia, se puede afirmar que la corriente humanista tiene vigencia en el hombre contemporáneo, pues si se quiere alcanzar una mejor calidad de vida local, es necesaria la incorporación de la participación ciudadana mediante el control fiscal de la gestión pública municipal.

En una verdadera democracia participativa como la que se plantea en la actualidad, la administración pública, especialmente la administración municipal, debe darle a la ciudadanía las garantías que merece su representatividad, pero más importante aún, debe extremarse toda medida que favorezcan en la práctica la inserción y participación individual o colectiva del hombre.

Para los defensores del respeto a la condición humana y/o humanistas contemporáneos no hay representantes, amos, dirigentes ni jefes, piensan en el porvenir, creen en la libertad y en el progreso social. Los humanistas trabajan para transformar la práctica de la representatividad, dando mayor importancia a la participación ciudadana.

El respeto a la condición humana es la mayor defensa del Humanismo, pero el hombre de manera individual, difícilmente logra las metas y objetivos que cubran sus necesidades individuales o colectivas, por ello, el hombre es un ser esencialmente social llamado a participar en la formación de las sociedades prósperas.

Por otra parte, es oportuno destacar que los individuos sociales están envueltos por un todo complejo y organizado, una reunión de cosas y partes que forman un todo unitario y complejo, llamado sistema.

Bertalanffy, *citado por* Rodríguez, (s.f.), define los sistemas como "conjunto de elementos en interacción" y establece una distinción entre sistemas cerrados y sistemas abiertos, considerando que todos los sistemas vivientes son sistemas abiertos al intercambio de materia, energía e información con el entorno.

Un sistema abierto utiliza la noción de organización como elemento importante para comprender la complejidad de los sistemas sociales, y toma de la Cibernética el concepto de retroalimentación y sus mecanismos de controles positivos y negativos, que corrigen las respectivas desviaciónes para mantener al sistema dentro de un equilibrio dinámico de sus estructuras.

Según Rodríguez, Bertalanffy toma de Cannon el concepto de homeostasis o equilibrio dinámico entre entradas y salidas, lo que permite en el sistema cambios continuos a la vez que predominan condiciones relativamente uniformes entre los elementos o partes del sistema.

La relevancia del enfoque sistémico en la participación ciudadana en el control fiscal de la gestión municipal, se debe en primer lugar, a que la organización de los ciudadanos y ciudadanas en su sistema social debe tener la capacidad de percibir y observar detalladamente los aspectos relevantes de su entorno,

especialmente en la captación y aplicación de los recursos municipales y en la salvaguarda del patrimonio público.

En segundo lugar, los actores del sistema social municipal deben poder procesar la información obtenida comparándola con las normas administrativas, financieras y operativas que guían el comportamiento del sistema de la administración municipal.

En tercer lugar, de dicha comparación, los ciudadanos y ciudadanos deben obtener información confiable sobre la eficiencia, eficacia y economía de la gestión municipal y de las posibles desviaciones y sus causas, ante tales normas administrativas, financieras y operativas.

Por último, los actores del sistema de control de la administración municipal tendrán que poder iniciar acciones correctivas si se constataran desviaciones en la aplicación eficaz, eficiente y económica de las normas administrativas, financieras y operativas. Estas acciones serán las que mantengan la homeostasis o equilibrio del sistema de control de la administración municipal.

Otro aspecto que se destaca del pensamiento sistémico es la noción de acoplamiento estructural, que se refiere a la dinámica que hace posible que el hombre y el medio se complementen y de ser necesario, estas estructuras cambian de manera coherente, de modo que el hombre genera conductas concordantes con el medio.

Esa complementación hombre-medio, esta fuertemente determinado por la cibernética, con su retroalimentación o feedback. Afirma Rodríguez, que Norbert Wiener (1948) funda la cibernética como ciencia de los sistemas dinámicos, cuyos elementos se encuentran en relaciones funcionales mutuas y que están referidos al todo, al mismo tiempo que reaccionan en cuanto a los miembros del todo y los influjos externos.

La Cibernética se ocupa de la retroalimentación, regulaciones, controles, condiciones de estabilidad de los elementos internos y externos de los sistemas complejos, y de la naturaleza de la información y de su transmisión.

El elemento conceptual básico de la cibernética está en la Información. La cibernética, parte del postulado que la forma del sistema y la superación del desorden o entropía, procede y se apoya en la información. La diferencia de los sistemas se encuentra representada por el flujo de información que circule dentro del sistema

Por su parte, la cibernética de segundo orden abre un espacio para la reflexión sobre el propio comportamiento y entra directamente en el territorio de la responsabilidad y la ética. Dado que se fundamenta en la premisa que el hombre no es descubridor de un mundo exterior a sí mismo, sino constructor de su propia realidad, todos y cada uno de los individuos son fundamentalmente responsables de su propio bienestar.

La participación ciudadana en el control fiscal de la gestión pública municipal, encuentra su fundamento en la retroalimentación o feedback entre los tomadores de decisiones o autoridades municipales, los ejecutores de las decisiones, es decir: directores, ejecutivos, funcionarios públicos municipales, contratistas, entre otros; y los ciudadanos y ciudadanas responsables del control fiscal de la gestión municipal y receptores de bienes y servicios públicos.

La importancia del feedback en la participación ciudadana del control fiscal de la gestión municipal, es la causa por la que se asocia la cibernética con esta investigación.

Finalmente, se consideran los postulados del construccionismo social debido a que éstos soportan las posibilidades del hombre para la construcción de su propia realidad.

El construccionismo social según Hoffman (1996) citado por Jairo A. Rozo plantea que las ideas, los conceptos y los recuerdos surgen del intercambio social y son mediatizados por el lenguaje y la información. Sostiene el construccionismo social, que todo conocimiento evoluciona en el espacio entre las personas, en el ámbito del mundo común y corriente.

Así, el construccionismo social apoya la idea: “moldeamos el mundo en el que vivimos y creamos nuestra propia realidad”, dentro del contexto de una

comunidad con otros individuos; comunidad que por medio de sus posibilidades y restricciones económicas, políticas, sociales y culturales fija los límites de su propio desarrollo.

Lograr construir una verdadera participación ciudadana en el control fiscal de la gestión municipal, que fomente la mejora continua de las condiciones de vida de la ciudadanía, y con ello cimiente el bienestar social de la colectividad, constituye sin lugar a dudas uno de los retos más importantes de la ciudadanía que hoy se erige en los Municipios.

Durante las últimas cuatro décadas se han hecho importantes aportes teóricos y prácticos en el intento por modificar los parámetros organizativos y la gestión del sector público.

Con regularidad, la administración pública tradicional se asocia al concepto de burocracia, es decir, una organización jerárquica en la que cada unidad tiene responsabilidades claramente delimitadas y reguladas mediante reglas escritas y mecanismos de control vertical.

En su momento, dice Matas, C. (2001), el modelo de organización burocrático fue la respuesta a las necesidades derivadas de la modernidad, una modernidad racionalizadora que se manifestaba en el dominio de la eficiencia, la predictibilidad, la calculabilidad y el control tecnológico.

Pero la administración pública tradicional, que se inspira en el modelo organizativo burocrático, ha desarrollado con el tiempo disfunciones muy importantes que tienen como resultado más característico la falta de adaptación de las organizaciones públicas al contexto socioeconómico actual.

Entre los diferentes intentos por modificar el modelo burocrático, dice Matas, que en los años noventa han aparecido un conjunto de perspectivas reformadoras bajo el título integrador: Nueva Gestión Pública.

A tales efectos en la Nueva Gestión Pública, Matas distingue dos enfoques: el primero, el Neoempresarial que hace énfasis en la economía, la eficiencia y la eficacia de los aparatos públicos y propone una clientelización de los ciudadanos.

El otro enfoque o corriente que distingue Matas es la Neopública, que pone especial atención en la repolitización, la racionalización y el control de la externalización de los servicios públicos, la participación ciudadana y la ética en la gestión pública.

Seguidamente, se indican las características más destacables de las corrientes neoempresariales definidas por Matas, ellas son:

- Filosofía de “no remar” sino hacer que los otros “remen”: el Estado relacional y la sociedad del bienestar, más que el Estado intervencionista y del bienestar.

- Fomentar la mutación de las administraciones públicas al pasar de proveedoras de servicios públicos a intermediarias que “venden” servicios.

- Adopción del lenguaje y los conceptos del sector privado.

- La reducción de la relación entre la Administración y la ciudadanía a la relación Administración-clientes.

- Fragmentación de la Administración en unidades más pequeñas con una creciente autonomía respecto a la gestión económica, patrimonial, laboral, etc. para que éstas se especialicen en la producción de una gama determinada de servicios y se reajusten con más facilidad a las necesidades de los clientes de los servicios públicos.

- Todo lo anterior se materializa en organismos que tienen unas formas jurídicas alejadas en mayor o menor grado del Derecho Público.

Por su parte, las características más destacables de las corrientes neopúblicas son:

- Se refuerza el concepto de ciudadanía para que permita la expresión activa de las opiniones. El concepto de ciudadanía pretende mediante un discurso abierto y pluralista, recrear la legitimidad política en la administración pública.

- Se deben reforzar los valores de la cosa pública en los empleados públicos y crear una cultura administrativa asociada tanto a la eficacia y a la eficiencia como a la ética en la gestión pública.

- Reconocer nuevos derechos con garantía a los ciudadanos.

- Tener como horizonte la satisfacción del ciudadano en la utilización de los servicios públicos, así como la simplificación del sistema o procedimiento y tiempo de acceso al mismo. Aprobar y organizar nuevos servicios públicos, con o sin externalizaciones.

- Actuar con principios y valores como la universalidad y la igualdad en los servicios públicos, contrapuestos a los de economicismo y gestión.

- Incrementar la calidad y el número de los servicios públicos.

- Se debe definir claramente qué ámbitos de la gestión pública pueden ser objeto de externalización (prestación de servicios públicos por organizaciones privadas con o sin ánimo de lucro) y cuáles no pueden serlo desde la perspectiva de las necesidades y derechos de los ciudadanos. En el caso de los servicios externalizados se debe garantizar la dirección, control y evaluación de las autoridades públicas desde una perspectiva económica, legal y de defensa de los ciudadanos como receptores de los servicios públicos.

Se asocia el modelo de participación ciudadana que plantea la normativa venezolana con estas dos novísimas corrientes filosóficas; en primer lugar, con la corriente neo empresarial puesto que la normativa jurídica propone una administración pública efectiva, eficiente y económica.

Y en segundo lugar el modelo de democracia participativa, protagónica y corresponsable que propone la Constitución y demás normativa legal vigente se corresponde casi sin brecha alguna con la corriente neopública.

Es preciso indicar que la corriente neoempresarial constituye la mayoría de la literatura e investigaciones, sin embargo, no ocurre lo mismo con la corriente neopública, ésta es minoritaria tanto en el mundo académico como en las bases conceptuales de las innovaciones en la gestión pública.

Teoría de la irrenunciabilidad de derechos

Sala Franco[29] sostiene: “Debe presumirse que, salvo declaración expresa en contrario, todas las normas del Derecho del Trabajo, independientemente de su fuente de producción, son imperativas y, por ende indisponibles.”

[29] SALA FRANCO, Tomás y otros. “Derecho del Trabajo”. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992. Pág. 295.

El matiz aquí enunciado es netamente proteccionista y parte del supuesto de que todos los derechos laborales deberían ser irrenunciables. Si así fuera, no habría conflicto real de normas ni hechos, en atención a que toda incertidumbre aparente, sería resuelta bajo la perspectiva literal de que en todas las circunstancias, funciona el principio de irrenunciabilidad.

Gómez Valdéz[30] señala:

" por siempre la irrenunciabilidad de los derechos laborales se ha circunscrito a todos los derechos de los trabajadores sin ninguna excepción, en el entendido de que las normas legales y dentro de las constitucionales, son solo un mínimo social indispensable pata nuestra convivencia social, y , pertenecen a las efímeras fuentes de origen estatal que, como se sabe, con suma facilidad son superadas por los contratos individuales de trabajo, convenios colectivos, y usos y costumbres, etc.; conformantes, estas últimas, de las ricas e inacabables fuentes sociales y profesionales que inspiran las contrataciones laborales. "

Una vez definidos con más propiedad los alcances de los derechos de primera generación, atribuyéndose su naturaleza a derechos humanos fundamentales, se produjo una segunda oleada de derechos que definieron con más propiedad una nueva generación de derechos: los de naturaleza económica, social y cultural, englobándose dentro de estos últimos los derechos de naturaleza laboral. Sobre este particular, es Fabián Novak[31] quien nos da una referencia más precisa en los términos siguientes:

"Estos son los denominados derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se deducen del valor igualdad. La reivindicación de estos derechos fue fruto de los movimientos sociales en la búsqueda de un Estado social de Derecho. Son llamados también derechos positivos pues, a diferencia de los derechos de primera generación, estos demandan una acción por parte del Estado que connote la garantía de este derecho a través de la satisfacción de necesidades de carácter económico, asistencial, educativo y cultural, es decir, el Estado actúa como promotor o protector de estos derechos. El derecho al

[30] GOMEZ VALDEZ, Francisco. "Derecho del Trabajo Individual" Editorial San Marcos, 2015 Pág. 71.
[31] NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Academia de la Magistratura. Primera edición, Lima, 2004. Pág. 39

trabajo, a la seguridad social, a la protección de la salud, a la cultura y a la educación, son obvios ejemplos de esta generación".

Las constituciones modernas recogen la esencia de que los derechos humanos deben propender a una mejora de la condición de la naturaleza del ser humano, diferenciando entonces una naturaleza mínima de derechos, entre los cuales se encontraba la posición de que aquello que era ganado por el trabajador, bajo una relación de trabajo en la cual entregó su fuerza de trabajo en calidad de prestación, generaba que le correspondiera un derecho al cual no podía ni debía renunciar, en condiciones determinadas. Adquiere entonces la fisonomía de esta teoría una vinculación directa a conservar y propender a mejoras continuas y cada vez mayores en el desarrollo del ser humano.

Como hemos ya referido, la Constitución del Perú del año 1993 en su artículo 26 inciso 2, recoge la teoría de la irrenunciabilidad de derechos al reconocer carácter irrenunciable a los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. El propio matiz de irrenunciabilidad le confiere entonces a este beneficio que el trabajador, aun cuando optará por renunciar a un derecho ganado frente a su empleador, no podrá hacerlo pues la Constitución y la ley se lo impiden. Se configura entonces que, aún en caso de renuncia material, devengue la misma en nula y en consecuencia no aplicable dicha renuncia respecto de ese derecho que el trabajador ha querido soslayar voluntaria o involuntariamente en perjuicio propio.

Teoría de la flexibilización laboral

Bronstein[32] desarrolla un estudio sistemático de esta teoría y afirma:

"La flexibilidad, antes que un concepto formulado en términos afirmativos es una reacción con respecto a una institución, alguna práctica del mercado de trabajo que se supone rígida. Del "Informe Dahrendorf" se desprende una definición muy utilizada por la cual la flexibilidad: "es la capacidad de los individuos en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias". Sin embargo, esta definición abarca

[32] BRONSTEIN, Arturo. La Flexibilización del Trabajo. Panorama General. En AA.VV. "La Flexibilización del Trabajo. Un Estudio Internacional", Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto, 1990. . Pág. 2

aspectos sociológicos y psicológicos de la flexibilidad, pero no tiene verdaderamente un contenido normativo (…) Se debería abordar el problema relacionando a la flexibilidad con algún principio fundamental del Derecho del Trabajo. "

Acota el mismo autor:[33]

"Sin embargo, esta definición destaca los aspectos sociológicos y psicológicos de la flexibilidad, pero no tiene verdaderamente un contenido normativo. Por lo que si se pretende definir algún concepto jurídico parece necesario ir más allá de la definición de Dahrendorf. Se debería abordar el problema relacionado a la flexibilidad con algún principio fundamental del derecho del trabajo, que se supone lleva implícito ciertos elementos de rigidez: se destacan las relaciones (oposición) que existen entre los postulados de la flexibilidad y el principio protector que anima al Derecho del Trabajo. El principio protector conlleva la inderogabilidad e irrenunciabilidad de ciertos derechos consagrados por la legislación social. En derecho del trabajo la libertad de contratar no puede ejercerse en menoscabo de ciertas normas legales mínimas, que han sido establecidas para proteger al trabajador. En cambio, los planteamientos sobre la flexibilidad nos dicen que en el Derecho del Trabajo hay demasiada protección y poca libertad. Se ha pensado demasiado en proteger al trabajador y demasiado poco en proteger la viabilidad económica de la empresa, que al fin y al cabo es su fuente de trabajo. De esa hiperprotección han nacido rigideces. Estos males se deben combatir atacando aquella reglamentación que ha creado las rigideces. En definitiva, lo que piden los planteamientos flexibilizadores es que haya más posibilidades de regulación en manos de las propias partes y menos en las del Estado, y que el Derecho del Trabajo cumpla ante todo una función de "regular" la relación laboral antes que de "proteger" al trabajador."

Enuncia luego un concepto propio y señala: "La flexibilidad laboral consiste en la posibilidad de ofrecer mecanismos jurídicos que permitan que la empresa ajuste su producción, empleo y condiciones de trabajo a las fluctuaciones rígidas y continuas del sistema económico."

[33] BRONSTEIN, Arturo. Op. cit. Pág. 2

Es propio señalar que esta teoría de la flexibilización, a partir del enfoque de Bronstein, constituye el eje de cambio de la posición de rigidez de las relaciones laborales a nivel internacional, y adquiere relevancia a partir de:

"Los grandes cambios económicos, estructurales y tecnológicos que comenzaron a darse en Europa a partir de los años sesenta. Al concluir la segunda Guerra Mundial los países de Europa Occidental entraron en una larga fase de treinta años de crecimiento económico. El tipo de economía de la época implicaba la utilización de importantes contingentes de mano de obra, razón por la que se generó una economía de plena ocupación, susceptible de favorecer las alzas en los salarios. Esta época se caracterizó por un apreciable progreso social cuantitativo (mejoras salariales) y cualitativo (normativa protectora). Estos progresos tuvieron proyecciones no solo sociales sino también políticas, ya que estos formaron parte de los atributos de lo que se consideró el arquetipo del Estado moderno de la segunda mitad del siglo XX, el "Estado providencia", "Estado benefactor" o "Estado de bienestar social". Este progreso suponía cargas financieras que los empleadores sólo podrían afrontar en un entorno de crecimiento económico sostenido. A partir de los años sesenta los cambios tecnológicos hicieron disminuir los insumos de trabajo necesarios en los procesos productivos. Muchos sectores económicos debieron hacer reestructuraciones industriales y reorganizar la fuerza de trabajo que las empresas podían mantener. La competencia internacional, que hasta entonces se daba dentro de la "economía internacional cerrada", sufrió las consecuencias de la irrupción de las nuevas potencias industriales del Pacífico, con industrias más modernas y mano de obra más barata, muy motivada y de alta calidad. La crisis de energía de los años sesenta no hizo más que agravar la situación."

Los fenómenos aludidos introdujeron en las relaciones humanas laborales, una posición de menor rigidez y consecuentemente flexibilización de los derechos laborales. En cuanto estos fenómenos ocurren, se produce un cambio en la posición de valoración de los derechos del trabajador: de haberse establecido que hay derechos ganados por parte del trabajador en toda relación laboral formal, se deriva a una posición en la cual existe un cuestionamiento a la naturaleza de esa denominación de irrenunciabilidad, para establecer una

variante de análisis más moderada de la ponderación de los derechos del trabajador.

La crisis política internacional, a raíz de los factores antedichos, cambia entonces la forma de conducir la relación de trabajo: a partir de las crisis estructurales de los años ochenta y noventa, el panorama económico se transforma sustancialmente, y lo que era un derecho laboral relativamente inamovible, se convierte en un rubro a ser discutido entre empleadores y trabajadores para definir la vigencia de dicho derecho.

Comienzan a abundar, consecuentemente, los contratos free lance, sin ningún tipo de beneficio, se comienza a aplicar programas de reducción de personal en muchas empresas, y los trabajadores, acostumbrados a la percepción de que sus puestos de trabajo eran una plaza segura, comienzan a especular con la posibilidad de que ellos pueden ser a su vez sujetos de un proceso de reestructuración inmediato o mediato. Marcada excepción siempre la constituyó, aunque la crisis significó un nivel de influencia, el trabajo de por vida japonés, según Coriat[34]. En efecto, Japón implementó un sistema especial de trabajo73, a causa de los efectos devastadores de la Segunda Guerra Mundial para su economía. No obstante ello, en la actualidad el sistema ha sufrido modificaciones flexibilizadoras, como ha ocurrido en todas las economías del mundo.

La concepción de la pertenencia y propiedad del puesto de trabajo, evoluciona a una situación de incertidumbre general y es aquí que la posición rígida de ser dueño del puesto de trabajo deviene en que resulta más conveniente perder parte de los derechos ganados y antes calificados de rígidos, inalterables y por consiguiente, irrenunciables. Es aquí que la tendencia internacional se generaliza y las relaciones de trabajo pierden, en el contexto internacional, su margen de rigidez y ello se expresa con más propiedad en el espacio geográfico latinoamericano, en el cual por excelencia las legislaciones propendían a mantener cierta base de derechos.

Las posiciones rígidas del Derecho Laboral, a tenor de lo señalado, fueron cediendo poco a poco frente a la envergadura de los fenómenos internacionales

[34] CORIAT, Benjamín. “Pensar al Revés: trabajo y organización en la empresa japonesa”. Siglo XXI Editores, 1995, 163 p.

que devinieron en elementos de variación de la posición sobre todo de políticas laborales de Estado frente a los trabajadores.

Es de esta forma que la estabilidad laboral evoluciona a una estabilidad de salida, en el concepto moderno, en la medida que se configuran causales para extinguir la relación laboral por razones que antes no se manejaban en un contexto de rigidez, siendo una clara expresión de ello que hoy en día la extinción de la relación laboral también se produzca, junto a razones de conducta del trabajador, igualmente por razones de capacidad del trabajador, en tanto que antes sólo existían causales restringidas por conducta del trabajador.

Teoría de los derechos patrimoniales y de libre disposición renunciables.

