

LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Miguel F. Canessa Montejo¹

La *protección contra el despido* –o estabilidad en el empleo– se encuentra recogida en los instrumentos internacionales de derechos humanos de la región. El artículo 7 inciso d) del Protocolo de San Salvador establece: “La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En los casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. En el caso europeo, el artículo 1 inciso a) del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea compromete a los Estados Partes a reconocer el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin ningún tipo de discriminaciones, por lo que deben tomarse medidas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: “Acceso al empleo, *protección contra el despido* y *reinserción profesional*” (la cursiva es mía).

El reconocimiento expreso en los tratados regionales no significa que los textos universales desconozcan la protección contra el despido. La Carta de Naciones Unidas hace una mención expresa a la promoción que debe realizar la Organización sobre “trabajo permanente para todos” en su Artículo 55 inciso a). A su vez, se debe resaltar el pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité de DESC) sobre el interés para que existan adecuadas salvaguardas que le facilite a cualquier trabajador que se sienta injustificadamente despedido poder apelar o pedir una imparcial revisión judicial o de un órgano independiente sobre su caso (CRAVEN 2002: 222). Este pronunciamiento se realiza apoyándose en una interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)². Con lo que es erróneo interpretar que la protección contra el despido se reduce a los Estados europeos o americanos que han ratificado sus respectivos tratados regionales de derechos humanos.

La interpretación de que la protección contra el despido forma parte del contenido del derecho al trabajo es recogido tanto por los pronunciamientos de los órganos de control internacional³, como por las jurisprudencias nacionales⁴ y la doctrina jurídica⁵. Reforzando la apreciación de que la

¹ Abogado y Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Maestría de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor Internacional.

² CRAVEN subraya que la protección contra el despido arbitrario se desprende del artículo 6 del PIDESC: «Aunque esto no es mencionado específicamente, sería razonable concluir que un elemento del derecho al trabajo en el artículo 6 debería ser la no arbitraria privación del empleo. De hecho, esto sería inferido desde el reconocimiento a una obligación de respeto y protección del derecho al trabajo (la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 221).

³ «La Comisión señala que, con ocasión del examen del *Estudio general* dedicado a la Recomendación de 1963 (núm. 119) sobre la terminación de la relación de trabajo por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo, la situación del empleo, así como las cuestiones relativas a la promoción y política del empleo, han sido mencionadas en diversas ocasiones, por cuanto determinan el marco general y el contexto de la protección contra la terminación, y debido a que la seguridad del empleo constituye un aspecto fundamental del derecho al trabajo. La Comisión comparte estas opiniones, expresadas en 1974, y considera que siguen siendo aplicables y de gran actualidad» (OIT 1995: párrafo 375).

⁴ A modo de ejemplos, la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 11 de julio de 2002 (Exp. 1124-2001) señala en su considerando doce: “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución (...). El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”. Y las sentencias de los tribunales constitucionales italiano (la Sentencia 45 del 9 de junio de 1965) y español (la Sentencia 22/1981 del 2 de julio de 1981).

⁵ Un importante componente del derecho al trabajo es el derecho a la protección del empleo, dependiendo de la

protección contra el despido se ubica en el tercer ámbito del derecho al trabajo: el momento de la extinción de la relación laboral.

Por supuesto, la protección contra el despido no significa proscribir que el empleador pueda despedir a los trabajadores, se trata de proteger que el despido se realice bajo una causa justificada, es decir, que el empleador argumente razones que acrediten que no es arbitraria la decisión en terminar la relación laboral. La protección en favor del trabajador al momento del despido se justifica en los mismos argumentos del propio derecho al trabajo⁶, con el agregado que sin esa especial protección el derecho al trabajo perdería efectividad. Así la justificación de la causa que motiva el despido es lo que se exige bajo este derecho.

Una formulación más precisa sobre las causas justificadas de la terminación laboral ha sido desarrollada por la OIT a través del Convenio 158 (de 1982) y su Recomendación 166. Si bien el convenio no ha recibido un número significativo de ratificaciones por los Estados Miembros⁷, esto no menoscaba su importancia para ilustrar el contenido de la protección contra el despido.