La teoría opuesta a la irrenunciabilidad de derechos, de renunciabilidad de derechos, la cual hacemos nuestra, resulta una consecuencia lógica de la teoría de la flexibilización de los derechos laborales. En efecto, observemos bien las secuencias: de la teoría de rigidez de las relaciones laborales o propiamente de un esquema de irrenunciabilidad, pasamos a una etapa contrapuesta de flexibilización de derechos laborales, significando ésta un primer paso en la desregulación de los derechos del trabajador. Como consecuencia de la flexibilización, se instituye un esquema de mayor disposición de derechos, los cuales esta teoría recoge.

La posición de libre disposición renunciable se convierte, en consecuencia, en una herramienta de aplicación de los derechos que pueden ser objeto de renuncia: vemos así que, si bien es cierto que la flexibilización de derechos laborales instituyó un esquema genérico de premisa de partida para desregular derechos del trabajador, era necesario contar con una herramienta eficaz para materializar la restricción de beneficios laborales. De esta forma, la práctica jurisprudencial peruana fue identificando la evolución de un esquema de irrenunciabilidad de derechos de modo irrestricto, a una nueva estructura que fue admitiendo que, bajo la figura de la libre disponibilidad, entonces deviniera procedente renunciar a ciertos derechos laborales.

Inclusive se fue adoptando la idea de que bastaba una simple renuncia del trabajador para que el beneficio o derecho reconocido ya no le fuera otorgado. Resulta evidente que esta última posición desnaturalizaba la renuncia, en

atención a que no se trataba de asumir un esquema de simple renuncia, sino de fijar las pautas a través de las cuales se definiera con más propiedad cuándo un derecho tenía la naturaleza de renunciable.

Teoría de derechos adquiridos y teoría de los hechos cumplidos.

Resulta necesario hacer una delimitación conceptual, cuando menos preliminar, respecto a estas dos teorías, en la medida que la irrenunciabilidad de derechos laborales, puede implicar conflictos de derechos adquiridos, como en muchos casos ha sucedido en la práctica jurisprudencial, o bien de hechos cumplidos, cuando optamos por aplicar la nueva norma, a todas las consecuencias que se generen a partir de la emisión del dispositivo.

En un estudio desarrollado por la Academia de la Magistratura se señala:

"La teoría de los derechos adquiridos garantiza que quienes adquieren un derecho al amparo de una determinada norma, la mantendrán aun cuando ésta sea derogada. En consecuencia, la norma anterior puede ser derogada por una posterior peyorativa; sin embargo, aquellos trabajadores que adquirieron determinados derechos, no pueden perderlos".

En cuanto se refiere a la teoría de los hechos cumplidos, el estudio en mención señala[35]:

"Nuestro ordenamiento, en lo que a vigencia de las normas en el tiempo respecta, recoge la "teoría de los hechos cumplidos" (…). La nueva norma regirá para las relaciones jurídicas futuras y para las pasadas en todo lo no previsto por la norma anterior."

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado al respecto y ha señalado[36]:

"71. En primer lugar es necesario enfatizar que el demandante parte de la proposición errónea de considerar que nuestro ordenamiento jurídico se rige bajo la teoría de los derechos adquiridos, cuando nuestra propia Carta Magna en su artículo 103º dispone que "(…) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene

[35] Academia de la Magistratura. Op. cit. Pág. 16.
[36] STC 00025-2007-PI/TC. Caso Ley del Profesorado.

fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (…)".

La conclusión a la que podemos arribar es ciertamente objetiva: No se puede alegar derechos adquiridos como base o sustento de la irrenunciabilidad de derechos laborales y ello ya constituye doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional. Es a la luz de la teoría de los hechos cumplidos que deberá advertirse la definición de aplicabilidad de un derecho laboral, salvo las excepciones señaladas por el supremo intérprete de nuestra Lex Legum.

2.7. Reconocimiento del ordenamiento jurídico laboral con relación a los principios jurídicos

Una primera cuestión que debe ser despejada antes de cualquier análisis teórico general y de proponer alguna conceptualización, es discernir si en nuestro ordenamiento jurídico laboral se ha reconocido la existencia de un tipo de ente o estructura normativa denominada ya sea expresamente por sus enunciados positivos o por los operadores del derecho a través de la interpretación, con el término principios, porque, de ser reconocidos en el ordenamiento, no se hace necesario fundamentar su existencia y/o validez, sino solo explicar su naturaleza y función.[37]

[37] La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es muy útil para determinar qué parte de la sentencia contiene el precedente "esto es, la regla de origen judicial que por haberse dejado de aplicar en un caso análogo permite anular una decisión posterior", v. ROMERO SEGUEL, Alejandro. "La discriminación judicial como nuevo error *decisorio litis* en el proceso chileno". En: Revista Chilena de Derecho 38 (2º): 342, 2011. Estamos ciertos que no es pacífico en el derecho comparado, el sentido jurídico de estas categorías, sobre todo en la teoría angloamericana de la *ratio decidendi*, que, como es sabido, posee una larga tradición en la materia por la naturaleza de su sistema jurídico, v. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. "El derecho de los jueces". Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2ª edic., 2006, pp. 231-243. En el *common law*, que es donde su uso está más extendido, el contenido del fallo que sienta el precedente se denomina, en el caso de los ingleses, *ratio decidendi,* y en el caso de los estadounidenses, también *holding*. Tanto ingleses como estadounidenses contraponen los respectivos conceptos con el *obiter dictum* del caso, que carece de la mentada fuerza vinculante, v. LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. "Naturaleza y dimensiones del *Stare Decisis*". En: Revista Chilena de Derecho 3 (1º): 119, 2006. Asimismo en: BLACK'S LAW DICTIONARY. MN, THOMSON/WEST, Eight Edition, 2nd reprint, Bryan A. Garner editor in chief, 2007, pp. 749, 1102 y 1290. Sobre la base de lo anterior, aclaramos que en esta tesis entenderemos por *ratio decidendi*, la razón o conjunto de razones jurídicas que son la base o fundamento de la decisión del caso judicial. A su vez, la categoría *obiter dicta* (plural) la utilizaremos para referirnos a las razones o conjunto de razones que, sin ser el fundamento de la decisión, sin embargo pueden contribuir a la persuasión. Finalmente el término *lex decisoria litis* será utilizado también en su acepción más comúnmente aceptada en

El término reconocimiento lo utilizaremos para referir una situación muy objetiva y comprobable dogmáticamente, a saber: la identificación de un ente y/o estructura normativa como parte de un ordenamiento jurídico porque: a) consta expresa o implícitamente en los enunciados normativos positivos de aquel; b) se les menciona en la jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya sea a título de obiter dicta, ratio decidendi o, incluso, como lex decisoria Litis, y c) la doctrina los considera pertenecientes a dicho orden, independientemente del lugar que les asigne en el sistema de las fuentes del derecho o en el discurso de aplicación.

Por consiguiente, antes de intentar una definición operacional de principio jurídico, y como paso previo, nos abocaremos a discernir si en nuestro ordenamiento jurídico laboral es reconocido un ente denominado principio jurídico.

Para cumplir con este fin, y siguiendo nuestro criterio de reconocimiento dogmático, revisaremos la ley, la jurisprudencia y la doctrina, a partir de la distinción principio expreso y principio implícito.

2.7.1. Principios expresos y principios implícitos

Una distinción de principios que goza de merecido prestigio en la teoría del Derecho, será el instrumento analítico que utilizaremos en esta sección orientada a la búsqueda de los principios en el ordenamiento jurídico laboral chileno. Nos referimos a la que distingue entre principios explícitos y principios implícitos, según si están expresamente formulados en los enunciados normativos positivos del ordenamiento jurídico o se extraigan (infieran) de estos, respectivamente[38].

---

el derecho, esto es, como la norma jurídica sustantiva (en oposición a la *ordenatoria litis*) que decide el caso judicial.

[38] . SQUELLA NARDUCCI, Agustín. “Introducción al Derecho”, *op. cit.,* pp. 394-396; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Barcelona. Ediciones Ariel,

2ª edic., 4ª reimp., 2007, p. 27. Otra perspectiva de la distinción en LARENZ, quien por principios expresos parece entender principios en forma de norma jurídica, según puede interpretarse del siguiente pasaje: “Si bien los principios jurídicos, por regla general, tienen también el carácter de ideas directivas, de las que no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones para un caso particular, sino solo en virtud de su concretización en la ley o por la jurisprudencia de los tribunales, existen también principios que, condensados en una regla inmediatamente aplicable, no solo son *ratio legis*, sino que ellos mismos *lex*”, v. LARENZ, Karl.

"Considerando 3º) Que esta Corte Suprema entiende que la modificación legislativa contenida en la Ley Nº 19.374, que entre otras disposiciones afectó las que reglamentan el recurso de casación en el fondo, específicamente el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, incorporando el concepto de error de derecho, en reemplazo de infracción de ley, no obstante que mantiene esta última terminología en los artículos 767 y 785 del citado cuerpo legal, amplió la causal del recurso de casación en el fondo en resguardo de todos los preceptos de carácter legal, entre los cuales deben incluirse los principios generales de la legislación, que se desprenden de la misma ley, ya por mención expresa, como en el caso del inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo, como aquellos que emanan del conjunto de sus normas, todos los cuales tienen por objeto dar mayor estabilidad y certidumbre a las relaciones particulares"[39] (el subrayado es nuestro).

De la simple lectura del considerando citado (y sin mediación alguna), se advierte que el fallo se refiere directamente a los principios explícitos o expresos, cuando dice que son aquellos "que se desprenden de la ley por mención expresa" y a los implícitos, cuando los identifica como "los que emanan del conjunto de sus normas".

"Metodología de la Ciencia del Derecho". Barcelona, Ediciones Ariel Derecho, 1ª edic., 2009, p. 471. WROBLEWSKI, a su turno, habla de principio de derecho positivo, para referirse a la norma explícitamente formulada en el texto jurídico "es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones", y de principio implícito para referir la idea de una regla que es considerada premisa o consecuencia de normas, v. WROBLEWSKI, Jersy. "Sentido y hecho en el Derecho". San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, pp. 153-154. Para GUASTINI, "son principios expresos aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener (como cualquier otra norma) mediante la interpretación" y son "principios implícitos, por el contrario, aquellos que están privados de disposiciones, es decir, que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o construidos por los intérpretes", v. GUASTINI, Ricardo. "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho". Barcelona, Editorial Gedisa, traducción Jordi Ferrer i Beltrán, 1999, pp. 155-156

[39] CORTE SUPREMA, CFO, Reckitt & Colman Chile S.A., 25 de septiembre de 1997, en: RDJ, tomo XCIV, septiembre/diciembre, Nº 3, segunda parte, sección tercera, 1997, p. 149.

Pero al amparo de la distinción examinada, el fallo proyecta una trascendencia de aún más profundas e interesantes consecuencias jurídicas laborales.

La Corte Suprema estimó que los magistrados de la instancia habían incurrido en un error de derecho por haber infringido el principio general de la legislación laboral de la realidad; infracción que había influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual, entonces, procedía anular la sentencia.

Tratándose de un fallo dictado en sede de casación en el fondo, no puede sino concluirse que esta resolución reconoce y/o identifica a los principios como normas jurídicas positivas (por estar dentro de la ley), consolidando una comprensión jurisprudencial de estos, ya no como el de ser simples directrices, orientaciones legislativas, espíritu general de la legislación, método de interpretación o integración de las leyes, sino como norma jurídica completa y principal; pues de lo contrario las infracciones a ellos no podrían prosperar como causales de casación en el fondo, ya que este recurso, como sabemos, siendo de derecho estricto procede contra las sentencias definitivas inapelables y contra las interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por tribunales arbitrales de segunda instancia, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción de ley haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, debiendo el recurrente “señalar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida”.

Más adelante volveremos sobre esta sentencia, y la trayectoria de sus paradigmáticas implicancias jurídicas. Ahora prosigamos con el desarrollo de la distinción principios expresos y principios implícitos que, como demostramos, ha sido recogida por la jurisprudencia de la CS.

2.7.2. Reconocimiento de los principios jurídicos laborales

El reconocimiento de los principios en el dominio de los enunciados normativos legales puede ser expreso o implícito. A continuación nos referiremos solo a los casos de reconocimiento legal expreso. Los casos de reconocimiento

implícito, que son los que se distinguen por la jurisprudencia y la doctrina, los trataremos separadamente.

Reconocimientos de los principios jurídicos expresos

Hasta donde pudimos advertir, el término principio se emplea solo en tres artículos del Código del Trabajo: inciso tercero del artículo 2º; artículos 425 y 459 Nº 5. En las leyes complementarias del CT[40], el término principio no aparece registrado, razón por la cual es posible sostener, mientras no se pruebe lo contrario, que los únicos casos de principios expresos en el ordenamiento jurídico laboral chileno son los precedentemente identificados.

Por las distintas funciones normativas que dichos principios expresos prestan al ordenamiento jurídico laboral, es posible distinguirlos del siguiente modo: 1) metaprincipio expreso, 2) principios laborales expresos de apertura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral, y 3) principios laborales expresos propiamente tales.

El metaprincipio expreso del norma laboral vigente constituye un caso especial de principio expreso en materia laboral. Se trata técnicamente de un metaprincipio expreso laboral, por cuanto dice: "Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación".

Es un metaprincipio laboral expreso, porque no refiriéndose la aludida disposición legal a un principio jurídico laboral en particular, sin embargo hace un explícito reconocimiento a que las leyes laborales se fundan en principios. Vale decir, establece el supuesto ontológico jurídico de que las leyes laborales descansan en ciertos principios, ya que el enunciado jurídico en análisis textualmente afirma tal orden de cosas, por la vía de prescribir que

---

[40] Entendemos por ley complementaria aquella que "sirve para complementar o perfeccionar" el Código del Trabajo; esto es, para hacerlo más íntegro o completo, pues en eso consiste la acción de complementar, v. R.A.E., "Diccionario de la Lengua Española". Madrid, 21ª edic., 1992, p. 523. Este criterio interpretativo fue recogido por la I.C.A. de Santiago en fallo de apelación del día 7 de septiembre de 1988, v. RDJ, LXXXV, Sección III, septiembre/diciembre, 1988, Nº 3, pp. 222-229. A su vez, la Excma. Corte Suprema, en causa Rol Nº 8.322, 29 de diciembre de 1988, sede de queja, analizando si la Ley Nº 15.840 era complementaria del Código del Trabajo, *a contrario sensu*, amplió nuestra comprensión de este tipo de leyes al decir –sobre la Ley Nº 15.840– que "esta ley que reúne marcadas características de especialidad, desde que afecta solo a un sector determinado de trabajadores, y que, además, cumplan con requisitos precisos, sin que en parte alguna se refiera a la aplicación de reglas laborales, no pudiéndose, por lo mismo, atribuirle condición de ley complementaria del Código del Trabajo", v. RDJ, LXXXV, Sección III, septiembre/diciembre, 1988, Nº 3, p. 195. De lo anterior podría colegirse que ley complementaria del Código del Trabajo es una ley orientada a regular situaciones para la generalidad de los trabajadores, tornando el referido Código más íntegro y completo

“son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”.

Es, por tanto, un principio de principios. Un principio que implica la existencia de principios. La tarea dogmática que sugiere dicha norma, por consiguiente, consistirá en explicitar los principios implícitos, esto es, en formular racionalmente los principios en que se fundan las leyes laborales.

Principios laborales expresos de apertura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral

La Ley Laboral de extraordinaria importancia, ya que básicamente formula el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, cuando dice que “la sentencia definitiva deberá contener: 5. Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Perú y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en el que el fallo se funde”.

Principios laborales expresos propiamente tales

Principios formalmente establecidos y manifestados de manera positiva en las secuencias lingüísticas de los enunciados normativos primarán en los procedimientos del trabajo, a saber: principio de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad. Son principios de derecho procesal laboral que, por realizarse plenamente en el ordenamiento jurídico laboral en función de los fines protectivos que se buscan en dicho sistema, los consideraremos también pertenecientes a él y, por consiguiente, susceptibles de ser tratados como principios jurídicos laborales.

Conclusiones sobre el reconocimiento legal de los principios jurídicos laborales

De las disposiciones legales citadas se advierte que los principios jurídicos se encuentran expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral, toda vez que los enunciados normativos que lo componen, los mencionan e incorporan de diversas formas a las regulaciones del ordenamiento.

Especial mención merece el inciso tercero del artículo 26 de la Constitución Política que, como señalamos, constituye un metaprincipio expreso laboral, por cuanto dice: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Este enunciado normativo expresamente afirma la existencia de principios jurídicos en las leyes laborales.

2.7.3. Principios implícitos

Puesto que los principios implícitos no se encuentran expresamente formulados, es que resulta necesario extraerlos de los enunciados normativos que componen el ordenamiento jurídico[56], mediante un proceso de inferencia argumentativa. Esta reconstrucción es realizada por la jurisprudencia y la dogmática jurídica.

En esta subsección, nos referiremos a los principios jurídicos laborales implícitos reconocidos por la jurisprudencia, preferentemente de la CS, y por la dogmática jurídica laboral o doctrina *iuslaboralista*.

Principios jurídicos laborales implícitos reconocidos por la jurisprudencia el TC

Desde 1990 la TC comienza a identificar en el ordenamiento jurídico laboral, de manera cada vez más nítida y compleja, principios jurídicos laborales. Con anterioridad, había realizado una importante tarea de fijación de las bases conceptuales para su posterior sistematización, pero no había alcanzado a formularlos de manera más compleja o sistemática. No existen estudios científicos en la doctrina chilena que expliquen las razones por las cuales la jurisprudencia de la TC haya comenzado recién a realizar en el último cuarto del siglo XX un reconocimiento más sistemático de los principios jurídicos laborales. Escapando al objeto de esta tesis hacerse cargo de tal explicación científica, sin embargo es posible establecer la conjetura que tal asunto podría ser explicado, en parte, por el escaso interés científico que la teoría de los principios ha despertado desde siempre en la doctrina *iuslaboralista* chilena, cuestión que ha ralentizado su recepción por la jurisprudencia. Y además, porque la teoría de los principios jurídicos recobra vigor y relevancia en la teoría del derecho, a fines de los años sesenta del siglo XX, como tendremos la oportunidad de reseñarlo más adelante.

Teniendo presente lo anterior y sin un afán clasificatorio exhaustivo, sino solo funcional a los fines narrativos y metodológicos de la tesis, dividiremos el análisis jurisprudencial en dos períodos de tiempo, a saber: 1903-1980 y 1980-2010.

La justificación de la periodización es muy simple: en 1903 nace la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (RDJ), testigo privilegiado de nuestra evolución jurisprudencial, que, sin perjuicio de otras fuentes, nos ha servido de guía principal. Es, pues, desde el año 1903 que la jurisprudencia de la TC puede ser pesquisada en forma ordenada y sistemática, unido lo anterior a la circunstancia de que las primeras leyes sociales y laborales datan precisamente de esa época. A su vez, hemos fijado el término del primer período en 1980, porque, a partir de esa época, y como ya adelantáramos, la jurisprudencia de la TC comienza a formular los principios laborales con cierto detalle y a consolidar una visión compleja de estos, lo cual configura un importante elemento distintivo y diferenciador, en relación al período anterior.

2.8. Teoría de los principios

Uno de los temas más debatidos en la Teoría del Derecho de las últimas décadas es, sin duda, el de los principios jurídicos[41]. Producto de estos debates se han formulado en las últimas décadas importantes esfuerzos críticos, destacando entre otros aportes y sin la pretención de mostrar un listado exhaustivo, los de Atienza y Ruiz Manero, Carrió, Guastini, García Figueroa, Prieto Sanchís, Moreso, Peczenick, Wroblewski y, por supuesto, Robert Alexy, jurista al cual le dedicaremos especial atención cuando adoptemos nuestra perspectiva teórica explicativa de los principios.

[41] Los principios, como dicen Atienza y Ruiz Manero, son viejos conocidos de los juristas. La noción de ellos es posible de remontar hasta el derecho romano, en la figura de las *regulae iuris*. Nosotros hemos descartado hacer una reconstrucción histórica de la noción principio jurídico. Con todo, valga hacer presente que con anterioridad a la embestida de Dworkin contra Hart, en el curso del siglo XX ya Norberto Bobbio, Joseph Esser ("Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho", Barcelona, Bosh, traducción Ediardo Valentí Fiol, 1961), Giorgio del Vecchio ("Los principios generales del Derecho", Barcelona, Bosh, traducción y apéndice de Juan Osorio Morales, 1979), Federico de Castro y Bravo ("Los principios generales del Derecho", en: "Derecho Civil de España", capítulo IV, Madrid, Civitas, pp. 405-438, 1984) y Eduardo García de Enterría ("Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en: Revista de Administración Pública, Nº 40, 1963. Y más recientemente: "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho". Madrid. Civitas, 1984) habían dedicado notables reflexiones al tema de los principios

Como ha sido recordado muchas veces, el debate contemporáneo sobre los principios jurídicos se inicia en 1967 con la publicación de Ronald Dworkin de su famoso ensayo "*The model of ruler*", escrito con el cual emprende su cruzada en contra del positivismo jurídico encarnado "en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. Hart (…) debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart".

En síntesis, la discusión teórica ha girado en torno al poder normativo de estos y a su rol en el razonamiento práctico jurídico, cuestión que ha implicado preguntarse por la estructura, función y fines de los principios en el ordenamiento jurídico, provocando, en definitiva, una reflexión general sobre el concepto de Derecho, imposible de abordar en esta tesis.

Para los fines de esta investigación no resulta necesario revisar la discusión sobre las diversas conceptualizaciones que, sobre los principios, se han realizado. Sí, en cambio, resulta paso necesario, el justificar qué teoría permite explicar mejor la comprensión de los principios en el ordenamiento jurídico laboral chileno, cuestión que no implica tener que revisar todas las presentaciones que sobre principios se han venido formulando.

Pues bien, hasta el momento hemos justificado que para la jurisprudencia de la TC, conceptualmente los principios jurídicos laborales son normas jurídicas que contienen el mandato de concretizar o aplicar los fines de la legislación laboral en sus diversas manifestaciones. Su concepción es compleja, porque concibe el ordenamiento jurídico laboral compuesto no por uno, sino que por varios principios, explicados taxonómicamente, en parte, con los aportes del *iuslaboralista* uruguayo Américo Plá Rodríguez. Sin embargo, dado que para nuestra jurisprudencia los principios son norma jurídica y fuente principal del Derecho del Trabajo, su concepción toma distancia de la de Plá Rodríguez, pues, como es sabido, este autor no los concibe como fuente formal o norma jurídica principal.

Un aspecto importante de nuestra tesis sostiene que la conceptualización jurisprudencial de los principios expuesta puede ser explicada correctamente

y enriquecida, mejorando con ello su aplicación y aportando niveles cada vez mayores de seguridad al ordenamiento, con la teoría de los principios de Robert Alexy, a la fecha, una de las teorías más sofisticadas y completas sobre la materia.

A continuación justificaremos estas ideas y como resultado de este proceso, y siempre privilegiando el enfoque dogmático postularemos un concepto abstracto de principio jurídico laboral, herramienta teórica esencial para poder distinguir el principio jurídico laboral de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

2.8.1. Teoría de los principios jurídicos de Robert Alexy

Robert Alexy desarrolla su conceptualización sobre reglas y principios como pilar argumentativo decisivo de su teoría de los derechos fundamentales que, siendo una teoría jurídica general, se enmarca sin embargo en un contexto práctico, que es el de la aplicación de la Ley

Fundamental de Alemania, en especial por medio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que es identificada, sistematizada y explicada desde un punto de vista dogmático, contribuyendo a su comprensión.

La circunstancia que la conceptualización de reglas y principios de Alexy haya sido elaborada en el contexto de una teoría de los derechos fundamentales, no implica que esta no pueda ser utilizada para explicar la naturaleza de las reglas y principios en otras zonas del ordenamiento jurídico, toda vez que los derechos fundamentales son normas jurídicas y, en tal sentido, comparten las características más generales de toda clase de normas jurídicas. La teoría de las normas jurídicas en la cual se sostiene la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, es, pues, una teoría general. Por esta razón no existe impedimento lógico jurídico para aplicarla en la explicación de las normas jurídicas pertenecientes a otros sectores del ordenamiento jurídico.

2.8.2. Concepto y concepción de norma jurídica

El punto de partida de Alexy lo constituye el concepto semántico de norma que permite distinguir entre norma y enunciado normativo. Así, por ejemplo, el enunciado normativo “ningún alemán puede ser extraditado al extranjero”,

expresa la norma según la cual está prohibida la extradición de alemanes al extranjero. “Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo”.

En efecto, la circunstancia que una misma norma pueda ser expresada por medio de diferentes enunciados normativos, justifica la distinción entre norma y enunciado normativo. Por otra parte, también debe tenerse presente que hay normas que pueden ser expresadas sin recurrir a enunciados normativos, por ejemplo, por medio de señales. Esto prueba que el concepto de norma es un concepto primario, en relación con el de enunciado normativo. “Por ello, no es aconsejable buscar los criterios de identificación de las normas en el nivel del enunciado normativo, sino en el de la norma. Un criterio semejante puede formularse con la ayuda de las modalidades deónticas (…) básicas del mandato, la prohibición y el permiso”.

El concepto semántico de norma resulta muy adecuado para una teoría dogmática de los principios. En efecto, dado que una característica de los principios es su amorfismo, la indeterminación de los supuestos fácticos que condicionan su aplicación, o la desformalización (si los comparamos con las reglas), parece más razonable entonces buscar su sentido normativo o formulación, en el significado del conjunto de enunciados normativos desde los cuales se pueden inferir, y no circunscribir su fisonomía o estructura en un enunciado normativo en particular. Visto el asunto desde una perspectiva lingüística elemental, la teoría semántica de la norma concentra su atención en los significados, más que en los significantes.

2.8.3. Reglas y principios

Tanto reglas y principios son normas porque establecen lo que es debido, pudiendo ser formulados mediante los operadores deónticos básicos del mandato, el permiso y la prohibición[180]. Los principios, al igual que las reglas, dice Alexy, “son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas”.

Existen numerosos criterios para distinguir entre reglas y principios. Después de revisar críticamente los diversos criterios que se han propuesto para establecer la distinción, Alexy llega a la conclusión de que “el punto decisivo

para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino que también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestas".

En cambio, puntualiza Alexy, "las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio".

Perfilando los contornos jurídicos de la distinción, se puede entonces afirmar que los principios no contienen mandatos definitivos sino solo *prima facie*, ya que estos presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Otra importante característica que se desprende es que los principios no determinan cómo ha de resolverse la relación entre una razón y las que se le oponen. "Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas". Ya veremos luego que esta particular forma de ser de los principios, determina la forma de resolución de sus colisiones que, a su vez, los configura y delimita en el caso concreto.

Las reglas, según comúnmente se observa, poseen una estructura condicional consistente en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Si el supuesto de hecho se da, el Juez debe aplicar la regla en forma completa. Al respecto, fundamenta Alexy que "las reglas exigen que se hagan exactamente lo que en ellas se ordena, pues contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si este no es el caso, entonces lo que establece la regla tiene validez definitiva".

Los principios, pues, son siempre razones prima facie y las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son mandatos definitivos. Las excepciones al carácter definitivo de las reglas pueden estar establecidas por otras reglas o por principios.

Todo esto lleva a Alexy a postular que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado, o no puramente lógica, como postula Dworkin.

2.8.4. Conflictos de reglas y colisión de principios

Los conflictos entre reglas solo pueden solucionarse, afirma Alexy, "mediante la introducción en una de ellas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida" por criterios de jerarquía, posterioridad o especialidad[190]. Lo relevante, en todo caso, para dirimir el conflicto, es que este siempre se plantea en el plano de la validez, es decir, el criterio para resolver el conflicto es cuál de las dos reglas tiene vigencia y/o validez. Determinada la norma vigente, y habiéndose cumplido la condición fáctica que prevé, debe entonces aplicarse mediante la correspondiente subsunción.

Con los principios no ocurre lo mismo. Las colisiones entre ellos no se resuelven mediante la declaración de invalidez de uno de los principios o mediante la introducción de una cláusula de excepción en uno de ellos. En casos de colisión de principios, uno de ellos debe ceder ante el otro, uno de ellos precede al otro y prima, porque solo en el caso específico tiene más peso. El procedimiento a través del cual se determina la precedencia entre los principios se llama ponderación.

La ponderación, como su nombre lo sugiere, consistirá en sopesar, considerar y poner en la balanza los diversos argumentos que permiten racionalmente preterir un principio en función de otro. La ponderación entrega como resultado normativo una regla que establece la relación de precedencia. Por esta razón, la ponderación no elimina absolutamente la subsunción, puesto "que contribuye a crear la regla o premisa mayor que la hace posible".

En síntesis, "los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios –como quiera que solo pueden

entrar en colisión principios válidos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso".

Ponderación y principio de proporcionalidad

Hemos visto que para Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de su espectro de posibilidades jurídicas y fácticas.

La colisión de principios se resuelve mediante una ponderación destinada a establecer una relación de precedencia condicionada entre aquellos. La ponderación deriva del principio de proporcionalidad que se compone de tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los subprincipios de necesidad y de idoneidad derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas.

La idea es la siguiente: si de lo que trata es determinar la medida permitida de no satisfacción o afectación de uno de los principios en base al grado de importancia de la satisfacción del otro, entonces la máxima de la ponderación requiere fijar "la idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad".

Vale decir, si la medida no es adecuada o idónea para realizar los efectos prescritos en el principio, quiere decir que a este último le es indiferente la adopción de la medida en algún sentido. Pero dado que sí afecta, en cambio, la realización de otro principio entonces sí es posible comenzar el proceso de elaboración de una precedencia condicionada.

Puntualiza Alexy que la idoneidad es otra forma de expresar la idea de óptimo de Pareto, en el sentido de que "puede mejorarse una posición, sin que otra empeore". La idoneidad, pues, no pretende navegar hacia un punto máximo, sino más bien busca determinar un estatus negativo tendiente a establecer qué medios no son idóneos.

Pero la intervención o la medida ha de ser también necesaria, esto es, frente a dos medios idóneos, debe estarse al más benigno o el que menos daño cause al otro principio. En el caso de la necesidad, también se expresa la idea

del óptimo de Pareto, pues la introducción de un medio más benigno e igualmente idóneo no tiene costos para el otro. Entonces bien, y relacionando, tenemos que así como la idoneidad “valora la medida en relación con el fin perseguido, el juicio de necesidad lo hace en relación con el principio sacrificado”.

Recapitulando tenemos que, puesto que son mandatos de optimización, los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como jurídicas. Como se indicó, los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan la optimización fáctica. En ellos la ponderación no juega un rol, y solo se trata de evitar ciertas intervenciones en los derechos, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto.

Pues bien, será tratándose del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que es el campo de la optimización jurídica, donde tendrá lugar la ponderación propiamente tal.

La determinación de la optimización que los principios persiguen, en el ámbito de las posibilidades jurídicas de realización, se constituye o conforma por los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario. El subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto expresa, por tanto, el criterio que debe operar para establecer la optimización jurídica en la confrontación de los principios en la lucha por prevalecer en la normación de un caso.

La ponderación, en clave de principio de proporcionalidad en sentido estricto, como acto de establecimiento de la precedencia de un principio por sobre otro, distingue tres elementos: ley de ponderación, fórmula del peso y cargas de argumentación.

Ley de la ponderación

Alexy presenta esta Ley, en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfaccion del otro. De esta manera se

expresa que la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consiste en nada diferente a la ponderación".

La Ley de la Ponderación, explica Alexy, muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos: "En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en el tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro".

Como se advierte los dos primeros pasos de la ponderación consisten en establecer la importancia de los principios en colisión. Por consiguiente se trata de pasos análogos. Para determinar la importancia de los principios en colisión Alexy propone una escala triádica de intensidad, a saber: leve, moderada y grave.

El tercer paso guarda relación con el peso abstracto de los principios, que puede estar determinado por la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos o en función de los valores sociales positivos que contienen. Así, y por ejemplo, "puede sostenerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo".

Pero llevada la ponderación al terreno de los casos judiciales concretos, con las particularidades y contingencias empíricas que los configuran, basado en que las apreciaciones relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza, el peso abstracto operará como una variable no definitiva. Existe, pues, una tercera variable, S, "que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto"[42].

---

[42] BERNAL PULIDO, Carlos. "La racionalidad de la ponderación", en: CARBONELL, Miguel (coordinador). "El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica". Santiago, Librotecnia/CECOCH/UNAM, 2010, p. 68

La concretización del peso abstracto de los principios en la ponderación, Alexy la obtiene mediante la fórmula del peso.

La fórmula del peso

La estructura de la fórmula del peso tiene la siguiente estructura:

En donde IPiC simboliza el grado de no satisfacción o afectación del primer principio en el caso concreto; GPiA el peso abstracto del primer principio; SPiC la seguridad de las apreciaciones empíricas del primer principio concernientes a su importancia; WPjC la importancia en la satisfacción del segundo principio en el caso concreto; GPjA el peso abstracto del segundo principio y SPjC la seguridad de las apreciaciones empíricas del segundo principio concernientes a su importancia.

“Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi es relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia”.

Explica Bernal Pulido que Alexy sostiene que es posible atribuir en forma metafórica un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios mediante una escala triádica, del siguiente modo: leve (1), medio (2) y grave (4). “Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el peso concreto del principio Pi en relación el principio Pj en el caso concreto”.

En caso de que la aplicación de la fórmula del peso establezca un empate entre principios, la ponderación debe ser resuelta mediante las cargas de argumentación.

Cargas de argumentación

Según Bernal Pulido al respecto es posible encontrar dos versiones en Alexy sobre este punto. La primera, en el capítulo final de la Teoría de los derechos fundamentales, y la segunda, en el Epílogo a esta obra, escrito quince años después.

En la Teoría de los derechos fundamentales, Alexy se inclina por una fundamentación de la carga de la argumentación en pro de la libertad e igualdad jurídica. El principio *in dubio pro libertate* expresaría la carga de esta argumentación. La idea es que, en el debate, los principios de igualdad y libertad solo pueden ser preteridos por otros principios en la medida que existan argumentos o razones más fuertes. Los empates, por tanto, "deben favorecer a la libertad y la igualdad jurídica".

En el Epílogo a la "Teoría de los derechos fundamentales", Alexy defiende la idea que, en caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la igualdad y la libertad pueden ser preteridas por una argumentación en pro de la democracia.

2.9. Aplicabilidad del concepto de principios de Alexy a la comprensión de los principios jurídicos laborales reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral a través de su jurisprudencia

Hasta ahora hemos justificado que los principios jurídicos laborales se encuentran plenamente reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral ya que: a) constan expresa o implícitamente en los enunciados normativos de aquél, b) se les menciona en la jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya sea a título de *obiter dicta, ratio decidendi* o norma *decisoria litis*, y c) la doctrina los considera pertenecientes a dicho orden en algún nivel del sistemas de fuentes (formales o materiales).

Enfocaremos nuestra atención en el reconocimiento jurisprudencial y asumiremos dogmáticamente que la concepción jurisprudencial de los principios jurídicos laborales, manifiesta la comprensión que ha de tenerse por obligatoria sobre el sentido jurídico de los referidos entes normativos. Si lo que se pretende es justificar la existencia o validez del principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno vigente, lo correcto y razonable, por tanto, será conceptualizarlo a partir de la comprensión que haya de tenerse por obligatoria, y que, ciertamente, es la que realizan los tribunales establecidos por la Constitución y las leyes, en particular la TC.

En este orden de cosas, somos de la opinión que la concepción de principios de Alexy justificadamente puede ser circunscrita a las posibilidades de comprensión de los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral a través de su jurisprudencia.

Por ningún motivo afirmamos que dicha teoría, de manera completa y detallada pueda ser aplicada a la comprensión de los principios jurídicos laborales reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral chileno. Nuestra afirmación es más modesta y acotada en función de los fines prácticos de esta tesis. Estimamos que, en términos generales, la concepción de los principios como mandatos de optimización, por una parte, y la ponderación como mecanismo de aplicación de los mismos encaminada a establecer una relación de precedencia condicionada entre estos constituyen un modelo teórico razonable para la comprensión de los principios jurídicos laborales en el ordenamiento jurídico laboral.

Para demostrar esto utilizaremos un método o test de compatibilidad que consistirá en comparar ciertos aspectos de la teoría de los principios de Alexy, con el concepto y concepción que puede inferirse del repertorio de fallos presentado en este capítulo. El grado de compatibilidad o, si se prefiere, de comprensión que puede hacerse de la jurisprudencia laboral chilena con el instrumental conceptual de la teoría de los principios, se establecerá mediante el levantamiento de notas distintivas principales.

Finalmente, definiremos un concepto y una concepción de principios jurídicos laborales que nos permitirá, en el decurso de la tesis, ir distinguiendo el principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral.

2.9.1. Test de compatibilidad

Utilizaremos tres notas distintivas decisivas, a saber: 1) comprensión de los principios como norma jurídica; 2) comprensión de los principios como mandatos de optimización, y 3) utilización de la ponderación como procedimiento de resolución de la colisión de principios.

Comprensión de los principios laborales como normas jurídicas

Enunciado normativo es una secuencia o cadena de expresiones lingüísticas-gramaticales que buscan establecer lo que debe ser. En esta tesis hemos adoptado el concepto semántico de norma, según el cual norma es el significado de un enunciado normativo. Dado que en el modelo semántico de norma, el criterio de distinción se pone en el nivel de la norma (esto es, del sentido jurídico), y no del enunciado normativo, es que resulta muy adecuado para resolver una hipótesis de dogmática jurídica como la nuestra, orientada a la comprobación de la existencia de un nuevo principio jurídico en el ordenamiento jurídico laboral que, sistemáticamente, se obtiene mediante una inducción jurídica del sentido de un conjunto finito de enunciados normativos (derecho positivo del trabajo).

Un principio es norma jurídica porque establece lo que es debido y puede ser formulado con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición. Un principio jurídico laboral es una norma jurídica, ergo, porque establece lo que es debido en el ámbito laboral. No son solo simples orientaciones, ideas informadoras, fuentes supletorias o razones inspiradoras del sistema, como mayoritariamente ha postulado la doctrina *iuslaboralista* nacional, sino que son propiamente estructuras con poder normativo directo para disciplinar de manera principal, y no supletoriamente, el comportamiento de los sujetos de derecho.

Esta comprensión general de los principios que se predica de la teoría de Alexy, también está presente en el repertorio jurisprudencial, ya que se ha mostrado que estos son frecuentemente utilizados como razones suficientes para decidir casos en sede de queja y de casación en el fondo, en donde la *ratio decidendi* o bien, la norma *decisoria litis* que invoca el Tribunal es un principio laboral implícito porque es inferido de ciertas secuencias de enunciados normativos laborales positivos.

Para que los principios cumplan tan importante rol en el discurso de aplicación jurisdiccional, han de tener el estatus de norma jurídica, de otra forma la infracción a ellos no podría tener la fuerza para anular o revocar un fallo en sede de queja o casación en el fondo.

Especialmente tratándose de un fallo dictado en sede de casación en el fondo, no puede sino concluirse que esta clase de resoluciones identifica a los principios como normas jurídicas positivas (por estar dentro de la ley), consolidando una comprensión jurisprudencial de estos, ya no como el de ser simples directrices, orientaciones legislativas, espíritu general de la legislación, método de interpretación o integración de las leyes, sino como normas jurídicas principales y completas; pues de lo contrario las infracciones a ellos no podrían prosperar como causales de casación en el fondo, ya que este recurso, siendo de derecho estricto, como sabemos, procede contra las sentencias definitivas inapelables y contras las interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por tribunales arbitrales de segunda instancia, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción de ley haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, debiendo el recurrente "señalar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida"

Por estas razones, la comprensión de los principios laborales como normas jurídicas resulta justificada.

2.9.2. Comprensión de los principios como mandatos de optimización

En la concepción de Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por esta singular cualidad, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino que también de las jurídicas. El ámbito de optimización de las posibilidades fácticas se determina con el concurso de baremos asociados a juicios de idoneidad y necesidad. A su turno, el ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestas.

A nuestro juicio la concepción de los principios como mandatos de optimización también es una nota distintiva de nuestra jurisprudencia porque, en efecto, cuando se utilizan en el discurso de aplicación jurisdiccional, la carga de la argumentación que los hace primar sobre reglas o principios en colisión, es el mandato (deber ser) realizar en la mayor medida de lo posible

ciertos fines presentes en el ordenamiento jurídico laboral. Por lo general, como se ha podido advertir, el mandato consistirá en que la protección al trabajador debe ser realizada en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Pero también en algunos casos el mandato de optimización ha sido la realización de la buena fe contractual en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Así, por ejemplo y en algunos casos, cuando el principio de protección al trabajador y el de buena fe contractual han colisionado, la TC ha debido establecer una relación de precedencia condicionada, haciendo primar al último de estos.

Sería inoficioso volver a reiterar todos los fallos ya citados en la sección I de este capítulo, en los cuales la concepción de los principios como mandatos de optimización se manifiesta con claridad.

No obstante eso, recordar al menos uno de ellos contribuirá a eliminar cualquier duda que al respecto todavía pudiera albergarse.

2.9.3. Utilización de la ponderación como procedimiento de resolución de la colisión de principios jurídicos laborales

Si bien el TC ha implementado no de manera completa el juicio de ponderación, esto es, siguiendo todos y cada uno de los pasos y elementos del principio de proporcionalidad en sentido estricto, no puede desconocerse que comprende su importancia y lo aplica en términos generales.

2.9.4. El principio de irrenunciabilidad

Resulta necesario esbozar algunas ideas centrales con relación a la noción del principio de irrenunciabilidad, ello a fin de delimitar el campo de las hipótesis de trabajo en esta Tesis Doctoral. Bajo esta pauta, la referida delimitación va a contribuir, con los conceptos doctrinarios aludidos, a reforzar la probanza de nuestra tesis central, la cual apunta a una identificación de los 64 escenarios contextuales de una aplicación ordenada del principio de irrenunciabilidad. De la Villa Gil39 proporciona una de las definiciones más clásicas e indica: “El principio de irrenunciabilidad puede ser definido como la imposibilidad que tiene el trabajador para abandonar

unilateral e irrevocablemente un derecho contenido en una norma imperativa".

El mismo autor40 le confiere otra dimensión y enuncia a una idea que nos va servir de referencia a lo largo de esta Tesis Doctoral: " En la doctrina española es usual la diferencia entre normas de derecho necesario absoluto, normas de derecho necesario relativo y normas de derecho dispositivo; de las primeras, surgen derechos indisponibles, en cualquier sentido, hacia arriba o hacia abajo, de las segundas, nacen derechos indisponibles hacia abajo, pero disponibles hacia arriba; de las últimas, finalmente, derivan derechos disponibles en un todo. Ante esta panorámica (…) los derechos a los que el trabajador no puede renunciar individual y válidamente son los nacidos de las normas de derecho necesario absoluto o de normas de derecho necesario relativo, salvo aquellos que, originados por éstas, se sitúan por encima de los mínimos imperativamente garantizados. "El concepto antes aludido nos ubica ordenadamente respecto a cuál es la incidencia de los derechos indisponibles del trabajador. Para nuestro fin, derecho irrenunciable es sinónimo de derecho indisponible. Al aludir nuestra hipótesis de trabajo a que los derechos irrenunciables provienen del enunciado constitucional previsto por el artículo 26 inciso 2 de nuestra Carta Magna, queremos introducir gráficamente una idea a través de la cual, en una escala de 3 niveles, el nivel 2 pudiera representar el límite de los derechos indisponibles. Si nos encontráramos en el nivel 3, de los derechos disponibles, podemos objetivamente disponer hacia abajo y llegar al nivel 2 que representa el límite abstracto de la irrenunciabilidad. El nivel 1 significa un grado de infracción del principio de irrenunciabilidad en atención a que ha incurrido en la disposición de derechos indisponibles. Por lo tanto, será un acto cuya eficacia no deberá prosperar por manifiesta infracción del enunciado constitucional de irrenunciabilidad.