El Convenio define su contenido a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, quedando excluidas las demás posibilidades (la renuncia del trabajador o el acuerdo entre trabajador y empleador sobre la terminación del contrato laboral). Si se entiende el despido por «la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario» (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE 2006: 480). La protección contra el despido formulado por los instrumentos internacionales de derechos humanos coincide con el ámbito de aplicación establecido por el Convenio 158 de la OIT.

La regla general de la norma de la OIT es que se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas, por lo que los trabajadores por cuenta propia se encuentran excluidos de la norma internacional⁸. Aunque se permite que los Estados Miembros puedan excluir a determinadas categorías de trabajadores de su ámbito de aplicación: a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; c) los trabajadores

situación legal para el mantenimiento y protección de la relación laboral. Consecuentemente, el derecho está diseñado para proteger sólo a las personas que tienen actualmente empleo (...). En su alcance sustantivo, las regulaciones sobre el derecho a la protección del empleo se enfocan ampliamente al derecho a no ser despedido arbitrariamente o sin motivo y otros aspectos que determinan una estabilidad o inviolabilidad de las relaciones laborales (por ejemplo, el derecho a regresar a mi puesto de trabajo después del parto o el derecho a un período de prueba). Probablemente, la más importante contribución de los sistemas nacionales para la protección del derecho ha sido el desarrollo del concepto de despido sin motivo, el cual se ha extendido a otras situaciones de ruptura de un contrato de trabajo (DRZEWICKI 2001: 237).

⁶ «A pesar de la existencia estadística del desempleo en cada país del mundo, el trabajo continúa siendo ‘una parte esencial de la condición humana’. Para muchos, esto representa la primaria fuente de ingreso sobre lo cuál depende la sobrevivencia física. No sólo es crucial para el disfrute de los ‘derechos de sobrevivencia’ como la alimentación, vestido o vivienda, esto afecta el nivel de satisfacción de otros derechos humanos como el derecho a la educación, la cultura y la salud (...). Da así el reconocimiento a la idea de que el trabajo es un elemento integral para el mantenimiento de la dignidad y el autorespeto del individuo (la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 194).

⁷ Hasta junio del 2009 ha sido ratificado por 34 países y ha recibido una denuncia.

⁸ «El Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas. Estos términos comprenden todas las personas que participan en una relación de empleo. El Convenio se aplica a las personas empleadas tanto extranjeras como nacionales. Comprende asimismo a los funcionarios que pueden, no obstante, quedar excluidos de su campo de aplicación bajo determinadas condiciones; cabe notar, sin embargo, que el Convenio, habida cuenta de su finalidad no se aplica a los trabajadores por cuenta propia» (OIT 1995: párrafo 34).

contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración (Artículo 2, numeral 2). También puede excluirse a ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé el Convenio (Artículo 2, numeral 4)⁹. El fundamento de estas eventuales exclusiones se basa en la propia naturaleza del contrato de trabajo o de la categoría de trabajadores que se trata (OIT 1995: párrafo 34). Estas exclusiones potestativas de la norma internacional del trabajo no se encuentran establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que cabe discutirse si pueden ser comprendidas dentro de ellas.

La causa justificada de la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador -como exigencia jurídica de respeto a la protección del despido- se materializa en la norma internacional del trabajo con el requerimiento que el despido deba basarse en la capacidad o conducta del trabajador o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (Artículo 4). Así, serían tres las causales que justifican la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador: a) la capacidad del trabajador; b) la conducta del trabajador; y, c) las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

La Comisión de Expertos ha entendido que el despido justificado en la capacidad del trabajador está vinculado a la incompetencia o insuficiencia profesional que puede deberse a su falta de conocimientos o su capacidad natural (OIT 1995: párrafo 87)¹⁰. Mientras que la causa relacionada con la conducta del trabajador está relacionada a la falta profesional que derive en un procedimiento disciplinario y culmine en el despido como una falta de comportamiento (OIT 1995: párrafo 89)¹¹.