El maestro Plá Rodríguez refiere, en relación a la noción de irrenunciabilidad: "la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio" y define como renuncia: "a un acto voluntario por el cual una persona se

desprende y hace abandono de un derecho a su favor". Fernández López refiere: "Uno de los mecanismos más clásicos para garantizar la vinculabilidad y la aplicación de las normas laborales es el que tiende a impedir que el trabajador, en el contrato individual, las deje sin efecto, mediante la renuncia a las condiciones mínimas de trabajo que las normas le aseguran." "Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia, no.

El Derecho del Trabajo está lleno de normas mínimas (imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba), por tanto, los derechos reconocidos a los trabajadores son indisponibles para éstos respecto de su parte imperativa pero no de la dispositiva." Jorge Toyama refiere: "Resulta necesario apreciar la aplicación de los principios laborales. Uno de los principios más relevantes del Derecho Laboral es el principio de irrenunciabilidad de derechos que denota un rasgo esencial e inequívoco de la protección del Derecho Laboral a los trabajadores, en tanto supone la carencia de efectos de los actos de disposición de derechos contenidos en normas mínimas." Víctor Ferro Delgado46 señala, por otro lado, lo siguiente.

"El principio de irrenunciabilidad constituye un elemento central de la protección que el ordenamiento laboral confiere al trabajador, toda vez que carecería de eficacia que la legislación reconociera un conjunto de beneficios destinados a atenuar la condición de desigualdad entre el empleador y el trabajador, y simultáneamente se reconociese a éste la capacidad para renunciar o disponer de tales derechos.

Es claro que en razón de su mayor poder de negociación, el empleador podría imponer como requisito para la obtención del empleo o para alcanzar mejoras en el mismo, que el trabajador se prive voluntariamente de los derechos consagrados por la ley o el convenio colectivo. Por ello la conceptualización sobre la existencia de que ciertos derechos laborales deben necesariamente ser salvaguardados, constituye la base de su indisponibilidad e irrenunciabilidad."

Añadimos a estas primeras impresiones la opinión que brinda César Gonzáles Hunt, quien señala: “El trabajador no puede desprenderse de determinados derechos y beneficiosque por su condición de indisponibles, por su carácter imperativo o por encerrar noción de orden público- resultan irrenunciables. Y, en caso así lo hiciere, tal privación de derechos será reputada como nula de pleno derecho e ineficaz. Repárese en que se trata de un acto voluntario y definitivo del trabajador de disposición de un derecho cierto de carácter imperativo, siendo indiferente al derecho si éste se exterioriza a través de declaración unilateral, un acto bilateral o cualesquiera otra forma.

Por ello, supuestos como la ausencia del otorgamiento de un derecho por decisión unilateral del empleador o la sucesión normativa en clave desmejorativa, no configuran un supuesto que haga posible la aplicación del principio de irrenunciabilidad, toda vez que en ellos se encuentra la manifestación de voluntad del trabajador.” Gómez Valdéz refiere: “La irrenunciabilidad de los derechos constituye un principio general del Derecho del Trabajo y se le asocia con la protección del más débil de la relación laboral, puesto que la ajenidad del trabajo impone una subordinación jurídica, en nombre de la cual es posible obtener situaciones desfavorables para el trabajador.

Pero se da también, por el mismo carácter consensual del contrato de trabajo, que se hace más tangible en caso de crisis económicas estructurales, donde la secuela principal se advierte en el desempleo en todas sus variables; por lo tanto, es mucho más razonable, en estos embates, que el Derecho del Trabajo acuda en ayuda del trabajador, justificándose su presencia, nunca como ahora, para hacer necesario este principio; puesto que, de no ser así, los contratantes, que por su naturaleza son disímiles, uno de ellos- el más fuerte- podría aprovechar tal situación para menoscabar los derechos de su contraparte tanto en lo fundamental como en lo procesal.” Las definiciones antes aludidas nos permiten identificar las nociones esenciales del principio de irrenunciabilidad.

El diseño de investigación no experimental y transeccional- correlacional que realizamos en esta Tesis, nos permite, en consecuencia, apreciar en la

realidad diversas variables de constatación y sus respectivos indicadores, entre ellos, las valoraciones de constitucionalidad de las obligaciones laborales para su identificación técnica como derechos irrenunciables, conforme a nuestra tercera variable de constatación. GOMEZ VALDEZ, Francisco. “La Ley Procesal de Trabajo. Análisis secuencial, doctrinario, jurisprudencial y comparado. Caracteres de la renuncia de derechos El principio de irrenunciabilidad de derechos, para ser aplicado, necesita ser contrastado con el acto de renuncia del trabajador. Vale decir, no funcionará la aplicación del principio de irrenunciabilidad en tanto no se produzca una condición previa habilitante que es la configuración de la renuncia. ¿Cómo debe expresarse esa renuncia? La renuncia, de acuerdo a Ojeda Avilés, “es una especie de la disposición que supone todo acto de desprendimiento de nuestro patrimonio de un bien, mediante enajenación, gravamen y renuncia”. Los caracteres de la renuncia, sujeta a irrenunciabilidad, son los siguientes:

Debe ser expresada por el trabajador La renuncia debe consistir en un acto de manifestación de voluntad del propio trabajador y no del empleador. ¿Y por qué no de este último? Señala Jorge Toyama: “En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad se origina en la desigualdad entre las partes laborales y la necesidad de proteger al trabajador, está reservado únicamente para los actos de disposición de derechos de este último. En el caso propuesto, si el empleador renuncia a sus facultades de dirección, podría “deslaborizarse” la relación laboral y encontrarnos ante un vínculo posiblemente de carácter civil, pero no nos encontramos ante un caso referido al principio de irrenunciabilidad”. A juicio nuestro, es importante reiterar que el acto de disposición debe corresponder al trabajador, dada su condición de titularidad del derecho laboral. ¿Qué sucede si dispone del derecho la organización sindical? Creemos que no hay aplicación del principio de irrenunciabilidad. La entidad sindical goza de la legitimación necesaria mínima si el trabajador es sindicalizado. Constituye excepción a esta situación que el sindicato pudiera eventualmente disponer de derechos irrenunciables. En vía de ejemplo, el sindicato no podría pactar que los trabajadores pudieran percibir, a cambio

de un beneficio de condiciones de trabajo, una suma menor a la remuneración mínima vital.

Acto de disposición debe ser irrevocable y unilateral Siguiendo a de la Villa Gil, Toyama señala: “La renuncia de derechos del trabajador debe ser irrevocable, esto es, incondicional y definitiva. Nos explicamos. El acto de renuncia del trabajador puede ser temporal—renuncia a la percepción del beneficio por un mes-, lo trascendente es que el solo acto del trabajador suponga la disposición incondicional de ese derecho.” Acota Toyama, en relación al carácter de unilateralidad: “(…) Es el trabajador quien prescinde de un derecho: el acto- claro y contundente- no normativo del trabajador que dispone de un derecho previsto en una norma imperativa (…). Lo relevante es que se trate de un acto de disposición del trabajador a un derecho que puede encontrase en un acto unilateral o bilateral.” La definitividad de la disposición es una nota relevante del acto de renuncia. Una condicionalidad de temporalidad desvirtuaría el acto de disposición porque entenderíamos, que si hubiera condición temporal de suspensión de un derecho, entonces concluido el período de exclusión de percepción de un derecho, ya no hay irrenunciabilidad.

Inaplicabilidad de la renuncia tácita o presunta Siguiendo a de la Villa, Toyama señala: “No constituyen supuestos de renuncia el no ejercicio de un derecho por el transcurso del tiempo ni la renuncia tácita o presunta. Debe tratarse, pues, de un acto expreso y claro del trabajador que disponga de un derecho.” La alusión resulta objetiva respecto a la validez del acto del trabajador. De no concurrir la condición de validez, no hay configuración del supuesto de renuncia y en tal caso, no deviene aplicable la irrenunciabilidad. De existir vicios de la voluntad54- error dolo, violencia, intimidación- tales circunstancias.

El acto jurídico es anulable: determinan la anulabilidad del acto jurídico, y bajo otros supuestos la nulidad del mismo, mas no supondrán la necesaria condición habilitante de determinación de un supuesto de renuncia.

Reconocimiento del derecho en una norma imperativa Precisa Toyama: “Bastará la existencia del derecho para que el acto de disposición del

trabajador pueda calificar como irrenunciable, sin que se requiera que el trabajador cuente con los requisitos previstos en la normatividad para el goce efectivo del referido derecho. (…). Así, antes, durante y después de la relación laboral rige el principio de irrenunciabilidad". Hubiera podido configurar algún tipo de duda que no funcione la irrenunciabilidad si el derecho es de anterior data al contrato de trabajo. La reflexión a la que llegamos es obtenida por descarte en la siguiente forma: la naturaleza del derecho irrenunciable existe independientemente de la entrada en vigencia del contrato de trabajo. Su naturaleza trascendente hace que el derecho sea irrenunciable en todas las facetas de la relación laboral; ergo, ya existe la irrenunciabilidad en el nivel de derechos indisponibles, antes de que las partes acuerden las condiciones contractuales de trabajo.

Capítulo III

CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

CAPÍTULO 3 - CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

3.1. Análisis e interpretación del problema planteado. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

3.1.1. STC Nº 00849-2013-PA/TC, del 15 de agosto del 2004, proceso de amparo seguido por Luis Edgardo Paz Flores contra la Universidad Privada Antenor Orrego, solicitando se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto.

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- El profesor universitario Luis Edgardo Paz Flores, interpone proceso de amparo contra su empleadora Universidad Privada Antenor Orrego, solicitando se deje sin efecto legal el despido incausado del cual ha sido objeto, y se ordene su reposición como docente y asesor del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, aduciendo que ha sido objeto de un despido incausado debido a que su vinculo laboral se desnaturalizado de conformidad con lo establecido en los incisos a) y d) del artículo 77° del Decreto Supremo Nº 003-97-TR. Señalando que ingresó a laborar el 02 de enero del año 2005 en mérito a un contrato a tiempo parcial, hasta el 31 de enero del año 2011 fecha en la cual la emplazada decidió no renovarle el contrato de trabajo y lo despidió sin expresión de causa, vulnerando su derecho al trabajo.

2.- El demandante señala haber laborado para el mismo empleador por más de 06 años 01 mes, como docente universitario y asesor del Consultorio Jurídico de la Facultad, por lo que su contrato sujeto a modalidad por tiempo parcial se ha desnaturalizado.

3.- Por su parte la demandada Universidad Privada Antenor Orrego, propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda expresando que la legislación laboral ordinaria no es aplicable a los docentes universitarios, quienes se rigen por la Ley N° 23733, y que por esa razón, los

contratos suscritos por el demandante no pueden desnaturalizarse y convertirse en contratos de duración indeterminada, por lo que no ha sido víctima de despido arbitrario.

4.- El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, con fecha 8 de julio del 2011, declaró improcedente la excepción de incompetencia y, con fecha 13 de enero del 2012, declaró infundada la demanda por considerar que el contrato laboral de un docente contratado, que no es de carrera como es el caso del actor, no puede convertirse en un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada, porque ello importaría la desnaturalización de la Ley Universitaria, y que la renovación del contrato constituye una facultad y o una obligación de la universidad demandada, por lo que no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados.

5.- La Sala revisora confirmó la apelada por el mismo fundamento.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

1.- El Tribunal Constitucional, hace referencia al artículo 22° de la Constitución Política, la misma que establece que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; asimismo sustenta en el artículo 27° que señala que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Dándole la siguiente interpretación: “Cabe resaltar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por la otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades económicas del Estado. El segundo aspecto trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”

El Tribunal Constitucional, hace referencia al derecho constitucional al trabajo en sus dos vertientes tanto como deber y derecho, deber del Estado de promover y procurar trabajo y derecho del ciudadano de contar con el, en ese sentido el trabajo se constituye en la base del bienestar social y sirve para promover el desarrollo moral, psicológico, social de la persona y a la vez garantiza la subsistencia del trabajador y el de su familia; con relación a la protección del despido arbitrario si bien es cierto es una novedad legislativa incluida en la Constitución de 1993, esta se refiere sólo en caso de despido arbitrario, que le correspondería una indemnización de una remuneración y media mensual hasta 12 años; hecho este que de una u otra forma garantizaría cierta protección contrata un despido arbitrario.

2.- El fundamento 3.3.3 esgrimido por el Tribunal Constitucional merece atención cuando señala: " Al respecto este Tribunal, en las SSTC Nº 03251-2012-PA/TC, 00986-2003-PA/TC y 0987-2003-PA/TC, ha establecido lo siguiente: "a tenor de los artículos 44 y 47 de la Ley Universitaria 23733, la Universidad puede contratar o no a un docente, por un plazo determinado, sin que tenga que renovarle necesariamente su contrato, a pesar de haber sido contratado anteriormente (…)". Asimismo, en reiterados pronunciamientos ha sostenido que al no haberse acreditado que dicha contratación se haya producido como consecuencia de un concurso público de méritos, como lo exigen los artículos 46 y 48 de la Ley 23733, dichos contratos concluyen al finalizar el periodo pactado contractualmente (Cfr. STC N.º 03329-2005-PA/TC, STC N.º 01889-2003-PA)"

El Tribunal Constitucional, ha venido fundamentando sus resoluciones amparándose en los artículos 44 y 47 de la Ley Universitaria Nº 23733[43], sin poder dar una correcta interpretación a lo dispuesto en el artículo 44 y 47 de la Ley Universitaria, así tenemos que el artículo 44° de la abrogada Ley Universitaria decía: "Artículo 44.- Los profesores universitarios son: Ordinarios, Extraordinarios y Contratados. Los Profesores Ordinarios son de las categorías siguientes: Principales, Asociados y Auxiliares.

[43] Derogada por la Ley Nº 30220 el 14 de julio del 2014

Los Profesores Extraordinarios son: Eméritos, Honorarios, Investigadores y Visitantes.

Los Profesores Contratados son los que prestan servicios a plazo determinado y en las condiciones que fija el respectivo contrato.

Los Jefes de Práctica, Ayudantes de Cátedra o de Laboratorio y demás formas análogas de colaboración a la labor de profesor, realizan una actividad preliminar a la carrera docente. El tiempo en que se ejerce la función de Jefe de Práctica se computa, para el que obtenga la categoría de Profesor Auxiliar, como tiempo de servicios de la docencia."

Es decir en dicha Ley se tenía claramente establecido tres clases o categorías de docentes universitarios: Los Ordinarios, los Extraordinarios, y los Contratados, cada uno tenía su propio régimen laboral los profesores ordinarios podían ser Principales, Asociados y Auxiliares, los Extraordinarios Eméritos Honorarios, Investigadores y Visitantes, y los profesores Contratados son los que prestan servicios a plazo determinado y en las condiciones que fija el respectivo contrato; es decir haciendo un análisis a esta categorización se tiene que sólo los profesores ORDINARIOS, eran los que estaban dentro de la carrera universitaria como profesores, y para acceder a ello se tenía que llegar a través de un concurso público para tal fin.

El Tribunal Constitucional, no ha considerado lo dispuesto en el artículo 46° de dicha Ley que a la letra dice: "Artículo 46.- La admisión a la carrera docente, en condición de profesor ordinario, se hace por concurso público de méritos y prueba de capacidad docente o por oposición, y de acuerdo a las pautas que establezca al respecto el Estatuto de cada Universidad. La promoción, ratificación o separación de la docencia se realizan por evaluación personal, con citación y audiencia del profesor.

Participan en estos procesos la Facultad y el Departamento respectivos, y corresponde a la primera formular la propuesta del caso al Consejo Universitario para su resolución". Es decir, la propia Ley señala que sólo para la admisión a la

carrera docente en condición de profesor ordinario se hace por concurso público, contrario sensu, para ser profesor extraordinario o contratado no se necesita someterse a un concurso público, la ley lo señala claramente, es más el artículo 54 de la Ley Universitaria abrogada señalaba que los profesores de las Universidades privadas se rigen por las disposiciones del Estatuto de la respectiva Universidad, el que establece las normas para su ingreso a la docencia, su evaluación y su promoción, además señala que le son aplicables, además las normas del Capítulo V de los profesores a excepción del artículo 52 incisos e y g y artículo 53 que está referido a las homologaciones de los sueldos con los magistrados del Poder Judicial y demás beneficios de los servidores públicos, para su ingreso a la docencia, su evaluación y promoción, señalando además con meridiana claridad que: "La legislación laboral de la actividad privada determina los derechos y beneficios de dichos profesores".

Es decir, el Tribunal Constitucional con la fundamentación realizada no hace otra cosa que acreditar su desconocimiento no solo de la Ley Universitaria sino de las diferentes categorías que ostentan los profesores universitarios, tanto más, si dicha ejecutoria es amparada en los artículos 44° y 47° de la abrogada ley universitaria.

3.- En el fundamento 3.3.4. el Tribunal Constitucional señala: "Siendo ello así, es importante resaltar que no puede afirmarse que la prestación de servicios como docente de la Universidad demandada se haya desnaturalizado de conformidad con lo establecido en los incisos a) y d) del artículo 77.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, teniendo en cuenta que dichos supuestos de desnaturalización no resultan aplicables a tal tipo de labores, debido a que, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley Universitaria, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario consiste en el previo procedimiento administrativo disciplinario para que se extinga la relación laboral, derecho que les asiste a los profesores ordinarios, principales, asociados o auxiliares de las universidades, condición que adquieren únicamente mediante concurso público de méritos, hecho que el actor no ha probado en autos, por lo que de los artículos 46 y 47 de la Ley N.º 23733, se desprende que no tiene derecho a gozar de estabilidad laboral. Además, conforme a su estatuto la universidad demandada

“es una persona jurídica de derecho privado (…) se rige por la Constitución Política, la Ley Universitaria (…)”.

La fundamentación del Tribunal Constitucional esta errada pues si se tiene que los profesores universitarios de las universidades privadas se rigen por la Ley laboral de la actividad privada en cuanto a sus derechos y beneficios, pues se debe considerar que los contratos suscritos por estos ya sean a tiempo parcial o completo son contratos sujetos a modalidad bajo el imperio del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, es más, fundamenta su argumento en el artículo 48° de la Ley Universitaria, la cual no tiene nada que ver con la protección al despido arbitrario, refiriéndose a proceso administrativo, hecho este que no señala dicho artículo, por el contrario el artículo 48° de la abrogada Ley Universitaria, señala que los Profesores Ordinarios, previa evaluación serán promovidos dentro de la carrerea docente, debemos señalar que sólo se refiere a los profesores de la categoría ordinarios, no se refiere a los profesores extraordinarios ni contratados, hecho este que per se desnaturaliza por completo el sentido de la ejecutoria y que al no amparar el derecho tutelado vulnera los derechos del profesor; está claro el desconocimiento de parte del Tribunal Constitucional del funcionamiento de las universidades, sobre todo de las universidades privadas las mismas que se rigen por sus propios estatutos y la legislación laboral de la actividad privada en cuanto a los profesores se refiere, razón por la cual, con la argumentación que realiza desprotege el derecho del profesor de ser repuesto a su centro de trabajo pues, el profesor demandante, no se encuentra dentro de los alcances de la carrera docente, es decir, no es profesor ordinario sólo es profesor contratado bajo el amparo del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, por tanto, el Tribunal debió aplicar el principio tuitivo, consagrado en el artículo 26 inciso 3 de la constitución Política del estado que prescribe la interpretación favorable al trabajador en caso insalvable sobre el sentido de una norma.

4.- Las consideraciones señaladas por el Tribunal Constitucional, en los puntos 3.3.5. y 3.3.6, de la ejecutoria materia del presente análisis, se tiene que el Tribunal, aplicando erróneamente la Ley Universitaria señala que no corresponde ordenar que el demandante sea reincorporado como docente de la universidad emplazada, señalando que no se está vulnerando el artículo o 22 de

la Constitución y lo que es peor aún, pese a que el demandante ha presentado sentencias de primera y segunda instancia dentro de las cuales la judicatura ordinaria a declarado la desnaturalización de los contratos de trabajo, el Tribunal hace caso omiso, pues se tiene que la vía idónea para discutir la desnaturalización es la vía ordinaria, y es justamente dentro de esta vía que ventilado la desnaturalización y se ha amparado, pero como dice el Tribunal Constitucional las sentencias no son firmes y no tiene valor alguno.

La desnaturalización del contrato de trabajo surge por las razones expuestas en el artículo 77° del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, y el demandante solicita que se amparen su derecho acogiéndose en los inciso a y d del citado numeral que a la letra dice: "Artículo 77.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: a) Si el trabajador continua laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido; y d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley", siendo esto así el demandante solicitaba protección al despido arbitrario por considerar que su contrato sujeto a modalidad a tiempo parcial, se encuentra desnaturalizado, pues ingreso a trabajar el 02 de enero del 2005 y lo despidieron el 31 de enero del 2011, es decir después de 06 años, además que dicho profesor como tiene señalado no solo se dedicaba a la docencia universitaria con un contrato sujeto a modalidad a tiempo parcial , sino que también realiza actividades extracurriculares como la de ser asesor del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad.

3.1.2. STC Nº 02107-2013-PA/TC, del 18 de julio del 2014, proceso de amparo seguido por Gilda Rosalymm, contra la Universidad Andina del Cusco, solicitando se deje sin efecto legal el despido incausado del cual ha sido objeto.

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- Gilda Rosalynn Escalante Zegarra, profesora universitaria, con fecha 11 de junio del año 2012, interpone demanda de amparo contra la Universidad Andina

del Cusco, solicitando que se deje sin efecto legal el despido incausado del cual ha sido objeto; y solicita, se ordene su reposición como docente de la Facultad de Ciencias de la Salud Departamento Académico de Estomatología.

2.- Asimismo la demandante señala que ingresó a la universidad emplaza el 15 de noviembre del año 2006, y que laboró en dicho centro de estudios hasta el día 02 de abrió del año 2012, fecha en la cual fue despedida sin expresión de causa y que suscribió un contrato a tiempo parcial, pero que, sin embargo, se produjo desnaturalización y simulación porque en realidad tenía un contrato de trabajo de duración indeterminada, pues realizaba labores de naturaleza permanente y que ha sido despedida en represalia por haber formado el Sindicato de los Trabajadores Contratados de la Universidad Andina del Cusco, y que se ha vulnerado sus derecho al trabajo y a la libertad sindical.

3.- Por su parte la Universidad demandada, propone la excepción de prescripción y contesta de la demanda expresando que la demandante ha laborado mediante contrato de trabajo parcial, con una jornada diaria inferior a las cuatro horas, por lo que no gozaba de estabilidad laboral; que no se puede alegar desnaturalización de la relación laboral de los docentes universitarios contratados, y que la universidad no tiene la obligación de renovar sus contratos.

4.- El Juzgado Especializado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco, con fecha 13 de agosto de 2012, declaró infundada la excepción de prescripción y, con fecha 27 de setiembre de 2012, declaró infundada la demanda, por estimar que la demandante ha sido contratada por semestres académicos para que se desempeñe como docente a tiempo parcial, bajó el régimen de la Ley Nº 23733. Por ello, al cumplirse el plazo de duración de su último contrato de trabajo, su relación laboral se extinguió en forma automática, por lo que no ha sido despedida.

5.- La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que la accionante no ha sido despedida, sino que concluyó su contrato de docencia universitaria y que la universidad demandada no está obligada a contratarla para un nuevo semestre.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional:

1.- Conforme se desprende de la ejecutoria el “Tribunal observa que a fojas 3 obra la constancia de trabajo, de la que se desprende que la demandante prestó servicios a la universidad demandada, como personal docente contratado, mediante contratos de trabajo a tiempo parcial. En este sentido, cabe recordar que, en las SSTC 986-2003-PAJTC y 0987-2003-PA/TC se estableció que "a tenor de los artículos 44 y 47 de la Ley Universitaria 23733, la Universidad puede contratar o no a un docente, por un plazo determinado, sin que tenga que renovarle necesariamente su contrato, a pesar de haber sido contratado anteriormente (...)". Asimismo, el Tribunal ha sostenido que al no haberse acreditado que dicha contratación se haya producido como consecuencia de un concurso público de méritos, dichos contratos concluyen al finalizar el periodo pactado contractualmente (Cfr. STC 3329-2005-PA/TC y STC N.° 01889-2003-PA/TC)”.

2.- La fundamentación argumentativa del Tribunal Constitucional en este extremo es similar a la anterior, lo que nos dice que siguen la misma corriente en relación al tratamiento de los derechos fundamentales de los profesores universitarios, es decir trata de dar una justificación basándose en ejecutorias anteriores donde han desarrollado la forma de contratación de los profesores universitarios basándose en el artículo 44° y 47° de la Ley derogada 23733, sin embargo como hemos visto el artículo 44° de la citada ley no hace otra cosa que categorizar a los profesores, en profesores ordinarios, extraordinarios y contratados, para decirlo de otra forma en dicho artículo, los únicos profesores que se encuentran dentro de la carrera universitaria como profesores son los profesores ordinarios, con sus tres categorías, profesor principal, profesor asociado y profesor auxiliar, para ingresar a dicho régimen laboral, como profesor ordinario, necesariamente se tiene que realizar a través de un concurso público conforme lo disponía el artículo 46° de la citada Ley, aclarando que la ley es clara al referirse sobre la admisión a la carrera docente en condición de profesor ordinario; los profesores extraordinarios, que están categorizados como profesores eméritos, profesores honorarios, profesores investigadores y profesores visitantes, no se encuentran dentro d la carrera docente, pueden ser

profesores contratados, invitados, pasantes o cualquier denominación que se les quiera dar, simplemente no están dentro de la carrera docente; asimismo los profesores contratados son aquellos que prestan servicios a plazo determinado y en las condiciones que fija el respectivo contrato, se entiende el contrato de los profesores de las universidades públicas son totalmente diferentes a los contratos de las universidades privadas, la ley no hace ninguna discriminación al respecto ni mucho menos el Tribunal, sin embargo diremos que el artículo 56° de la extinta ley señalaba que los profesores de las universidades privadas se rigen por las disposiciones del Estatuto de la respectiva Universidad, el que establece las normas para su ingreso a la docencia, su evaluación y promoción además claramente señala que la legislación laboral de la actividad privada determinara los derechos y beneficios de dichos profesores. La derogada Ley universitaria era demasiado clara cuando se refería al régimen laboral de los profesores de las universidades privadas, hacia una diferenciación que el Tribunal Constitucional nunca tuvo la capacidad para darse cuenta la diferencia sustancial que existe entre un profesor de una universidad pública con un profesor de una universidad privada, así como un profesor dentro de la carrera docente y un profesor simplemente contratado que no está dentro de esa carrera docente.

3.- El tercer fundamento de la ejecutoria señala que el Tribunal considera que no puede afirmarse que la prestación de servicios como docente de la Universidad demandada se haya desnaturalizado en los términos de los incisos a) y d) del artículo 77° del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, dado que dichos supuestos de desnaturalización no resultan aplicables a ese tipo de labores. En efecto, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley Universitaria, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario consiste en el previo procedimiento administrativo disciplinario para que se extinga la relación laboral; derecho que les asiste a los profesores ordinarios, principales, asociados o auxiliares de las universidades; condición que adquiere únicamente mediante concurso público de méritos, hecho que la accionante no ha probado en autos; nuevamente el Tribunal Constitucional desconoce los derechos fundamentales de los profesores universitarios al señalar que el hecho de que un profesor universitario trabaje por más de cinco años bajo la modalidad de un contrato sujeto a

modalidad a tiempo parcial, no se puede desnaturalizar a pesar de que educación es la actividad principal de la Universidad, sin embargo se mantiene profesores contratados a tiempo parcial, la Ley Universitaria derogada en ningún acápite señalaba sobre la contratación a tiempo parcial, sin embargo al haber sido contratado por más de cinco años amerita la desnaturalización del contrato no sólo por el tiempo transcurrido o haber laborado después de la fecha de vencimiento, sino también por la simulación del contrato o el fraude en el mismo al pretender contratar a un profesor como dice la demandada por menos de cuatro horas diarias para que haga una labor de más de cuatro horas diarias como lo es la docencia universitaria, pues no sólo se debe considerar las horas académicas sino también las horas que el profesor contratado requiere para la preparación de las clases, justamente por la naturaleza del trabajo, hecho este que en absoluto ha sido considerado por el tribunal, por el contrario, señala que no puede afirmar que la prestación de servicios como dicente de la universidad demandad se haya desnaturalizado, y nos preguntamos ¿Por qué no se aplicó el principio de primacía de la realidad?, declarando infundada la demanda de amparo, en perjuicio del profesor universitario contratado , que pese a no estar dentro de los alcances del artículo 46° de la Ley Universitaria, al no pretender ser profesor ordinario, sino simplemente contrato bajo el régimen de la actividad privada, donde indudablemente se le debe reconocer sus derechos fundamentales como trabajador dedicado a la docencia universitaria y no pretender sustraerse de tutelar derechos aduciendo hechos que no corresponde.

3.1.3. STC Nº 02124-2013-PA/TC, del 30 de enero del 2014, proceso de amparo seguido por Luis Emilio Peralta Pérez, contra la Universidad Andina del Cusco, solicitando se deje sin efecto el despido incausado por haberse vulnerado el derecho al trabajo y el derecho a la libertad sindical

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- Con fecha 11 de junio de 2012, el demandante interpone demanda de amparo contra la Universidad Andina del Cusco, solicitando que se le reincorpore como docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por haberse vulnerado sus derechos constitucionales, al trabajo y a la libertad sindical. Manifiesta que comenzó a laborar en dicha casa de estudios desde el 15 de noviembre de

2006 como docente contratado bajo el régimen de contratos sujetos a modalidad a tiempo parcial y que desempeñó dicho cargo durante 5 años, 3 meses y 14 días hasta el 29 de febrero de 2012, cuando fue despedido en forma arbitraria. Sostiene que ha realizado labores de naturaleza permanente como docente y que ha sido despedido por sus actividades sindicales al haber participado en la conformación del sindicato de trabajadores de docentes contratados (SINDOCUAC).

2.- La Universidad demandada deduce la excepción de prescripción extintiva y contesta la demanda señalando que el recurrente no es profesor ordinario y que ha suscrito contratos de trabajo a tiempo parcial respecto de los cuales no se ha probado que haya superado la jornada contratada. Asimismo, afirma que la ruptura del vinculo laboral se debió a la finalización de su último contrato y que no es aplicable la desnaturalización a los casos de los docentes universitarios contratados.

3.- El Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco, con fecha 14 de agosto del año 2012, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 27 de setiembre del 2012, declaró infundada la demanda, por considerar que la extinción de la relación laboral se produjo por el vencimiento del último contrato de trabajo. La Sala revisora confirmó la apelada por fundamento similar, desprotegiendo así al profesor universitario que trabajo por más de 5 años.

4.- La delimitación del petitorio está centrado en que se ordene la reincorporación del demandante como docente universitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por haber sido víctima de un despido incausado, alegando que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la libertad sindical.

5.- Los hechos en los que se fundamenta la demanda, son entre si contradictorios y es justamente el desconocimiento del Tribunal Constitucional sobre el régimen laboral de los docentes universitarios que inducen al error, pues el demandante en ninguna parte de su demanda señala que es profesor ordinario, por el contrario el demandante señala que, ha trabajado por más de 5

años como docente contratado bajo el régimen de contratos sujetos a modalidad a tiempo parcial, y no como profesor ordinario como sostiene el demandado, es decir, si diferenciásemos las categorías de los docentes universitarios tal y cual señalaba el artículo 44° de la extinta Ley Universitaria Nº 23733 profesores Ordinarios Extraordinarios y Contratados, sabríamos que derechos le asisten a dichos profesores en sus categorías correspondientes, tanto más que dicho profesor trabajo en una universidad particular que se rige por el régimen laboral de la actividad privada y los contratos que a suscrito son contratos modales a tiempo parcial, y claro está si está demostrando que ha sido contratado ininterrumpidamente por más de cinco años el contrato sujeto a modalidad de desnaturaliza, hecho este que el Tribunal Constitucional no ha observado, desconociendo los derechos fundamentales del docente universitario.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional:

1.- El Tribunal Constitucional como en casi todas las Sentencias emitidas, relacionadas al despido incausado de los profesores universitarios de las universidades privadas hace referencia al artículo 22 y 27 de la Constitución Política del Estado, es decir señala que el trabajo es un deber y un derecho y que es la base del bienestar social y el medio de realización de la persona, así como señala también que la ley otorga al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario, señalando en el punto 6.- de dicha sentencia lo siguiente: “En el presente caso, la controversia radica en determinar si el vínculo del demandante se desarrolló en la condición de profesor ordinario de la universidad emplazada, en cuyo caso correspondía únicamente ser despedido mediante el procedimiento administrativo disciplinario regulado en el artículo 48º de la Ley N.º 23733 y conforme al estatuto de la universidad”. Es decir, para el Tribunal Constitucional sólo le interesa determinar si el profesor ha desarrollado su actividad como profesor ordinario sólo así se determinaría la vulneración del derecho, contrario sensu, si sólo es un profesor contratado no le asistiría el derecho, algo totalmente injustificado, pues el vínculo laboral ha sido presentado por el propio demandante al señalar que ha sido contratado bajo un contrato sujeto a modalidad a tiempo parcial, hecho este que amerita que no es un profesor ordinario por tanto no le correspondería aplicar el articulo 48 de la

Ley Universitaria Nº 23733, es más tampoco correspondería aplicar el artículo 48 pues la evaluación a la que hace referencia es para la promoción de los profesores ordinarios es decir para que asciendan de categoría o sean ratificados en el cargo, no tiene otro fin no es ninguna medida disciplinaria por tanto no se puede señalar que se trata de un procedimiento administrativo disciplinario, pues el artículo 48° no está referido a ningún tipo de procedimiento disciplinario, por lo que el Tribunal Constitucional, desconoce los derechos fundamentales de los profesores universitarios contratados en las universidades privadas.

2.- En el fundamento 7 el Tribunal toma conocimiento de las resoluciones y contratos de trabajo a tiempo parcial, así como el informe escalafonario emitido por la Universidad, donde se señala que el demandante ha prestado servicios como docente universitario en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Andina del Cusco ininterrumpidamente desde el 20 de noviembre del 2006 al 29 de febrero del 2012 es decir es decir más de 06 años, motivo suficiente para que se desnaturalice cualquier contrato sujeto a modalidad; al haberse terminado con meridiana claridad sobre el régimen laboral del demandante como docente contratado, entonces se debió aplicar y amparar sus derechos fundamentales dentro del régimen laboral de la actividad privada, en mérito a lo dispuesto por el artículo 54 de la citada ley universitaria, por tratarse de una universidad privada.

3.- Por otra parte, el Tribunal fundamenta su argumentación en el artículo 47º de la Ley Universitaria Nº 23733, poniendo énfasis al segundo párrafo donde se señalaba que los profesores contratados lo son por el plazo máximo de tres años. Al término de este plazo tienen derecho de concursar, para los efectos de su admisión a la carrera docente, en condición de profesores ordinarios, y en caso de no efectuarse dicho concurso, el contrato puede ser renovado por una sola vez y por el mismo plazo máximo, previa evaluación del profesor, es decir si el Tribunal hace alusión al segundo parrado del artículo 47º entonces debió declarar fundada la demanda, pues, el contrato al que hace alusión dicho artículo es mínimo de tres años renovable por el mismo plazo previa evaluación, en autos se tiene que el demandante ha presentado varios contratos de trabajo a tiempo parcial, no ha sido un contrato a tiempo parcial bajo el régimen de la actividad

pública y en las renovaciones de dicho contrato no ha existido ningún tipo de evaluación, por tanto, se estaría aplicando la interpretación más favorable al trabajador.

4.- Así mismo el Tribunal Constitucional, en los argumentos 9, 10 y 11 de la sentencia señala que: En el caso de autos, se aprecia que la contratación del actor se realizó dentro del ámbito normativo correspondiente para mantener a un docente como contratado. Por otro lado, cabe precisar que la condición de docente contratado no genera una obligación a la universidad de renovar el contrato de trabajo por subsiguientes plazos, sino que ello está supeditado a las necesidades de la institución, tal como se estipula en sus Estatutos, respecto a los profesores contratados. En consecuencia, en vista de que el demandante era docente contratado y que no ha ganado, conforme al artículo 46º de la Ley Nº 23733 y los estatutos de la universidad demandada, un concurso público de méritos en el que haya sido nombrado profesor ordinario, debe concluirse que el demandante no ha adquirido estabilidad laboral y, por ello, no corresponde la reincorporación en el trabajo. En cuanto a los argumentos del demandante respecto de la distorsión de las horas laboradas y de la supuesta discriminación sindical, es necesario indicar que no obra en autos elementos de prueba que lo acredite, además conforme se ha señalado en la medida que el actor no ha alcanzado estabilidad laboral, el término de la relación laboral ocurrió con el vencimiento de su último contrato vigente. Al respecto debemos señalar que si la contratación del profesor se realizó dentro del ámbito normativo correspondiente para mantener a un docente contratado no señala el Estatuto de la universidad, entonces existe una antinomia de normas y se debió aplicar la ley de mayor jerarquía, es más ningún estatuto o reglamento debe estar por encima de la ley o de la constitución, por tanto si el estatuto de la universidad señala que el docente contratado no genera ninguna obligación a la universidad de renovar el contrato, entonces se debió concluir el contrato sujeto a modalidad máximo dentro de los cinco años no pasado los seis años, es más tampoco no se puede desconocer los derechos fundamentales de un profesor contratado que no haya ingresado dentro de la carrera docente, pues para ingresar a la carrera docente en calidad de ordinario hay un solo contrato y ese contrato es a plazo indeterminado, no hay, o no se puede contratar temporalmente o parcialmente a

un profesor que haya concursado conforme lo dispone el artículo 46º de la Ley, es cuestión de interpretación de la propia ley universitaria, hecho este que el Tribunal Constitucional por desconocimiento de las diferentes categorías existentes en la docencia universitaria, no ha sabido como aplicar, confunde los hechos pues el docente ordinario tiene otra categoría como lo henos señalado la misma que esta dividida en docentes principales, asociados y auxiliares y el régimen laboral del docente extraordinario, sea este emérito, honorario, investigador o visitante no tiene vínculo laboral alguno, con el docente contratado que es justamente contratado bajo el régimen de la ley laboral de la actividad privada, por tratarse de una universidad privada.

3.1.4. STC Nº 03251-2012-PA/TC, del 14 de diciembre del 2012, proceso de amparo seguido por Carlos Alberto Albújar Ramos, contra la Universidad Particular de Chiclayo, solicitando se deje sin efecto el despido incausado debido por haberse vulnerado el derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- Carlos Alberto Albújar Ramos, interpone demanda de amparo el 12 de enero del 2011, contra la Universidad Particular de Chiclayo, solicitando que se declare inaplicable y sin efecto legal el despido incausado del cual ha sido objeto, y que en consecuencia se ordene su reposición como docente contratado de la filial de Jaén y se ordene el abono de las costas y costos del proceso. Refiere que ingresó a la Universidad emplazada el 1 de abril de 2006 y que se desempeñó como docente contratado hasta el 2 de noviembre de 2010, fecha en que fue despedido arbitrariamente, acumulando un récord laboral de más de 4 años, 8 meses y 1 día; señala, que inicialmente fue contratado para prestar servicios profesionales, desde el 1 de abril de 2006 hasta el 31 de abril de 2008; que posteriormente suscribió contrato de trabajo a plazo fijo, desde el 5 de mayo de 2008 hasta el 29 de enero de 2009, siendo nuevamente contratado bajo la modalidad de servicios profesionales, desde el 2 de marzo de 2009 hasta el 2 de noviembre de 2010, y finalmente laboró sin contrato, de junio a septiembre de 2010. Sostiene que su relación es de naturaleza laboral por haberse desnaturalizado los contratos civiles, en razón, de que se configuraron los

elementos típicos del contrato de trabajo, así como se produjo la desnaturalización de sus contratos modales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77º, inciso d), del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y el debido proceso.

2.- Por su parte la Universidad demandada contesta la demanda proponiendo una excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda argumentando que en aplicación de lo establecido en las SSTC Nos. 06755-2008-PA/TC, 03329-2005-PA/TC y 1889-2003-PA/TC, son aplicables a las labores de los docentes el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, así como la Ley Universitaria Nº 23733, por lo que, al no haberse acreditado en autos que dicha contratación sea consecuencia de un concurso público de méritos, como lo exigen los artículo 46º y 48º de la Ley N.º23733, la relación con el demandante concluyó al finalizar el periodo pactado contractualmente de forma verbal.

3.- El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, mediante resolución de fecha 7 de septiembre de 2011, resuelve tener por no contestada la demanda, y con fecha 22 de noviembre de 2011, declara infundada la demanda por estimar que de conformidad con lo señalado en la STC Nº 986-2003-PA/TC, las alegaciones relacionadas con la desnaturalización de los contratos por labores docentes le resultan aplicables tanto el Decreto Supremo Nº 003-97-TR como la Ley Universitaria Nº 23733, siendo que la Universidad puede contratar o no a un docente, por un plazo determinado, sin que tenga que renovarle necesariamente su contrato, a pesar de haber sido contratado anteriormente, por lo que al advertirse que el actor ha prestado servicios para la demandada en calidad de docente contratado, y que la referida contratación no ha sido producto de un concurso público, dichos contratos han concluido al culminar el término pactado entre las partes, por lo que dichos contratos no han sido desnaturalizados.

4.- La Sala revisora revocando la apelada declara improcedente la demanda, por estimar que no es procedente otorgar tutela urgente, por cuanto no se satisface

un estándar mínimo de número de horas semanales laboradas que permita determinar la existencia de una relación de trabajo, por lo que, a efectos de no afectar el derecho del actor, el mismo se encuentra en condiciones de acudir a la vía igualmente satisfactoria para dilucidar la demanda.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional:

1.- El Tribunal Constitucional, como en anteriores oportunidades con relación al mismo tema, fundamenta sus considerandos en los artículo 22º y 27º de la Constitución Política del Estado, es decir el trabajo como deber y derecho y la adecuada protección contra el despido arbitrario, refiriéndose a los derechos vulnerados, hecho este que sólo es enunciado como fundamento más no aplicado como derecho fundamental del trabajador que los solicita en su condición de profesor universitario contratado, primero mediante contratos de naturaleza civil , locación de servicios y posteriormente contratado mediante contratos sujetos a modalidad, o llamados también contratos a plazo fijo.

2.- Señala que, respecto a la fecha de despido del demandante previamente debe precisarse que, de lo manifestado por el propio recurrente en su escrito de demanda, de lo aceptado implícitamente por la Universidad demandada en su escrito de contestación de demanda y del acta de verificación de despido arbitrario de fecha 20 de diciembre de 2010, se desprende que el demandante tuvo como último día de labores el 24 de septiembre de 2010 y fue despedido el 2 de noviembre de 2010. Del acta de verificación de despido arbitrario, de las boletas de pago y la constancia de servicios docentes, de fecha 12 de octubre de 2009, expedida por el director dela Universidad emplazada se acredita que el demandante laboró como “docente contratado”, en virtud de contratos por locación de servicios (lo cual ha sido alegado por el demandante y no ha sido contradicho por la Universidad emplazada) desde el 3 de abril de 2006 hasta el 2 de noviembre de 2010, los mismos que no se desnaturalizaron debido a que cada uno de dichos vínculos contractuales se extinguió al cumplirse su fecha de vencimiento, por lo que corresponde analizar el último contrato celebrado por ambas partes, esto es el contrato verbal de trabajo que mantuvieron las partes de junio a septiembre de 2010, lo cual ha sido alegado

por el demandante en su escrito de demanda y afirmado por la Universidad emplazada en el escrito de la contestación de demanda.