Respecto a las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio como causa justificada de la terminación de la relación de trabajo, la Comisión de Expertos señala que no existe una definición en las normas internacionales del trabajo¹². Sin embargo, podría definirse en términos negativos como toda causa exigida por las necesidades económicas, tecnológicas o

⁹ La Comisión de Expertos menciona como ejemplos de exclusión por cierta categoría de trabajadores: los funcionarios públicos, la gente de mar, los trabajadores de las pequeñas empresas, los trabajadores domésticos, los trabajadores agrícolas, los trabajadores familiares, los trabajadores de la construcción, las personas que ocupan puestos directivos de confianza, los trabajadores a tiempo parcial (OIT 1995: párrafos 57-72).

¹⁰ «La ineptitud del trabajador (denominada a veces “incapacidad”) puede revestir dos formas: en primer lugar, puede ser el resultado de una falta de las calificaciones o aptitudes necesarias para ejecutar las tareas descritas y aparecer, por lo tanto, como una insuficiencia profesional. La ineptitud se diferencia de la mala conducta en la medida en que esta última se reconoce sólo cuando se ha establecido cierta “culpabilidad” por parte del trabajador. La noción de ineptitud recubre también los casos de mala ejecución del trabajo no imputable a una falta de deliberada y de incapacidad de distinto grado para ejecutar el trabajo, como consecuencia de un accidente o enfermedad» (OIT 1995: párrafo 94).

¹¹ «Cuando se definen las faltas, éstas pueden pertenecer a dos categorías: la primera suele referirse a la mala ejecución de las tareas para cuya realización fue empleado el trabajador; la segunda engloba diversas formas de comportamiento reprobable. En la primera categoría pueden estar comprendidas faltas tales como la negligencia en el trabajo, la violación del reglamento de la empresa (muchas veces se menciona expresamente las normas en materia de seguridad e higiene), la desobediencia de órdenes legítimas, la ausencia o la llegada tarde injustificadas. En la segunda categoría están comprendidas principalmente la indisciplina, la violencia, la agresión, las injurias, la perturbación de la tranquilidad del lugar del trabajo, la concurrencia al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga, e incluso el consumo de alcohol o estupefacientes en el lugar del trabajo, así como también diversos actos contrarios a la honestidad y la lealtad, como por ejemplo el fraude, el engaño o el abuso de confianza, el robo y otras actitudes desleales (divulgación de secretos industriales y actividades que entren en competencia con las del empleador), y los daños causados a los bienes de la empresa. Para que ciertas faltas como la ebriedad, ausencia o llegada tarde injustificadas motiven la terminación de la relación de trabajo se exige a menudo que tengan un carácter habitual o repetitivo» (OIT 1995: párrafo 90).

¹² «Ni el Convenio ni en la Recomendación se da una definición de la noción de “necesidades de funcionamiento”» (OIT 1995: párrafo 96).

análogas, pero que no es inherente a la persona del trabajador y que, por lo tanto, no está relacionada con su capacidad ni con su conducta (OIT 1995: párrafo 98).

Al fijarse causales justificadas de despido se limita la libertad del empleador en poner fin unilateralmente a la relación laboral. El empleador tendrá que apoyarse en una de las causales mencionadas para considerar que el despido se encuentra debidamente justificado. Por lo que el trabajador que considere que no existe una causa justificada en su despido tiene el derecho a recurrir contra ella ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal de trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro (Artículo 8, numeral 1)¹³.

Si en el recurso contra la terminación de la relación laboral se demostrase que es injustificado el despido, el Convenio señala como regla general que se anule el despido y se ordene la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, si esto no es posible en virtud a la legislación nacional o las prácticas nacionales, que se ordene el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (Artículo 10).

Aquí reside el tema más controversial sobre la protección del despido: el mecanismo jurídico más apropiado para reparar el despido injustificado. El Comité de DESC no se ha pronunciado expresamente por privilegiar un mecanismo sobre el otro, en realidad algunos de sus miembros plantean que cabe cualquiera de las dos posibilidades¹⁴. Reconociendo que el Convenio 158 deja en potestad de los Estados Miembros optar por alguno de los dos mecanismos expuestos, la Comisión de Expertos se inclina a favor de la anulación del despido y la readmisión del trabajador¹⁵. En general, las legislaciones nacionales se decantan por uno u otro mecanismo o inclusive postulan una mixtura, sin que esto haya significado un pronunciamiento de condena por violar la obligación internacional.