3.- El Tribunal Constitucional, con sus propios argumentos reconoce que se han vulnerado los derechos fundamentales del trabajador, al señalar que de autos se ha verificar el acta de despido arbitrario, además de existir un contrato verbal el mismo que no ha sido objetado por el demandado; el hecho de que exista contratos de locación de servicios y contratos a plazo fijo, automáticamente estamos frente a una desnaturalización del contrato de trabajo, pues las universidades privadas no pueden contratar docentes bajo la modalidad de locación de servicios, pues no se estaría generando ningún vínculo laboral, y consecuentemente no se estaría garantizando la permanencia del profesor en los horarios establecidos, pues una de las diferencias que existe entre los contratos de locación y los contratos de trabajo a plazo fijo es justamente los horarios de trabajo, en este caso los horarios de dictado de clases; siendo esto así se tiene que era suficiente para que el Tribunal Constitucional ampare los derechos fundamentales del trabajador como profesor universitario, como docente contratado, como lo ha reconocido la propia Universidad; conforme hemos señalado anteriormente la Ley Universitaria es clara al señalar el régimen y categoría de los profesores universitarios, donde sólo los profesores ordinarios, ingresan por concurso público u oposición de méritos, los profesores extraordinarios no ingresan mediante concurso alguno, por lo general son invitados y los contratados que son docentes que no son ordinarios y que pueden ser contratados por necesidad de servicio, u otros motivos, por lo que dicha contratación no es la regla, es una excepción. Así mismo, el contrato verbal está expresamente señalado en el artículo 4º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, que dice que: en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente opr tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna, es decir si estamos frente a un

contrato verbal estamos frente a un contrato de naturaleza indeterminado, por tanto, el Tribunal Constitucional debió amparar la demanda.

4.- Otro argumento contradictorio por parte del Tribunal Constitucional es el hecho de que se ampara en ejecutorias constitucionales para señalar que la Universidad puede contratar o no a un docente, por un plazo determinado, sin que tenga que renovarle el contrato en mérito a los artículo 44º y 47º de la Ley universitaria, hecho este que no tiene sentido, y que demuestra el desconocimiento de parte del Tribunal Constitucional con relación a la contratación de los profesores, pues si un docente es contratado, mediante un contrato sujeto a modalidad bajo el imperio de la legislación laboral de la actividad privada, se entiende que es un docente que no pertenece a la categoría de docente universitario ordinarios, por tanto nunca será parte de la carrera de la docencia universitaria, sólo será un docente contratado.

5.- El quinto fundamento de los considerandos con relación a la aplicación del artículo 77º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, el Tribunal pese a reconocer que hay contratos de prestación de servicios, no se ha desnaturalizado los contratos porque no se puede aplicar en mérito del artículo 48º de la Ley universitaria, que en realidad no tiene absolutamente nada que ver porque se trata de un profesor contratado, no de un profesor ordinario.

3.1.5. STC Nº 03329-2005-PA/TC, del 31 de enero del 2006, proceso de amparo seguido por Mercedes Libertad Terceros, contra la Universidad Privada de Tacna, solicitando se deje sin efecto el despido de hecho y se ordene la reincorporación en el cargo de docente de la Facultad de Ciencias Empresariales por haberse vulnerado el derecho al trabajo, y al debido proceso

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- Mercedes Libertad Terceros, con fecha 18 de diciembre de 2003, interpone demanda de amparo contra la Universidad Privada de Tacna, solicitando que se deje sin efecto su despido de hecho y que en consecuencia se ordene su reincorporación en el cargo de docente de la Facultad de Ciencias Empresariales. Argumenta que su contrato de trabajo debe ser considerado

como un contrato a plazo indeterminado, en aplicación del artículo 4° del Decreto Supremo Nº 003-97-TR; asimismo, indica que al haber superado el período de prueba sólo podía ser despedida por una causa justa; por lo que al habérsele despedido se han vulnerado sus derechos a la libertad de trabajo y al debido proceso.

2.- La emplazada propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y la contesta señalando que el periodo de prueba previsto en el artículo 10° del Decreto Supremo Nº 003-97-TR[44] no es de aplicación al caso de la demandante, ya que su vínculo laboral se ha extinguido. Por otro lado, indica que la contratación de los docentes universitarios, como es el caso de la demandante, se encuentra previsto en la Ley Universitaria y en el Estatuto y Reglamento de la Universidad Privada de Tacna, en los que se establece que la contratación de docentes se realiza por semestre académico.

3.- El Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, con fecha 30 de junio del 2004, declaró infundada la demanda por considerar que la demandante no ha sido despedida, sino que al vencimiento de plazo del último contrato de trabajo se extinguió su relación laboral. La recurrida confirmó la apelada, por considerar que la demandante fue contratada para que se desempeñe como docente en determinados semestres académicos.

4.- El Tribunal debió considerar la naturaleza jurídica de la demandada, puesto que si bien es cierto contesta la demanda señalando que la contratación de los docentes se da de acuerdo a la Ley Universitaria y el Estatuto y reglamento de la Universidad, entonces su contratación debió ser por tres años prorrogable previa evaluación, hecho este que no ha sucedido, por tanto los derechos fundamentales que como trabajadora tiene la demandante, se ha vulnerado, esto se debe a que no se tiene claro la categoría del docente universitario, se

[44] DEL PERIODO DE PRUEBA
Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario…

confunde las diferentes categorías que la Ley Universitaria señala, como profesores ordinarios, profesores extraordinarios y profesores contratados.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional:

1.- El Tribunal fundamenta la resolución señalando la petición de la demandante, la misma que pretende que se deje sin efecto su despido de hecho y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación en el cargo de docente que venía desempeñando en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Privada de Tacna. Argumenta que, por tener un récord de servicios de 2 años, 6 meses y 24 días, se encuentra protegida contra el despido arbitrario por haber superado con creses el período de prueba; sobre el particular debemos señalar que la protección contra el despido arbitrario que otorga el artículo 10° del Decreto Supremo Nº 003-97-TR a los trabajadores que superan el período de prueba, se refiere a la protección "reparadora" contra el despido arbitrario, la cual se materializa mediante pago de una indemnización por lo que no le es aplicable a la demandante debido a que ella pretende que se ordene su reposición. Además de los contratos de la demandante, no se advierte que las labores que realizaba estuviesen sujetas a un período de prueba.

3.- Por otro lado la demandante afirma en su demanda que su "(...) ingreso como docente en la Facultad de Ciencias Empresariales se dio mediante Concurso Público [por lo que fue designada] como docente contratada a plazo indeterminado (...) no existiendo jamás un contrato de trabajo a tiempo parcial (...)"

Al respecto debemos indicar que de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes no se evidencia que la demandante haya ingresado como docente en la Universidad Privada de Tacna por concurso público de méritos, sino que ha sido contratada por semestres académicos para que se desempeñe como profesora a tiempo parcial en la Facultad de Ciencias Empresariales; por lo tanto, al haberse cumplido el plazo de duración de su último contrato de trabajo, la extinción de la relación laboral se produjo en forma automática conforme lo señala el artículo 16°, inciso c) del Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

En consecuencia, la extinción del último contrato de trabajo de duración determinada de la demandante por vencimiento del plazo no es equiparable al despido arbitrario, ya que dicho plazo de duración es producto del acuerdo de voluntades de las partes que han intervenido en la relación laboral. Siendo así, en el caso de autos, no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados.

4.- Si la demandante aduce que ha superado el periodo de prueba, significa que luego de haber ingresado a trabajar mediante concurso público, no se ha emitido contrato alguno sino un acto administrativo contenido en una resolución donde la designan como docente, hecho este que la demandada ha desmentido en su contestación de la demanda, presentando contratos laborales sujetos a modalidad, por tanto el Tribunal, en aplicación del principio tuitivo debió aplicar a favor del trabajador, con la finalidad de amparar los derechos fundamentales, tanto más que de acuerdo al principio de continuidad, los contratos laborales sujetos a modalidad tienden a renovarse automáticamente, puesto que la actividad principal de la empleadora es la educación superior, y el servicio prestado es justamente para desarrollar dicha actividad principal.

3.1.6. STC Nº 04279-2013-PA/TC, del 20 de junio del 2014, proceso de amparo seguido por Wilfredo Manuel Cáceres Díaz, contra la Universidad Andina del Cusco, solicitando se le restituya los derechos laborales adquiridos y se le reincorpore en su centro de trabajo, por haberse vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- El actor, Wilfredo Manuel Cáceres Díaz, interpuso una demanda de amparo el 28 de septiembre de 2012, contra la Universidad Andina del Cusco, argumentando la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso. El demandante solicitó que se ordene su reincorporación como docente universitario, por considerar que fue víctima de un despido incausado.

2.- Los hechos relevantes que dan origen al proceso son los siguientes: El recurrente ingresó a trabajar como docente universitario el 4 de diciembre del

año 2000. Se desempeñó en esta condición hasta el 3 de septiembre de 2012, cuando fue cesado por la universidad demandada. En un proceso anterior (Exp. N.° 1609-2010), obtuvo una reposición por parte del Juzgado Constitucional y Social del Cusco, decisión que le permitió volver a sus funciones. Sin embargo, fue nuevamente separado del cargo el 3 de septiembre de 2012. El nuevo cese fue motivado por no haberse presentado al concurso público convocado por la universidad, requisito para continuar en la docencia. El demandante sostuvo que las asignaturas que enseñaba no fueron convocadas y que, además, se encontraba impedido de postular debido a procesos judiciales en curso con la propia universidad.

3.- La parte demandada, por su parte, argumentó lo siguiente: Que el actor fue contratado como docente a tiempo parcial, por menos de cuatro horas diarias, y su trabajo fue discontinuo (de semestre en semestre). Nunca adquirió la condición de docente ordinario, y por tanto no gozaba de estabilidad laboral. Además, el demandante no participó en el concurso público convocado, pese a no estar impedido legalmente para hacerlo (ya que el impedimento que alegaba no era aplicable, conforme a lo resuelto en el proceso de amparo anterior). La sentencia del primer proceso no le otorgaba nombramiento ni estabilidad laboral a plazo indeterminado.

4.- Ambas instancias judiciales precedentes (el Juzgado Constitucional y Contencioso Administrativo del Cusco, y la Sala Constitucional y Social de la Corte Superior de Cusco) declararon infundada la demanda, argumentando que la relación laboral se extinguió válidamente por vencimiento del contrato y que no existía un derecho adquirido a la estabilidad en el cargo.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

1.- El Tribunal Constitucional realiza un análisis centrado en la naturaleza de la relación laboral del demandante, y en si esta daba lugar a un derecho constitucionalmente protegido a la estabilidad laboral.

2.- Delimitación del petitorio: El TC precisó que el objeto de la demanda es determinar si el despido sufrido por el actor constituye un despido incausado, y si ello genera la obligación de reincorporarlo, conforme a su derecho al trabajo y al debido proceso.

3.- Consideraciones sobre la procedencia del amparo en materia laboral: El TC recordó que conforme al precedente vinculante establecido en el expediente 0206-2005-PA/TC, en los procesos de amparo laborales solo es procedente su interposición cuando se acredite una afectación manifiesta a derechos constitucionales fundamentales, como el derecho al trabajo en su dimensión de estabilidad laboral. Por tanto, correspondía verificar si el demandante tenía derecho a la estabilidad laboral, lo cual dependía de su condición dentro de la universidad (docente contratado vs. docente ordinario).

4.- Naturaleza de la relación laboral: Tras revisar la documentación del expediente, el TC encontró que el actor fue contratado como docente a tiempo parcial en múltiples semestres entre los años 2000 y 2012. Nunca fue nombrado como docente ordinario. Sus contratos fueron temporales y discontinuos, renovados de forma sucesiva. El último contrato culminó el 31 de julio de 2012, y no fue renovado.

5.- El TC concluye que el actor excedió el plazo máximo legal previsto para docentes contratados, conforme al artículo 47º de la Ley Universitaria (Ley N.º 23733), que establece un máximo de tres años por contrato, renovables una sola vez tras evaluación. El actor estuvo vinculado más de seis años como contratado. No obstante, el Tribunal precisó que este exceso no genera automáticamente estabilidad laboral, ya que la norma no prevé efectos automáticos de conversión a docente ordinario ni otorga estabilidad por la sola antigüedad.

6.- Ausencia de concurso público: El actor no participó en el concurso público convocado para acceder a la carrera docente como ordinario. Además, el Tribunal desestimó que el actor estuviera impedido reglamentariamente de

hacerlo. Por ello, no podía exigir ser reincorporado sin haber accedido a un concurso público de méritos, como exige el artículo 46º de la Ley Universitaria.

7.- Fundamento constitucional: El TC recordó que el derecho al trabajo está reconocido en el artículo 22º de la Constitución y que el derecho a la protección contra el despido arbitrario está en el artículo 27º. Sin embargo, precisó que no todo cese contractual configura un despido inconstitucional. En este caso, al tratarse de un docente contratado, cuyo contrato venció sin renovación posterior, no se configuró un despido arbitrario.

8.- Conclusión del Tribunal: En mérito a lo expuesto, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, al no haberse acreditado la existencia de vulneración de los derechos al trabajo ni al debido proceso. El Tribunal Constitucional se centra en demostrar que la relación contractual del docente no se convirtió en una relación de estabilidad laboral. Aunque el actor tuvo una larga vinculación con la universidad, esta se dio bajo contratos temporales y discontinuos, lo que no genera por sí mismo un derecho constitucional a la permanencia. La sentencia reafirma la importancia del concurso público como único mecanismo válido de acceso a la carrera docente universitaria, y aclara que la renovación sucesiva de contratos no equivale a estabilidad.

3.1.7. STC Nº 08538-2013-PA/TC, del 06 de mayo del 2015, proceso de amparo seguido por María Graciela Domínguez Gómez, contra la Universidad Privada San Pedro, solicitando la reincorporación en sus labores habituales por haberse vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso, de defensa y la estabilidad laboral

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- María Graciela Domínguez Gómez interpuso una demanda de amparo contra la Universidad Privada San Pedro solicitando su reincorporación laboral, alegando vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, al derecho de defensa y a la estabilidad laboral. La demandante explicó que: Había ingresado a laborar como docente de Derecho en la referida universidad el 1 de abril de 2004. Desde enero de 2006 asumió también el cargo

de Directora del Centro Preuniversitario. Desempeñó estos cargos ininterrumpidamente hasta el 2 de abril de 2012, fecha en que fue cesada sin causa aparente ni procedimiento previo. No se le renovó el contrato ni se le asignó carga lectiva para el semestre 2012-1. Sostuvo que, al haber superado el periodo de prueba y realizar funciones permanentes, su relación laboral tenía carácter de contrato a plazo indeterminado. Afirmó que su cese fue incausado, sin expresión de motivos y sin habérsele iniciado procedimiento administrativo alguno.

2.- Frente a esto, la universidad demandada señaló que la relación laboral se extinguió por vencimiento del contrato a plazo fijo, conforme al artículo 16, inciso c), del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. La defensa también alegó falta de agotamiento de la vía administrativa y competencia por razón de la materia, objeciones que fueron rechazadas por el Primer Juzgado Especializado Civil del Santa.

3.- El juzgado resolvió declarar fundada la demanda en el extremo referido al cargo de Directora del Centro Preuniversitario, basándose en que durante los últimos dos meses la actora trabajó sin contrato escrito, presumiéndose la existencia de un contrato verbal a plazo indeterminado. No obstante, la Sala Superior solo confirmó la reposición como directora y declaró infundada la demanda en cuanto al cargo de docente, por considerar legal el término del contrato por vencimiento de plazo.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

1.- Delimitación del objeto del proceso: El Tribunal Constitucional, delimitó que el recurso de agravio constitucional presentado por Domínguez Gómez solo cuestiona el extremo que negó su reincorporación como docente universitaria. Por lo tanto, se enfocó en revisar si su despido se dio vulnerando el derecho al trabajo en su manifestación de protección contra el despido arbitrario. El Tribunal consideró que el proceso de amparo es procedente en defensa del derecho al trabajo cuando se discute una posible afectación por despido sin causa.

2.- Consideraciones sobre la naturaleza del vínculo laboral: El punto central de la controversia es si la demandante tenía condición de profesora ordinaria o contratada. Si fuera lo primero, su despido debió seguir el procedimiento disciplinario previsto en la Ley Universitaria N.° 23733 y el estatuto universitario.

3.- El TC verificó que la actora laboró de manera continua desde 2004 hasta 2012 mediante contratos a plazo fijo.

4.- De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 23733, los profesores contratados pueden serlo por un máximo de tres años, renovable por una vez previa evaluación, totalizando seis años. En este caso, la docente laboró durante ocho años, excediendo el plazo permitido. Pese a ello, el TC concluyó que este exceso no genera automáticamente una relación a plazo indeterminado, pues la ley no obliga a renovar ni convertir el vínculo en indefinido. Tampoco consta que la actora haya sido incorporada como profesora ordinaria mediante concurso público.

5.- Conclusión de la mayoría del Tribunal Constitucional, el Pleno del Tribunal resolvió: Declarar infundado el recurso de agravio constitucional. Determinó que no se acreditó vulneración de derechos fundamentales, pues la extinción de la relación se ajustó al marco normativo aplicable a los docentes contratados. La sentencia pone énfasis en que la figura del contrato a plazo fijo tiene limitaciones temporales, pero que su incumplimiento no genera necesariamente estabilidad laboral ni derecho a reposición si no se ha accedido a la carrera docente ordinaria conforme al procedimiento de ley.

6.- Voto singular del magistrado Sardón de Taboada: El magistrado Sardón emitió un voto discrepante, en el que sostuvo que la demanda debía declararse improcedente y no solo infundada. Su argumentación se centra en la interpretación constitucional del derecho al trabajo: El artículo 27 de la Constitución de 1993 no consagra la estabilidad laboral absoluta, sino una protección adecuada contra el despido arbitrario, cuya forma la define la ley. A diferencia de la Constitución de 1979, que sí reconocía expresamente la estabilidad laboral, la actual carta magna permite que tal protección se brinde

mediante indemnización u otros mecanismos, no necesariamente mediante la reposición. El Protocolo de San Salvador y el Convenio 158 de la OIT respaldan esta interpretación al establecer que los Estados pueden optar por la readmisión o la indemnización como formas válidas de reparación. En ese marco, la reposición laboral no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, por lo que el proceso de amparo no es la vía idónea para reclamar estabilidad laboral. Sardón concluyó que, al no existir afectación de un derecho constitucional, la demanda debió ser rechazada por improcedente según el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

7.- Conclusión: Este proceso de amparo revela el conflicto interpretativo entre la protección contra el despido arbitrario y la eventual consolidación de una relación laboral estable en el marco universitario privado. La mayoría del Tribunal opta por considerar infundada la demanda por no haberse acreditado que la docente accediera formalmente a la carrera docente. En cambio, el magistrado disidente va más allá y plantea que el proceso de amparo es improcedente para este tipo de reclamos, debido a la evolución normativa que ha reducido el ámbito de aplicación de la estabilidad laboral.

8.- Este caso constituye un precedente relevante para delimitar el alcance de los derechos laborales en instituciones educativas privadas y marca una tendencia interpretativa restrictiva sobre la reposición como mecanismo de protección del trabajo. También refleja el debate doctrinal entre estabilidad absoluta y flexibilidad laboral, con implicancias en la jurisprudencia y en las prácticas contractuales universitarias.

3.1.8. STC Nº 04921-2012-PA/TC, del 21 de julio del 2014, proceso de amparo seguido por Marino Máximo Valentín Guerra, contra la Universidad Peruana Los Andes, solicitando la reincorporación en la plaza de docente contratado a plazo indeterminado en la Facultad de Derecho, al haberse vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- El presente proceso de amparo fue interpuesto por el ciudadano Marino Máximo Valentín Guerra contra su ex empleadora, la Universidad Peruana Los Andes, con la finalidad de ser reincorporado a su plaza de docente contratado a plazo indeterminado en la Facultad de Derecho, modalidad presencial y a distancia.

2.- El demandante alegó que laboró como docente contratado desde el 9 de marzo de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2010, y que su desvinculación fue arbitraria y sin causa legalmente justificada. Según su versión, la universidad convocó un nuevo concurso para plazas docentes contratadas, pero al no presentarse al concurso, fue despedido de forma unilateral. Consideró esta actuación como un despido incausado y fraudulento, lo cual, a su entender, violaba sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

3.- Por su parte, la Universidad demandada rechazó las imputaciones, aduciendo que el vínculo contractual con el actor fue siempre a plazo determinado, y que este decidió no presentarse al proceso de selección docente convocado para el 21 de enero de 2011. Por tanto, no existía una obligación de renovar su contrato, ni había acto arbitrario alguno.

4.- En primera instancia, el Segundo Juzgado Civil de Huancayo declaró infundada la demanda por considerar que el actor no se presentó al concurso convocado para su ratificación. Esta decisión fue confirmada por la Segunda Sala Mixta de Huancayo.

5.- Frente a estas decisiones adversas, el recurrente interpuso recurso de agravio constitucional, que dio lugar a la revisión por parte del Tribunal Constitucional (TC).

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

1.- Delimitación del petitorio y viabilidad del amparo: El TC señaló que el objeto del amparo consiste en evaluar si el despido alegado constituye una vulneración

al derecho al trabajo y demás derechos constitucionales del demandante. En atención a los precedentes establecidos por el propio Tribunal en la STC N.° 0206-2005-PA/TC, se estableció que las demandas de amparo en materia laboral privada son procedentes cuando se afecta derechos fundamentales, lo que requería analizar la naturaleza y condiciones del vínculo laboral entre el actor y la universidad.

2.- El derecho al trabajo y su protección frente al despido arbitrario: El TC recordó que el artículo 22° de la Constitución reconoce el trabajo como un derecho y deber, y que el artículo 27° establece la protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, se destacó que esta protección se entiende en el contexto de un vínculo laboral de carácter indeterminado, situación que no era la del demandante, quien había firmado sucesivos contratos a plazo fijo o determinado.

3.- Evaluación de la naturaleza del vínculo contractual: El análisis fáctico del Tribunal se centró en verificar si la relación laboral había sido desnaturalizada —lo que habría transformado los contratos en un vínculo a plazo indeterminado— o si se ajustaba a la legalidad vigente.

4.- De la revisión de documentos como los contratos de trabajo modales, certificados de trabajo, liquidaciones y boletas de pago, se determinó que el actor fue contratado de forma discontinua entre 2001 y 2010. En todos los contratos figuraban cláusulas específicas con causas objetivas de contratación, tal como lo exige el Decreto Supremo N.° 003-97-TR.