Sin embargo, un punto que merece analizarse con mayor detenimiento son los despidos que

¹³ Inclusive, el Convenio N. °158 establece en su artículo 7 que no deberá darse por terminada la relación de trabajo por motivos relacionados con la conducta o rendimiento de un trabajador antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

¹⁴ «Los miembros han resaltado que a la persona debería concedérsele alguna forma de reparación por una terminación inválida del contrato de trabajo, la cual puede tomar la forma de la compensación o la reinstalación (la traducción es mía)» (CRAVEN 2002: 223).

¹⁵ «Si bien la *indemnización financiera* sirve para compensar la pérdida injustificada del empleo, la *anulación de la terminación* y la *reintegración* garantizan la seguridad del empleo, ya que permiten al trabajador recuperar su empleo, y le ofrecen la posibilidad de conservar los derechos que ha adquirido en concepto de años de servicio, tales como los derechos a las prestaciones de vejez; esos derechos a menudo incluyen el pago de los salarios atrasados. La readmisión puede también ir acompañada de la concesión de una protección especial a determinados grupos de trabajadores, tales como los representantes de los trabajadores, los trabajadores afiliados a un sindicato y los trabajadores cuya relación de empleo se ha dado por terminada por razones de discriminación. En períodos de desempleo, la readmisión puede también desempeñar un papel decisivo, especialmente respecto de los grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo, tales como las mujeres, los trabajadores de edad avanzada y los trabajadores minusválidos. La eficacia de la protección que tiene por objeto readmitir a los trabajadores depende, en particular, de la duración del procedimiento, ya que el transcurso de un plazo demasiado largo entre la terminación y la decisión final no favorece la readmisión, de la naturaleza específica de la relación de trabajo, dado que la readmisión parece ser más viable en una empresa grande que en una empresa pequeña en donde las relaciones personales entre el empleador y el trabajador son más estrechas, y de la eficacia del procedimiento de ejecución de las decisiones de readmisión que pueden consistir, por ejemplo, en cláusulas punitivas en virtud de las cuales los empleadores podrían ser condenados al pago de daños y perjuicios si no acataran la decisión del organismo neutral» (OIT 1995b: párrafo 221).

signifiquen la violación de un derecho humano o fundamental, en razón que por su propia naturaleza requieren una especial consideración en el plano de la reparación de la violación.

El Convenio 158 establece en su artículo 5 un listado entre los motivos que no pueden ser considerados como causa justificada del despido: “a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. El artículo 6 incluye en ese listado a la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión¹⁶. Lo resaltante de este listado es la protección expresa al ejercicio de un conjunto de derechos humanos laborales que pueden provocar el despido por parte del empleador.

En primer lugar, los despidos antisindicales como la afiliación a un sindicato, la participación en actividades sindicales, ser candidato a representante de la organización sindical, actuar como representante sindical o haber actuado como tal. Su antecedente es el Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (de 1949)¹⁷, aunque el Convenio 158 es más preciso en su contenido. La Comisión de Expertos resalta que la protección que se brinda a los trabajadores y dirigentes contra los actos de discriminación antisindical es un elemento esencial del derecho de sindicación porque tales actos pueden dar lugar en la práctica a la negación de las garantías previstas en el Convenio 98 (OIT 1995: párrafo 107). Asimismo, para poder desempeñar las funciones sindicales libremente se deben tener la garantía de que no se sufrirán perjuicios como consecuencia de su mandato sindical o de sus actividades sindicales. Una de las formas de garantizarlo es prever que la relación de trabajo de los delegados sindicales no pueda darse por terminada mientras ejerzan sus funciones ni durante cierto intervalo de tiempo subsiguiente al término de su mandato, aunque esto no impide que sean despedidos si realmente han cometido una falta grave (OIT 1995: párrafo 110).

En segundo lugar, los despidos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social. Su antecedente son el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y ocupación (de 1958)¹⁸ y el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares

¹⁶ La Recomendación 166 sobre la terminación de la relación de trabajo (de 1988) dispone en su párrafo 5 que tampoco deberían considerarse como causas justificadas de despido la edad y la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de obligaciones cívicas normales. Asimismo, para la Comisión de Expertos el listado no tiene un carácter exhaustivo porque los Estados tienen la facultad de agregar otros motivos que no constituyen causa justificada en la terminación laboral, señalando como ejemplos las legislaciones nacionales que establecen una protección especial a la participación en una huelga, la falta de afiliación sindical, la negativa a someterse a una prueba de detección de mentiras, el estado de salud o la incapacidad física (OIT 1995: párrafo 101).

¹⁷ En su artículo 1 señala: “1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: b) *despedir a un trabajador* o perjudicarlo en cualquiera otra forma *a causa de su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo*” (la cursiva es mía).

¹⁸ En su artículo 1 señala: “A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de *raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social*, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (la cursiva es mía).

(de 1981)¹⁹. Como subraya la Comisión de Expertos, la seguridad en el empleo se considera como una garantía de que no tendrán lugar despidos por motivos discriminatorios, sino que deberán justificarse por motivos relacionados con la conducta del trabajador, su capacidad o facultad de llevar a cabo sus funciones, o imperativos de gestión de la empresa (OIT 1996: párrafo 106).

Uno de los casos que mayor protección merece son los despidos motivados en la maternidad de la trabajadora, eso explica que el Convenio 158 expresamente lo mencione. En palabras de la Comisión de Expertos, la finalidad de esta garantía es impedir que se ejerza algún tipo de discriminación contra las mujeres durante el embarazo y la maternidad, y evitar que las trabajadoras sufran las consecuencias de carácter material y moral que la pérdida de su empleo podría suponer, tanto para ellas mismas como para sus hijos (OIT 1995: párrafo 126).

Otro de los casos discutibles es el establecimiento de una jubilación forzosa al cumplirse determinada edad. La OIT permite que cada legislación o práctica nacional regule la jubilación, conforme lo recoge la Recomendación 166, con lo que no sería violatorio un dispositivo que establezca la jubilación forzosa. Sin embargo, la Comisión de Expertos subraya que varios ordenamientos nacionales se inspiran en el principio de que la evaluación del trabajo de una persona que ha cumplido determinada edad debe basarse en las capacidades que demuestra poseer esa persona, y no en su edad. Inclusive, algunas legislaciones prohíben la discriminación por motivos de edad o la terminación de una persona en razón de su edad (OIT 1995: párrafo 131)²⁰.

En tercer lugar, los despidos como represalias por presentar quejas o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones a derechos humanos o fundamentales, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes al respecto. Se trata de una modalidad indirecta porque es la denuncia ante la autoridad competente sobre la supuesta violación de un derecho humano o fundamental la que provoca la terminación de la relación laboral por parte del empleador. La Comisión de Expertos ejemplifica diversos casos que se enmarcan dentro de este supuesto. «Las represalias contra una persona que ha sido discriminada y que hace uso del derecho que le confiere la política nacional de igualdad de oportunidades y de trato tienen un especial carácter de gravedad –sobre todo cuando revisten su forma más brutal, o sea, la terminación- y pueden tener efectos perniciosos en lo que respecta a la aplicación en la práctica de las disposiciones antidiscriminatorias, ya que las personas discriminadas se resisten con frecuencia a recurrir a los procedimientos de compensación por temor a posibles represalias. Además, la Comisión desea recalcar la gravedad que revisten las medidas de represalia, en especial cuando revisten la forma de una terminación, que se adoptan contra un trabajador por haber denunciado el

¹⁹ En su artículo 8 señala: “La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”.

²⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional español 22/81 (de 8 de julio de 1981), aborda el tema de la jubilación forzosa dentro del ordenamiento español, señalando que: «dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen (...), de tal suerte que esa presunción de ineptitud desaparece si al llegar a la edad fijada el trabajador ejerciere libremente la misma actividad profesional. En cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud iuris et iure carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial» (Fundamento Jurídico 5º). La sentencia termina declarando inconstitucional la norma que establecía en 69 años la edad obligatoria para jubilarse. Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional ruso (de 4 de febrero de 1992) que califica contrarias a la Constitución y a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (de 1991), las prácticas consistentes en dar por terminada la relación laboral de los trabajadores que cumplieron la edad de jubilación y tiene el derecho a una pensión de vejez completa, sin tener en cuenta las circunstancias (citado en OIT 1995: párrafo 131).

incumplimiento de las normas en materia de higiene y seguridad en el trabajo, cuando ello puede entrañar un peligro para la integridad física de los trabajadores, su salud e incluso su vida» (OIT 1995: párrafo 117).