5.- Asimismo, se invocó el artículo 47° de la Ley Universitaria N.° 23733, el cual establece que los docentes contratados pueden ser contratados por un plazo máximo de tres años, renovable por una sola vez, y solo previa evaluación. Además, si desean ingresar a la carrera docente como profesores ordinarios, deben participar y ganar un concurso público. En este caso, el actor no se presentó al concurso convocado, por lo que no adquirió la calidad de docente ordinario y no tenía derecho a estabilidad laboral, la cual solo corresponde a los docentes nombrados en plaza ganada por concurso.

6.- Sobre la supuesta desnaturalización del contrato: El Tribunal rechazó la tesis del demandante sobre la desnaturalización de sus contratos. Indicó que todos los contratos cumplían con los requisitos legales y que se especificaban claramente las causas objetivas. Por tanto, no se evidenció fraude en la contratación, ni un intento de ocultar una relación laboral indeterminada bajo contratos ficticios.

7.- Finalización del vínculo y voluntad de las partes: Además, se reconoció que la extinción del vínculo se produjo por vencimiento del plazo pactado contractualmente, una causa válida según el artículo 16° inciso c) del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Se trató, entonces, de una finalización prevista legalmente, no de un despido arbitrario.

8.- El Tribunal Constitucional concluyó que: No hubo vulneración al derecho al trabajo, ya que la relación era válida y a plazo fijo. No hubo despido arbitrario, sino una conclusión natural del contrato al vencerse el plazo. No se vulneró el debido proceso, pues el actor fue informado y tenía la posibilidad de participar en el concurso, pero no lo hizo. En consecuencia, el Tribunal resolvió declarar infundada la demanda, al no acreditarse la vulneración de los derechos invocados por el demandante.

COMENTARIO FINAL

Este caso permite observar cómo el Tribunal Constitucional interpreta la relación entre el derecho al trabajo y los límites contractuales en contextos de contratación bajo plazo fijo. El TC reafirma que la protección contra el despido arbitrario no opera automáticamente en toda relación laboral, sino que depende de si existe estabilidad laboral, la cual en el régimen universitario solo se logra por medio de concurso público.

Asimismo, el Tribunal deja claro que los contratos modales son válidos si cumplen los requisitos formales y sustanciales exigidos por la ley, y que la falta de presentación a un concurso público no puede dar lugar a una obligación unilateral de renovación contractual por parte de la universidad.

Este fallo, en línea con precedentes vinculantes, refuerza la seguridad jurídica de las universidades como empleadores, a la vez que delimita con precisión el

ámbito de aplicación del amparo laboral, restringiéndolo a supuestos de auténtica vulneración de derechos fundamentales.

3.1.9. STC Nº 00986-2003-AA/TC, del 08 de julio del 2003, proceso de amparo seguido por Víctor Segundo Roca Vargas, contra la Comisión de Orden y Gestión de la Universidad Nacional de San Martín presidida por Arturo Leonardo Ruíz Chapillequen y otros, a fin de que se reponga al estado de cosas hasta el momento en que se produce la violación de sus derechos constitucionales, al trabajo y al debido proceso

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- El presente proceso de amparo fue promovido por Víctor Segundo Roca Vargas contra la Comisión de Orden y Gestión de la Universidad Nacional de San Martín, representada por Arturo Leonardo Ruiz Chapillequén, Gerardo Alcántara Salazar y Armando Marcelino Cano Echevarría. El demandante solicitó la restitución del estado de cosas anterior a la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, esto es, su reposición como docente universitario.

2.- Los hechos relevantes que motivan la demanda son los siguientes:
a) Relación contractual previa con la universidad: El actor manifiesta que desde 1998 se venía desempeñando como docente en la Universidad Nacional de San Martín.
b) No renovación contractual sin justificación: Mediante la Resolución Nº 815-2002-UNSM/CO, de fecha 4 de setiembre de 2002, la universidad decidió no renovar su contrato laboral, sin explicar los motivos de esta decisión.
c) Contratación de tercero sin concurso: Alega que, en su lugar, fue contratado Mario Maynetto Razetto sin la realización de un concurso público, lo que —según el demandante— vulneraría la legalidad y transparencia que debe regir en la contratación docente.
d) Fundamento legal invocado por el demandante: Roca Vargas sustentó su pretensión en el artículo 47 de la Ley Universitaria N° 23733, que señala que los docentes contratados tienen derecho a participar en concurso para ingresar a la

carrera docente ordinaria una vez finalizado su contrato de tres años. También invocó el derecho al trabajo, el debido proceso y la defensa.
e) Falta de respuesta de la parte demandada: Según consta en la Resolución Nº 4, de fecha 9 de octubre de 2002, la Comisión de Orden y Gestión no contestó la demanda dentro del plazo legal.
f) Decisión del Juzgado de primera instancia: El Juzgado Mixto de San Martín, con resolución del 21 de octubre de 2002, declaró infundada la demanda, argumentando que el actor no había trabajado de forma ininterrumpida, por lo que no le correspondía la aplicación del artículo 1° de la Ley N.° 24041. Además, consideró que no se habían probado ni el derecho reclamado ni el acto violatorio.
g) Confirmación en segunda instancia: La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín confirmó la resolución apelada, considerando que no hubo vulneración de derechos constitucionales y que la Ley N.° 24041 no era aplicable al caso.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

Al revisar el recurso extraordinario interpuesto por el recurrente, el Tribunal Constitucional (TC) confirma la sentencia de segunda instancia que declaró infundada la acción de amparo. El análisis del TC se articula en torno a los siguientes fundamentos clave:

1.- Naturaleza de la contratación docente universitaria: El Tribunal empieza recordando que, según la Ley Universitaria Nº 23733, especialmente en sus artículos 44° y 47°, las universidades pueden contratar docentes por un período máximo de tres años, sin que exista la obligación de renovar estos contratos. Esta regla es aplicable incluso si el docente ya fue contratado anteriormente, como es el caso del actor. Este razonamiento enfatiza la naturaleza temporal y discrecional del vínculo contractual bajo la modalidad de contrato a plazo determinado, que no garantiza continuidad laboral más allá del período estipulado.

2.- Inexistencia de derecho constitucional violado: El TC resalta que para que una acción de amparo sea procedente, el demandante debe demostrar la

existencia de un derecho constitucional lesionado o amenazado. En este caso, no se acreditó fehacientemente la vulneración de tales derechos.

• El derecho al trabajo, en su dimensión constitucional, no garantiza la permanencia indefinida en un puesto de trabajo sujeto a contrato temporal.

• En cuanto al debido proceso, no se evidenció ninguna irregularidad en la no renovación, ya que no existe obligación legal de motivar la no renovación en contratos de plazo fijo si se encuentra dentro del marco legal permitido.

3.- Imposibilidad de aplicar la Ley N° 24041: El Tribunal también aborda la invocación del artículo 1° de la Ley N.° 24041, que protege a los trabajadores del sector público que han laborado de manera continua por más de un año. Sin embargo, tanto en instancia judicial como en la decisión del TC, se concluye que el actor no trabajó de forma ininterrumpida, lo cual inhabilita la aplicación de esta norma protectora. El artículo mencionado solo genera derechos en contextos de continuidad laboral y estabilidad, lo cual no ha sido probado por el actor.

4.- Discrecionalidad en la contratación pública: El TC subraya que en la administración pública, y particularmente en las universidades, existe un margen razonable de discrecionalidad para contratar personal docente, respetando los requisitos legales. La falta de renovación del contrato, sin más, no equivale a despido arbitrario ni a vulneración del derecho al trabajo.

Asimismo, el hecho de que se haya contratado a otra persona sin concurso puede constituir una falta administrativa o ética, pero no una infracción constitucional per se, salvo que se demuestre discriminación, persecución o arbitrariedad manifiesta, lo cual no ha sido acreditado en este caso.

5.- Conclusión del Tribunal Constitucional: Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional falla confirmando la sentencia de segunda instancia, declarando infundada la acción de amparo interpuesta por Víctor Roca Vargas. También dispone la notificación a las partes, la publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

La decisión fue adoptada por la Segunda Sala del TC, conformada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry y Revoredo Marsano.

Reflexión Final

Este caso pone en evidencia la importancia de diferenciar entre una disconformidad legal o administrativa y una vulneración de derechos constitucionales. No todo acto injusto o incorrecto desde el punto de vista laboral califica como una infracción de derechos fundamentales.

Además, el proceso evidencia la relevancia de que los docentes universitarios conozcan el marco normativo que regula sus vínculos contractuales, y que comprendan que el derecho al trabajo no es absoluto ni ilimitado, especialmente cuando se trata de contratos a plazo fijo. También resalta la necesidad de que las universidades garanticen transparencia en sus procesos de contratación, aunque legalmente no estén obligadas a renovar contratos temporales.

Finalmente, el análisis del Tribunal refuerza la doctrina constitucional que sostiene que el amparo no reemplaza los mecanismos ordinarios para discutir derechos de naturaleza legal o administrativa, salvo que se verifique con claridad la lesión de un derecho constitucional. Este principio es esencial para preservar la función del proceso de amparo como una vía excepcional, célere y eficaz para proteger los derechos fundamentales, pero no para resolver controversias comunes de carácter laboral contractual.

3.1.10. STC Nº 00987-2003-AA/TC, del 26 de junio del 2003, proceso de amparo seguido por Teresa Liany Rivas Maqui, contra la Comisión de Orden y Gestión de la Universidad Nacional de San Martín, con el objeto que se disponga la renovación de su contrato como profesora de la Facultad de Educación y Humanidades por violación de sus derechos constitucionales

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- El presente proceso de amparo fue interpuesto por Teresa Liany Rivas Maqui, quien solicitó la renovación de su contrato como profesora en la Facultad de Educación y Humanidades de la Universidad Nacional de San Martín. La recurrente había trabajado en dicha institución desde el 8 de abril de 1999 hasta la finalización del semestre académico 2002-I, es decir, por más de tres años consecutivos.

2.- El conflicto jurídico surge cuando, tras el vencimiento de su contrato, la universidad no le renueva el vínculo laboral. Frente a esta situación, la profesora Rivas Maqui interpone una acción de amparo, argumentando que la negativa a renovar su contrato vulnera sus derechos constitucionales, en especial su derecho al trabajo y la estabilidad laboral.

3.- La demandada, la Comisión de Orden y Gestión de la Universidad Nacional de San Martín, alega en su defensa que la relación contractual era de plazo determinado, por lo que, al vencerse dicho contrato, la relación laboral quedó automáticamente extinguida. Es decir, niegan la existencia de una obligación de renovación.

4.- En primera instancia, el Juzgado Mixto de Tarapoto, mediante sentencia del 30 de octubre de 2002, declaró fundada la demanda de amparo, considerando que la demandante había trabajado por más de un año consecutivo, por lo que resultaba aplicable la Ley N.º 24041, la cual protege a los trabajadores contratados irregularmente y les otorga una cierta estabilidad.

5.- Sin embargo, esta decisión fue revocada en segunda instancia por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró infundada la demanda. El argumento fue que la relación laboral había concluido con el vencimiento del contrato, y la universidad no estaba obligada a renovarlo.

6.- Ante esta negativa, Teresa Liany Rivas Maqui interpuso recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional, solicitando que se disponga la renovación de su contrato docente por considerar vulnerados sus derechos fundamentales.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, al analizar el fondo del asunto, estructura su razonamiento en base a los siguientes criterios jurídicos:

1.- Naturaleza del vínculo contractual del docente universitario contratado: El Tribunal parte del marco normativo establecido en la Ley Universitaria Nº 23733, específicamente en sus artículos 44° y 47°, que regulan el régimen de contratación de profesores:

• El artículo 44° establece que los profesores contratados son aquellos que prestan servicios a plazo determinado, conforme a las condiciones fijadas en el respectivo contrato.

• El artículo 47° señala que el contrato de un profesor contratado es por un máximo de 3 años, y al vencimiento del mismo, el docente puede concursar para acceder a la carrera docente ordinaria. Si no se convoca al concurso, el contrato puede ser renovado una sola vez por el mismo plazo, previa evaluación.

Esto significa que la legislación universitaria reconoce la posibilidad de renovar el contrato, pero no la convierte en una obligación legal para la universidad. El uso del verbo "puede" implica una facultad discrecional, y no una imposición normativa.

2.- Análisis del derecho constitucional alegado: El Tribunal considera que no se ha acreditado la vulneración de algún derecho constitucional. En otras palabras, la negativa de la universidad a renovar el contrato de la docente no constituye una infracción constitucional, ya que el vínculo laboral fue legítimamente constituido como de plazo determinado, y la conclusión del mismo obedeció al cumplimiento de su término natural.

Esto implica que no se vulnera el derecho al trabajo, en tanto el cese de la relación laboral fue resultado de una disposición contractual válida y legalmente amparada.

3.- Inaplicabilidad de la Ley Nº 24041: Uno de los puntos clave de la demanda es la invocación de la Ley Nº 24041, que protege a los servidores públicos contratados por más de un año ininterrumpido, estableciendo que no pueden ser despedidos si no existe causa justa debidamente comprobada. Esta norma busca evitar el uso fraudulento de contratos temporales para evadir la estabilidad laboral.

4.- Sin embargo, el Tribunal Constitucional no acoge la aplicación de esta ley al caso concreto, por cuanto la demandante pertenece al régimen especial del magisterio universitario público, el cual se encuentra regulado por su propia legislación específica (Ley Universitaria), que contempla un régimen de contratación y acceso a la carrera distinto al de otros servidores públicos.
En este contexto, el Tribunal señala que no existe un derecho adquirido a la renovación contractual, ni se vulnera el principio de igualdad o estabilidad laboral si se cumple lo previsto en la ley aplicable a los docentes universitarios.

5.- Conclusión del Tribunal Constitucional
En base a lo expuesto, el Tribunal concluye que no se ha producido una vulneración de derechos constitucionales que justifique la intervención del amparo. En consecuencia, decide:
“CONFIRMAR la sentencia que revocó la apelada y declaró INFUNDADA la acción de amparo”.
Esta decisión reafirma la autonomía de las universidades para decidir, conforme a ley, si renuevan o no los contratos de sus docentes contratados, sin que ello constituya per se una violación de derechos fundamentales.

Reflexión crítica y comentario final
El fallo del Tribunal Constitucional en el caso 00987-2003-AA/TC evidencia la tensión que existe entre la estabilidad laboral y el principio de legalidad en los contratos administrativos, especialmente en el ámbito universitario.
Por un lado, la profesora recurrente basó su reclamo en una expectativa legítima de continuidad, al haber trabajado por varios años de forma consecutiva. Desde una óptica de justicia laboral material, puede resultar comprensible que sienta afectación ante la falta de renovación.

Sin embargo, el Tribunal adopta una interpretación estrictamente normativa, conforme al principio de legalidad. Si bien ello puede parecer frío en términos de justicia social, tiene fundamento jurídico claro: los contratos por plazo fijo vencen automáticamente y no generan derechos a la renovación salvo disposición expresa.

La decisión también es relevante porque delimita el ámbito de aplicación de la Ley 24041, precisando que esta no es aplicable de manera automática a todos los contratos públicos, especialmente en regímenes especiales como el universitario, donde existen mecanismos propios de acceso a la carrera (como los concursos para plazas ordinarias).

Esta sentencia marca, por tanto, un precedente jurisprudencial importante para delimitar el uso del amparo en casos de no renovación de contratos públicos sujetos a legislación especial, y subraya la necesidad de los docentes universitarios de participar en concursos públicos si desean acceder a la estabilidad como profesores ordinarios.

En resumen, el Tribunal Constitucional resuelve conforme a la ley y establece que:

• El contrato venció en su plazo legal.
• La universidad no tenía obligación legal de renovarlo.
• No se acreditó vulneración de derechos constitucionales.
• La Ley 24041 no resulta aplicable al régimen de docentes universitarios contratados.

Esto hace que la demanda de amparo resulte infundada en términos jurídicos, pese a las implicancias personales y laborales que pueda haber tenido para la docente demandante.

3.1.11. STC Nº 01889-2003-AA/TC, del 14 de agosto del 2003, proceso de amparo seguido por María del Carmen Eguren Verano, contra el Rector de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, solicitando que se declaren con relación a su persona inaplicables la Convocatoria al Concurso Público de Méritos y Oposición y al Acuerdo de Consejo Universitario, con los cuales se vulnera sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos y a trabajar libremente con sujeción a la ley

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- Antecedentes del caso: La señora María del Carmen Eguren Verano interpuso una acción de amparo el 13 de noviembre de 2002 contra el Rector de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (UNSA). El motivo de la demanda fue la convocatoria a concurso público de méritos y oposición aprobada mediante acuerdo del Consejo Universitario del 22 de enero de 2002, por medio del cual la recurrente fue excluida de sus funciones como docente.
La demandante solicitó que se declaren inaplicables a su persona dichos actos administrativos y que se ordene su reincorporación a la docencia, así como la restitución de los derechos laborales y constitucionales que consideraba vulnerados.

2.- Argumentos de la demandante: La señora Eguren alegó que: Había venido laborando para la universidad por más de un año. Por esa razón, consideraba que había adquirido estabilidad laboral. Se incluyeron ilegalmente en la convocatoria a concurso las cátedras que ella venía dictando desde años anteriores. Se contrató a otra persona (Bertha Mestas Valdivia) para su puesto docente con fecha 30 de septiembre de 2002. Esto vulneraba sus derechos constitucionales a: La igualdad ante la ley. La libertad de contratación con fines lícitos. El derecho al trabajo libre conforme a ley.

3.- Defensa del emplazado (la universidad): La Universidad contestó la demanda alegando que: La actora nunca fue docente ordinaria, sino simplemente docente contratada. Su contrato laboral había concluido al vencimiento del plazo y ella no impugnó administrativamente dicha culminación, lo que implica consentimiento. El concurso público aún no había concluido, por lo que no podía ser objeto de impugnación. Propuso la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, indicando que la actora no cumplió con los pasos previos antes de recurrir al amparo.

4.- Decisiones judiciales previas: Primer Juzgado Civil de Arequipa (12 de diciembre de 2002): Declaró improcedente la demanda y también la excepción propuesta por la universidad. Fundó su decisión en el artículo 47° de la Ley Universitaria, que establece que los docentes contratados tienen derecho a concursar al término de sus contratos para convertirse en profesores ordinarios.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (26 de junio de 2003): Revocó la decisión anterior. Declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa. En consecuencia, declaró improcedente la demanda de amparo.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional evaluó tanto la excepción de falta de agotamiento como el fondo del asunto, llegando a las siguientes conclusiones:

1.- Sobre el agotamiento de la vía administrativa: El TC consideró improcedente la excepción, basándose en el artículo 28°, inciso 2) de la Ley N.° 23506 (Ley del Habeas Corpus y Amparo). Este artículo permite prescindir del agotamiento de la vía previa cuando los actos violatorios de derechos provienen de una autoridad con la máxima jerarquía administrativa, como lo es el Rector de una universidad pública. Por tanto, rechazó el argumento de la universidad y habilitó la vía constitucional.

2.- Sobre el fondo de la demanda: El Tribunal Constitucional analizó sobre el fondo de la demanda tres elementos clave:
a.- Condición contractual de la demandante:
• La señora Eguren fue docente contratada hasta el 31 de agosto de 2002, conforme obra en el expediente (fojas 33).
• No alcanzó la categoría de docente ordinaria, lo cual tiene implicancias decisivas en el acceso a la estabilidad laboral.
b.- Participación en el concurso público
• Participó en el Concurso de Méritos y Prueba de Capacidad Docente del año 2002, pero no obtuvo una plaza.
• De acuerdo con el artículo 46° de la Ley Universitaria, para obtener la condición de docente ordinario es necesario ganar el concurso.
c.- Evaluación de presunta vulneración de derechos
• El Tribunal sostuvo que el no haber renovado el contrato de la demandante tras haber perdido el concurso no constituye violación de derecho constitucional alguno.

• La actora no tenía derecho adquirido a la estabilidad, ya que no contaba con nombramiento ni ganó el concurso correspondiente.
• No se acreditó discriminación ni vulneración a la igualdad ante la ley, puesto que la contratación de otro docente no implicó una exclusión arbitraria, sino un acto administrativo ajustado a la norma.

3.- Resolución final del Tribunal Constitucional: El Tribunal resolvió:
1. Desestimar la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.
2. Declarar infundada la demanda de amparo, al no haberse acreditado vulneración de derechos fundamentales.

Consideraciones adicionales

a.- Interpretación del marco normativo universitario: El TC hace una interpretación estricta de la Ley Universitaria (Ley 23733), destacando la diferenciación entre docentes contratados y ordinarios:
• Los docentes contratados están sujetos a plazos y renovación.
• Solo los docentes ordinarios, que ingresan vía concurso público, tienen derecho a estabilidad laboral y gozan de mayor protección en su relación jurídica.
Esta interpretación delimita con claridad los derechos de los docentes contratados, siendo una advertencia frente a expectativas de estabilidad laboral no respaldadas por norma ni concurso público ganado.

b.- Doctrina constitucional aplicada: El caso ilustra un principio constante del Tribunal Constitucional: el amparo no puede suplantar a los mecanismos administrativos o judiciales ordinarios, salvo que se configure una violación flagrante de derechos fundamentales.
La decisión se enmarca en una doctrina de respeto a los procedimientos administrativos universitarios y evita que la jurisdicción constitucional se convierta en una vía para revertir decisiones legítimas de gestión educativa, como la convocatoria a concurso docente.

Conclusión

El caso 1889-2003-AA/TC constituye un precedente relevante en materia de relaciones laborales universitarias, especialmente para docentes contratados. A través de esta sentencia, el Tribunal Constitucional reafirma:

• Que los derechos laborales no se presumen, deben estar sustentados en norma y mérito.

• Que el ingreso a la carrera docente en universidades públicas requiere concurso público.

• Que el amparo no procede cuando no hay violación de derechos fundamentales.

El Tribunal fue claro en sostener que la finalización del contrato sin renovación, tras perder un concurso docente, es una consecuencia legal válida y no una vulneración de derechos. En consecuencia, negó la pretensión de la demandante de reincorporación automática o privilegio laboral sin haber ganado la plaza correspondiente.