En cuarto lugar, los despidos motivados por el ejercicio de un derecho humano o fundamental, aunque no sea necesariamente laboral, tales como la libertad de expresión, la libertad de información, el derecho a la intimidad personal, etc.,. Estos derechos que la doctrina los denomina “derechos laborales inespecíficos” más vinculados a la condición de ciudadano merece el mismo nivel de protección²¹

Si la violación directa o indirecta de un derecho humano no puede ser una causa justificada para la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador; en cambio el tratamiento sobre su reparación no ha tenido una respuesta armonizada.

Por un lado, la regla del Convenio 158 que deja en manos de los Estados Miembros ratificantes de la norma internacional del trabajo la modalidad que consideren pertinente en su legislación para la reparación del despido. Con lo que se permite que la indemnización pueda ser un mecanismo de reparación²².

Por otro lado, las respuestas jurídicas distintas que han formulado las Cortes regionales de derechos humanos al respecto.

Conforme a los tratados regionales de derechos humanos, las Cortes son competentes para conocer violaciones a la libertad sindical o a la prohibición de la discriminación, por lo que pueden resolver casos sobre despidos antisindicales o discriminatorios. Hay uniformidad en ambas Cortes que se aplique el principio de que toda violación de una obligación internacional que produzca un daño requiere ser reparada²³. Una modalidad de reparación es la aplicación del principio de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste -dentro de lo posible- restaurar los hechos a la

²¹ Un buen ejemplo de ello son el conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional español, en donde establece la nulidad del despido para una serie de derechos constitucionales, como la libertad ideológica del artículo 16.; la libertad de expresión del artículo 20.1; el derecho a una efectiva tutela judicial del artículo 24.1 (PEDRAJAS 1992: 168-169).

²² Aunque la Comisión de Expertos prefiere la reincorporación sobre la indemnización, la propia regulación del Convenio 158 impide establecerlo taxativamente. Esto conduce a que el órgano de control de la OIT estime que: «La reparación en el caso de terminación que menoscabe un derecho fundamental debería tener como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista financiero como profesional, y la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus derechos adquiridos. Con ese fin, los organismos neutrales deberían disponer de todos los poderes necesarios para estatuir de forma rápida, completa y con total independencia, en especial para decidir cuál es la solución más adecuada en función de las circunstancias, incluida la posibilidad de readmisión en el empleo. Cuando la readmisión como forma de indemnización no está prevista no resulta posible o no es la solución deseada por el trabajador, sería conveniente que las indemnizaciones concebidas por una terminación basada en un motivo que menoscaba un derecho humano fundamental guarden relación con el perjuicio sufrido y sean más elevadas que cuando se trata de otros tipos de terminación» (OIT 1995: párrafo 232).

²³ La aplicación de este principio encuentra su antecedente en la sentencia de la fenecida Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el asunto de la factoría de Chorzow de 1928, donde se señala que: «El principio general que esta implícito en el concepto de hecho ilícito [...] es que, en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho hecho» (citado por DIEZ DE VELASCO 1999: 709). Este principio es recogido por la Corte Europea (ECHR 1995: párrafo 36) y la Corte Interamericana (Corte IDH 2001: párrafo 201).

situación previa a la violación, además de la reparación por las consecuencias que produjo y el pago de la indemnización por la compensación de los daños causados²⁴. No obstante, los criterios jurisprudenciales sobre la aplicación del principio se distancian.

En la Corte Europea se postula que los Estados Miembros que son partes en un caso, son en principio libres para elegir los medios por los que ellos cumplirán con la sentencia en la cual la Corte ha encontrado una violación. Esta discreción en cuanto a la manera de la ejecución de un juicio refleja la libertad de la opción que une a la obligación primaria de los Estados que contraen bajo el Convenio de asegurar los derechos y las libertades garantizadas (Artículo 1). Si la naturaleza de la violación permite la *restitutio in integrum*, el Estado responde por efectuarlo, la Corte no tiene ni el poder ni la posibilidad práctica de hacerlo por sí mismo. Si, por otra parte, la legislación nacional no permite –o sólo lo permite parcialmente- la reparación por las consecuencias de la violación, el Artículo 50 autoriza a la Corte para permitir la satisfacción de la parte dañada como le parezca apropiada (ECHR 1995: párrafo 34). Así la modalidad más recurrente de reparación por la Corte Europea es el pago de una indemnización por los daños producidos en los casos en que se reconoce una violación de derechos humanos.

En cambio, la Corte Interamericana además de la indemnización por los daños producidos por la violación, suele incluir dentro de sus sentencias la aplicación del principio *restitutio in integrum* sólo condicionándolo a la posibilidad real de su materialización: «La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados» (CIDH 2001a: párrafo 119). Así la Corte Interamericana aplica el principio en el *Caso Baena Ricardo y Otros*, ordenando la reposición de los 270 trabajadores despedidos por una acción antisindical del Estado panameño, buscando restituir su derecho previo a la violación²⁵. Este criterio se ha mantenido en los casos sometidos a la Corte, donde se demuestra un despido violatorio a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o del Protocolo Adicional de San Salvador²⁶.

²⁴ La Corte Interamericana de derechos humanos ha reiterado en diversas sentencias que: «La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por daños causados» (Corte IDH 2001a: párrafo 119, Corte IDH 2001b: párrafo 202).

²⁵ «Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención, la Corte debe disponer que se garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados. Aunque algunos trabajadores hubieran sido reintegrados como sostiene el Estado, a esta Corte no le consta con exactitud cuántos lo fueron, así como si fueron reinstalados en los mismos puestos que tenían antes del despido o en puestos de similar nivel y remuneración. *Este Tribunal considera que el Estado está obligado a restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno.* De la misma manera, a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado deberá brindarles retribuciones por concepto de la pensión o retiro que les corresponda. Tal obligación a cargo del Estado se mantendrá hasta su total cumplimiento» (las cursivas son mías) (CIDH 2001b: párrafo 203).

²⁶ En el *Caso Acevedo Jaramillo y Otros* se sigue este criterio. La Corte ordena en su sentencia de 7 de febrero de 2006, que se ejecuten las resoluciones judiciales que ordenaban la reposición de los trabajadores despedidos. La Corte señala: «En el caso del cumplimiento de las sentencias que ordenen reponer a los trabajadores en sus cargos o similares, en el plazo de un año, el Estado debe restablecer en dichos puestos a las víctimas que se encuentren con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. Si no fuera posible reponer en sus puestos o en otros similares a los trabajadores, el Estado debe proceder, en el plazo de un año, al pago de una indemnización por

En resumen, la Corte de Estrasburgo considera que la aplicación del principio *restitutio in integrum* queda en potestad de los Estados porque el Tribunal no cuenta ni con el poder ni la posibilidad práctica para hacerlo por sí mismo. Mientras que la Corte de San José considera que debe aplicarse el principio en todos los casos en que pueda restablecerse los hechos a la situación previa a la violación²⁷.

No existe tampoco dentro de los ordenamientos nacionales una uniformidad sobre el mecanismo de reparación apropiado para los despidos que violan un derecho fundamental. Sin embargo, se suelen distinguir la reparación entre los despidos injustificados y los despidos que violan un derecho fundamental, reservando para estos últimos como regla general la reincorporación del trabajador a su puesto de labores²⁸.

Tratándose de una violación de un derecho humano o fundamental, la fórmula de la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo –en todos los casos que sea posible- resultaría siendo la más coherente en consideración a la gravedad de la materia. Lo contrario significaría otorgar al empleador la potestad de despedir libremente con la seguridad de que su acción -aunque viole un derecho humano- sólo va a representar una sanción pecuniaria (la indemnización como reparación)²⁹.

Si la adecuada reparación de un despido injustificado es un tema controversial, inclusive cuando se presenta la violación de un derecho humano, no lo son menos las críticas que se formulan contra la protección contra el despido o la seguridad en el empleo. Desde el liberalismo se consideran que las

concepto de terminación de las relaciones laborales por causa injustificada» (Corte IDH 2006: párrafo 318).