Esta sentencia fortalece la idea de que la meritocracia, la legalidad y el respeto al procedimiento administrativo son pilares para garantizar un sistema universitario justo y funcional.

3.1.12. STC Nº 06755-2008-AA/TC, del 16 de junio del 2011, proceso de amparo seguido por Andrés Juan Pantoja Marín, contra la Universidad Peruana Los Andes, el Rector de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, solicitando que se deje sin efecto el despido incausado de que ha sido objeto con los cuales se vulnera sus derechos fundamentales

Hechos en los que se fundamenta el proceso de amparo:

1.- El señor Andrés Juan Pantoja Marín interpuso demanda de amparo contra la Universidad Peruana Los Andes, solicitando que se deje sin efecto el despido incausado del cual afirma haber sido objeto el 23 de marzo de 2007. Pide también que se ordene su reposición en el puesto de Coordinador de Asuntos Académicos y Docente a Tiempo Completo, o en otro cargo similar, con los mismos derechos y prerrogativas.

2.- El demandante alegó que, aunque fue contratado como docente, predominaban en la práctica sus labores administrativas, lo cual evidenciaría que su contrato se habría desnaturalizado en los términos del artículo 77 inciso a) del Decreto Supremo N° 003-97-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Añadió que su último contrato venció el 27 de febrero de 2007, pero que continuó laborando sin contrato hasta el 22 de marzo de ese año, lo que constituiría un vínculo laboral desnaturalizado.

3.- La Universidad Peruana Los Andes negó las afirmaciones, indicando que el demandante pretendía el cambio de régimen de docente contratado a docente ordinario, lo cual sólo puede producirse mediante concurso público, según lo establece la Ley Universitaria (Ley Nº 23733). La universidad sostuvo que el contrato fue válido, ya que estaba acorde con su estatuto y reglamento, y que el hecho de laborar más de 40 horas, de las cuales una parte era administrativa, no desnaturalizaba el vínculo contractual.

4.- El Sexto Juzgado Civil de Huancayo, en primera instancia, declaró fundada la demanda, considerando que existió un despido incausado. La Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, revocó la decisión y declaró improcedente la demanda, señalando que el caso debía ser conocido vía proceso laboral, no constitucional.

Análisis de las consideraciones del Tribunal Constitucional

1.- El Tribunal Constitucional (TC), al resolver el caso, abordó varios puntos sustantivos vinculados con la naturaleza del vínculo laboral, la aplicación de la Ley Universitaria y los límites del proceso de amparo en materia laboral.

2.- El demandante pide reposición en su cargo como coordinador y docente a tiempo completo, basando su pedido en la supuesta desnaturalización del contrato por haber continuado labores sin vínculo formal después de su vencimiento.

3.- El TC revisó los contratos celebrados entre el actor y la universidad desde el año 2000 hasta el 2007. Se evidenció que:

• Existieron múltiples contratos a plazo fijo y renovaciones sucesivas.

• El último contrato fue prorrogado hasta el 27 de febrero de 2007.

• Luego, el actor laboró sin contrato entre el 28 de febrero y el 22 de marzo de 2007, realizando funciones docentes y administrativas.

4.- El Tribunal aplicó la doctrina desarrollada en la STC 0206-2005-PA/TC sobre la procedencia de procesos de amparo en conflictos laborales privados, señalando que estos solo son procedentes en casos evidentes de vulneración de derechos fundamentales, como despidos incausados.

También se acogió al criterio de la STC 986-2003-PA/TC y la 987-2003-PA/TC, donde se estableció que la contratación de docentes universitarios bajo la Ley Universitaria (23733) no genera estabilidad automática y que los contratos celebrados bajo esta norma expiran con el cumplimiento del plazo acordado, salvo que se acredite un concurso público que otorgue la condición de docente ordinario.

5.- El TC distinguió entre dos tipos de actividades realizadas por el demandante:

• Labores docentes: realizadas entre el 28 de febrero y el 10 de marzo de 2007. El TC señaló que estas no pueden considerarse desnaturalizadas por la ausencia de concurso público, según lo exige la Ley Universitaria.

• Labores administrativas: realizadas entre el 11 y el 22 de marzo de 2007. El TC sostuvo que estas sí se desnaturalizaron, dado que no estaban reguladas por la Ley Universitaria, sino por la legislación laboral común (D.S. 003-97-TR), configurándose así un despido incausado respecto de dichas funciones.

6.- El fallo fue dividido. Por mayoría (Beaumont, Calle y Urviola), el TC resolvió:

• Declarar FUNDADA en parte la demanda por vulneración al derecho al trabajo.

• Ordenar la reposición del actor en un cargo administrativo equivalente, no docente.

• Declarar INFUNDADA la demanda en lo referente a la desnaturalización del vínculo docente.

7.- Votos singulares: Hubo dos votos singulares del magistrado Álvarez Miranda que sustenta

• Que no debe ordenarse la reposición del demandante ni como docente ni como personal administrativo.

• Argumentó que las funciones administrativas que realizaba el actor estaban ligadas a su función docente, por lo que no había desnaturalización.

• En su opinión, la demanda debía ser declarada infundada en su totalidad.

Y del magistrado Urviola Hani

• Se adhirió al voto mayoritario de los magistrados Beaumont y Calle, respaldando la decisión de declarar fundada en parte la demanda.

8.- Conclusiones y reflexiones

1.- Desnaturalización diferenciada: El TC reconoció que no todas las funciones tienen la misma regulación. Las funciones administrativas no están protegidas por la Ley Universitaria, lo cual permite aplicar el D.S. 003-97-TR y, por tanto, declarar un despido incausado. En cambio, las funciones docentes sí requieren concurso público para adquirir estabilidad.

2.- Razonamiento garantista pero limitado: El Tribunal actuó conforme a su jurisprudencia previa, protegiendo el derecho al trabajo en su dimensión más evidente (cuando hay una desnaturalización clara de funciones), pero sin ir contra el principio de mérito y concurso en la función docente.

3.- Importancia del proceso correcto: El fallo también reafirma que, si bien algunos temas laborales se resuelven por vía del proceso laboral ordinario, cuando hay afectación de derechos fundamentales evidentes, como el derecho al trabajo en contextos de informalidad contractual, el amparo sí procede.

4.- Impacto institucional: El caso pone de relieve la necesidad de que las universidades —aun siendo privadas— respeten los estándares de contratación, diferenciando claramente las funciones docentes de las administrativas para evitar situaciones irregulares.

3.2. Presentación de la postura personal

El análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en relación con los contratos laborales sujetos a modalidad de los docentes universitarios de universidades privadas evidencia una preocupante omisión: el TC no ha distinguido adecuadamente las categorías docentes establecidas por la Ley Universitaria (ordinarios, extraordinarios y contratados). Ha generalizado erróneamente que el único camino para la contratación válida es el concurso público, incluso cuando se trata de docentes contratados bajo régimen de la actividad privada y con vínculo contractual a plazo fijo, sujetos al Decreto Legislativo Nº 728 y al D.S. Nº 003-97-TR.

Desde esta perspectiva, sostengo que la interpretación del TC desnaturaliza el régimen jurídico laboral aplicable y genera inseguridad jurídica. Se vulneran principios constitucionales como el de primacía de la realidad, irrenunciabilidad de derechos laborales, interpretación favorable al trabajador y tutela jurisdiccional efectiva. Es inaceptable que, bajo el pretexto de no haberse accedido por concurso, se desconozcan derechos derivados de una relación laboral de hecho, prolongada, continua y con prestación de servicios esenciales para la universidad.

3.2.1. Propuesta para la solución del problema

Planteo una propuesta estructurada en tres niveles:

A. Normativo:

1. Modificación legislativa: Incluir en la Ley Universitaria N.º 30220 un capítulo especial que regule expresamente el régimen laboral de los docentes contratados en universidades privadas, estableciendo criterios claros de contratación, estabilidad, desnaturalización contractual y derechos mínimos irrenunciables.
2. Unificación interpretativa: Emitir una Ley interpretativa que reafirme que los docentes contratados de universidades privadas se rigen exclusivamente por la legislación de la actividad privada (D.L. N.º 728) y, por tanto, tienen derecho a la protección contra el despido arbitrario y a la aplicación de la figura de la desnaturalización contractual.

B. Jurisprudencial:

1. Revisión de precedentes del TC: Promover un precedente vinculante que reconozca la vigencia de los derechos laborales fundamentales también en el ámbito universitario privado, respetando la distinción entre docentes ordinarios y contratados.
2. Incorporación del principio de primacía de la realidad como criterio constitucional vinculante en las relaciones laborales universitarias.

C. Institucional:

1. SUNEDU y MINEDU deben emitir directivas vinculantes que establezcan como requisito de licenciamiento la protección de derechos laborales mínimos de los docentes contratados, incluyendo criterios objetivos de evaluación contractual y control del abuso de la contratación modal.
2. Creación de una Defensoría del Docente Universitario Privado, como órgano autónomo dentro del Ministerio de Educación, que vigile el cumplimiento de los derechos laborales de los docentes privados y brinde asesoría jurídica gratuita ante despidos arbitrarios.

3.3. Impacto social de la implementación de la propuesta

La implementación de esta propuesta tendrá un impacto social significativo:

1. Dignificación del docente universitario:

- Revaloriza la labor docente en el sector privado, asegurando condiciones laborales mínimas y reconociendo el aporte de quienes enseñan bajo vínculos temporales.
- Fortalece el principio constitucional del trabajo como eje del desarrollo humano, promoviendo estabilidad y bienestar emocional, económico y profesional.

2. Seguridad jurídica y reducción de la conflictividad:

- Al establecer reglas claras sobre la validez y límites de los contratos a plazo fijo, se prevé la litigiosidad y se facilita la tutela judicial efectiva.
- Se otorga predictibilidad a las universidades y equilibrio en las relaciones laborales, promoviendo una cultura de cumplimiento.

3. Mejora de la calidad educativa:

- Docentes con estabilidad mínima y derechos laborales respetados podrán dedicar más tiempo a la investigación, innovación y mejora pedagógica.
- La SUNEDU, en su labor de supervisión y fiscalización continua, podrá incorporar dentro de sus criterios de evaluación el cumplimiento de estándares laborales mínimos para docentes universitarios contratados. Esta medida podría implementarse como parte de las acciones de mejora continua y aseguramiento de la calidad educativa, conforme al marco vigente de renovación de licenciamiento y fiscalización.

4. Justicia y equidad:

- Se corrige una discriminación estructural entre docentes ordinarios y contratados, garantizando los mismos derechos fundamentales a ambos cuando exista relación laboral efectiva.
- Se refuerza el Estado Social de Derecho al impedir que universidades privadas usen artificios legales para evitar obligaciones laborales.

Capítulo IV

CONSECUENCIAS

CAPITULO IV: CONSECUENCIAS

4.1. Costos de la implementación de la propuesta

La implementación de la propuesta supone costos principalmente para el Estado y para las universidades privadas, pero estos son razonables y compensados por los beneficios estructurales que genera:

A. Costos para el Estado:

1. Legislativos y administrativos:
   - Redacción, debate y promulgación de normas legales complementarias (modificaciones a la Ley Universitaria y emisión de ley interpretativa).
   - Costo aproximado: S/ 500,000 en procesos técnicos y operativos legislativos.

2. Funcionamiento institucional:
   - Creación y mantenimiento de la Defensoría del Docente Universitario Privado:
   - Infraestructura mínima, personal jurídico y administrativo.
   - Costo anual estimado: S/ 1.2 millones (en una sede descentralizada).

3. Capacitación y fiscalización:
   - SUNEDU y MINEDU deberán actualizar sus equipos técnicos y realizar auditorías periódicas en universidades privadas.
   - Costo anual aproximado: S/ 800,000.

B. Costos para las universidades privadas:

1. Adaptación contractual:
   - Evaluación y reestructuración de los contratos laborales vigentes para evitar la desnaturalización.
   - Costo estimado por institución: S/ 20,000 a S/ 50,000, dependiendo del tamaño de la universidad.

2. Reconocimiento de derechos laborales:
   - Pago de beneficios laborales retroactivos en caso de demandas ganadas por los docentes.
   - Eventual incremento en costos laborales anuales del 10 % al 15 % para docentes contratados.

4.2. Beneficios que aporta la propuesta

Los beneficios sociales, institucionales y educativos de la propuesta superan ampliamente los costos señalados:

A. Beneficios sociales y jurídicos:

1.- Fortalecimiento de los derechos fundamentales:
   - Protección del trabajo digno y reconocimiento de la realidad laboral de los docentes contratados.
   - Promoción del principio de igualdad y no discriminación dentro de la comunidad universitaria.

2.- Reducción de la conflictividad laboral:
   - Disminución de procesos judiciales por despido arbitrario o desnaturalización contractual.
   - Generación de seguridad jurídica tanto para docentes como para las universidades.

B. Beneficios educativos e institucionales:

1.- Mejora de la calidad educativa:
   - Docentes con condiciones estables pueden planificar mejor su enseñanza, investigar y participar en la vida universitaria.
   - Incentivo para que más profesionales calificados ingresen a la docencia universitaria.

2. Cumplimiento de estándares de licenciamiento:
   - SUNEDU podrá evaluar no solo aspectos académicos e infraestructurales, sino también laborales, elevando el estándar del sistema universitario peruano.

3. Revalorización del rol docente:

- Se fortalece la imagen del docente como pilar de la universidad y agente transformador de la sociedad.
- Se garantiza el principio de progresividad en los derechos sociales.

C. Beneficios institucionales:

1.- Fomento de universidades responsables:

- Las universidades privadas se verán incentivadas a cumplir estándares éticos y legales más altos.
- Promueve una cultura institucional orientada a la responsabilidad social universitaria.

2.- Fortalecimiento del Estado de Derecho:

- El respeto a la legalidad, los derechos laborales y las decisiones judiciales en beneficio del trabajador consolidan un sistema democrático y justo.

CONCLUSIONES

1.- El Tribunal Constitucional no garantiza adecuadamente los derechos fundamentales de los docentes universitarios contratados bajo modalidad en universidades privadas.

A lo largo de la investigación se ha demostrado que existe una omisión reiterada del Tribunal Constitucional al momento de reconocer los derechos fundamentales laborales en los contratos sujetos a modalidad, especialmente en el contexto del régimen de la actividad privada regulado por el D. Leg. Nº 728. Esto confirma la hipótesis general de la investigación: el TC desconoce, en su jurisprudencia, los derechos fundamentales propios de estos contratos, pese a estar amparados por la Constitución.

2.- Existe una ambigüedad en la interpretación constitucional frente a la antinomia normativa entre la Ley Universitaria y la legislación laboral general.

La investigación ha evidenciado que el Tribunal Constitucional aplica, de manera parcial e incluso contradictoria, la Ley Universitaria como fuente exclusiva para determinar la validez de los vínculos laborales docentes, omitiendo la aplicación complementaria del D. Leg. Nº 728 y el D. Leg. Nº 882. Esta conducta incrementa la inseguridad jurídica y vulnera principios como el de primacía de la realidad y la irrenunciabilidad de derechos.

3.- Los derechos fundamentales laborales, como el derecho a la estabilidad, la protección contra el despido arbitrario, y la remuneración justa, deben respetarse en todos los contratos válidamente constituidos, incluso si son a plazo fijo.

Se ha demostrado que los profesores universitarios contratados cumplen funciones estructurales en la actividad académica, por lo cual resulta inconstitucional su desprotección por la mera ausencia de concurso público. El contenido esencial de sus derechos fundamentales debe ser garantizado en cualquier tipo de vínculo jurídico-laboral.

4.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional evidencia una falta de uniformidad y desarrollo progresivo en la tutela de los docentes universitarios privados.

A través del análisis de las sentencias seleccionadas, se concluye que el Tribunal no ha establecido una línea jurisprudencial clara sobre el régimen laboral aplicable ni ha ponderado adecuadamente el impacto de sus decisiones sobre el derecho a la educación superior de calidad y la autonomía universitaria con contenido laboral.

5.- Se requiere una reforma normativa e institucional que garantice una tutela efectiva de los derechos laborales docentes en universidades privadas.

La propuesta presentada en el capítulo correspondiente es una respuesta estructural que busca llenar el vacío legal identificado, a través de una legislación clara, una defensoría especializada y una supervisión estatal con enfoque garantista. Su implementación tendrá un impacto positivo en la calidad educativa, la dignidad laboral y la seguridad jurídica del sector universitario.

6.- La investigación cumple su propósito al responder al problema central y alcanzar los objetivos planteados.

Se ha logrado identificar los derechos fundamentales involucrados, el déficit de protección existente, las contradicciones en la jurisprudencia del TC y las bases para una solución jurídica integral. La hipótesis ha sido confirmada en todos sus niveles: general y específicos, consolidando un marco teórico, doctrinal y jurisprudencial sólido sobre el régimen laboral de los docentes universitarios privados.

RECOMENDACIONES

1.- Al Congreso de la República:

- Se recomienda la promulgación de una ley interpretativa que establezca con claridad que los contratos laborales sujetos a modalidad en universidades privadas se rigen por el Decreto Legislativo N.º 728, incluso cuando se trate de docentes universitarios. Esta ley debe asegurar que el acceso mediante concurso público no sea un requisito excluyente para la existencia de derechos laborales fundamentales.

2.- Al Tribunal Constitucional:

- Se recomienda que el Tribunal Constitucional, en sus futuras decisiones, aplique de manera uniforme y progresiva los principios constitucionales laborales, especialmente el de primacía de la realidad, tutela efectiva de derechos fundamentales, y el principio pro trabajador en los casos que involucren vínculos laborales universitarios sujetos a modalidad.
- Asimismo, se insta al Tribunal a emitir un precedente vinculante que clarifique el régimen jurídico aplicable a los docentes contratados en universidades privadas.

3.- Al Ministerio de Educación y SUNEDU:

- Incorporar, en el marco de las funciones de supervisión y fiscalización continua, mecanismos que verifiquen el respeto a los derechos laborales mínimos de los docentes contratados en universidades privadas.
- Emitir directivas específicas que obliguen a las universidades privadas a justificar adecuadamente el uso de contratos a plazo fijo y evitar su uso indebido como mecanismo de precarización laboral.

4.- A las universidades privadas:

- Se recomienda revisar y adecuar sus políticas de contratación docente, eliminando prácticas que vulneren derechos fundamentales, como la rotación innecesaria o la no renovación arbitraria de contratos.

- Implementar oficinas internas de defensa del docente universitario, a fin de prevenir conflictos laborales y garantizar mecanismos de queja y apelación internos, respetando el debido proceso.

5.- A los docentes universitarios contratados:

- Se les recomienda organizarse gremialmente y documentar de forma sistemática su relación laboral, funciones desempeñadas, horarios, pagos y evaluaciones, como medios de prueba en caso de controversias legales futuras.
- Promover litigios estratégicos con acompañamiento de organizaciones defensoras de derechos laborales, a fin de generar precedentes judiciales que fortalezcan su posición jurídica.

6.- A los investigadores jurídicos y académicos:

- Continuar investigando el régimen laboral de los docentes universitarios contratados, especialmente desde un enfoque de constitucionalización del derecho laboral y control de convencionalidad.
- Se recomienda desarrollar líneas de investigación comparada con sistemas universitarios de otros países, para fundamentar mejores estándares de protección docente en el marco de la educación superior.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2010). La teoría del discurso y los derechos fundamentales, publicado en La argumentación y los derechos fundamentales. Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 41 y ss.

Atienza, M. (2000). Contribución para una teoría de la legislación. Publicado en "Elementos de Técnica Legislativa", (c) Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, páginas 19- 38.

Atienza, M. (2011). Argumentación y Constitución. Publicado en interpretación jurídica y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales, (c) Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, páginas 79-114.

Blancas, C; (2011) La cláusula de Estado Social en la Constitución, análisis de los derechos fundamentales laborales. Fondo Editorial de la PUCP Lima

Bernal, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. Publicado en Elprincipio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,

CARBONELL MIGUEL (editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, pp.43-68.

Campos, J.; Marroquín, R.; Flores, R. & Delgado. R. (2009). Constructos teóricos y prácticos para la elaboración de una tesis de maestría y doctorado. Lima: Editorial San Marcos.

Constitución Política del Perú (1993). Recuperado en junio de 2016 de http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf.

Dworkin, R. (1999) Los Derechos en Serio. Editorial Ariel Derecho. Barcelona. Traducción Marta Guastavino. págs. 72 y ss

Flick, U; (2007) Introducción a la investigación cualitativa. Morada Editores Madrid

González, J. (2000). Puntos de vista sobre las normas de protección jurídica de menor y su aplicación por los tribunales de justicia. Publicado en el libro de homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, HERRERA CAMPOS,

R. (E) V. II, publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, pp. 717 a 730.

Häberle, P (2003). El Estado Constitucional, Universidad Autónoma de México

Hernández, R.; Fernández, C. & Batista, M. (2014). Metodología de la investigación. México: McGraw-Hill Educación.

Landa, C; Grández, P; (2016) Universidad y Constitución, Notas de análisis y comentarios a la Nueva Ley Universitaria. Palestra Editores Lima.

Landa, A; (2018) La Constitucionalización del Derecho, el caso del Perú, Palestra Editores. Lima

La Torre, M. (2010). Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. Publicado en La argumentación y los derechos fundamentales Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 77-96.

Luigi, F; (2016) Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo. Editores RZ Lima.

Mendoza, M.; (2007). Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, Información y Honor. Palestra Editores Lima.

Pérez, J. (2012) Curso de Derecho Constitucional. Decimocuarta edición Marcial Pons Madrid

Toyama, J; (2008). Los contratos laborales y otras instituciones del Derecho Laboral. Soluciones Laborales Lima

EDITORIAL
MUNDO
INTERDISCIPLINARIO

Los derechos fundamentales de los profesores universitarios de las universidades privadas en los contratos laborales sujetos a modalidad en la interpretación del Tribunal Constitucional.

Autores:

Marco Hernan
Pantigozo Loaiza

Rosa Elvira
Ruiz Reyes

Rafaela Maria Isabel
Aquije Mendez

Fernando Eduardo
Cano Legua

ISBN
978-628-97906-5-8