²⁷ Habría que agregar para el caso de la Corte Interamericana que dicha interpretación se sostiene en el artículo 63.1 de la Convención Americana cuando establece que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que han configurado la vulneración de estos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada”.

²⁸ En su Estudio General de 1995 sobre la protección contra el despido injustificado, la Comisión de Expertos hace un repaso sobre el estado de la cuestión conforme a la información brindada por los Estados, señalando: «Tanto en países en que únicamente se ofrece una indemnización financiera como forma de reparación, como en aquellos en que la legislación o la práctica permiten una cierta flexibilidad entre la indemnización y la readmisión, las terminaciones basadas principalmente en una o varias de las cosas no justificadas enumeradas en el artículo 5 del Convenio, en particular las basadas en motivos de discriminación, se pueden considerar como nulas ya que menoscaban un derecho humano fundamental; esas terminaciones pueden ser sancionadas con la readmisión del trabajador en su empleo. La aplicación del principio de la readmisión en el caso de anulación de la terminación es particularmente importante en lo que se refiere a los representantes del personal, y ciertos organismos de apelación han confirmado ese principio en los últimos años y han favorecido la readmisión como sanción por la irregularidad de la terminación, y por consiguiente, por la anulación de la terminación. Ahora bien, esta anulación también puede aplicarse a un trabajador ordinario si está en juego un derecho fundamental y puede tener como resultado la readmisión del mismo» (OIT 1995: párrafo 231). Resulta ilustrativo también la Sentencia 88/1985 de 19 de julio de 1985 del Tribunal Constitucional español que subraya en su Fundamento Jurídico 4º que en los casos de violaciones de un derecho fundamental se debe declarar la nulidad del despido, que es el tipo de ineficacia predicable de todos los despidos vulneradores o lesivos de un derecho fundamental, por las consecuencias que conlleva de obligada readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria

²⁹ «Los derechos fundamentales aparecen como límites materiales de la decisión empresarial, privándola de toda eficacia y determinando su nulidad radical. Ninguna importancia tendrá que la vulneración de un derecho fundamental se produzca de modo expreso y directo (...) o de forma encubierta (...). En definitiva, lo que importa en este punto hacer notar es que siempre en la etiología del despido aparezca una vulneración de un derecho fundamental, éste se alzará como límite infranqueable para la decisión empresarial, determinando su nulidad “radical!”» (PEDRAJAS 1992: 142).

distintas modalidades de reparación al despido injustificado –en especial, la readmisión del trabajador- significan efectos negativos sobre la eficacia productiva y el empleo. Así, la protección contra el despido –desde este punto de vista- resulta siendo un derecho entorpecedor para el logro del pleno empleo.

La OIT da una respuesta idónea a este tipo de formulaciones: «Si se carece de bases empíricas para demostrar las relaciones de causalidad entre la protección de la seguridad del empleo, el nivel global y la estructura del empleo y el desempleo, existen, sin embargo, buenas razones (...), para pensar que la orientación moderada, la más usual, de la protección de la seguridad, tiende a limitar la pérdida de empleos debida a las terminaciones injustificadas y a moderar las reducciones de efectivos por razones económicas, al tiempo que colabora con una incidencia positiva en la eficacia productiva y en la capacidad de innovación de los jóvenes. Estos efectos, a su vez, contribuirán a mejorar la competitividad y aumentar las posibilidades de contratación. El análisis costo-beneficio de la protección debe realizarse también en el plano macroeconómico. Las terminaciones de relaciones de trabajo tienen un costo social indiscutible para la comunidad, en el que se incluye la indemnización del desempleo (así como los costos vinculados a la pérdida de calificaciones del desempleado), mientras que un nivel adecuado de protección contra las terminaciones injustificadas contribuye, en cierta medida, a la estabilidad macroeconómica» (OIT 1995: párrafo 378).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia
2006 *Derecho del Trabajo*
Madrid, Editorial Civitas, 24ª. Edición.

CRAVEN, Matthew
2002 *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its Development*
Oxford, Clarendon Press, 2nd. reprinted.

DIEZ DE VELASCO, Manuel
1999 *Instituciones del Derecho Internacional Público*
Madrid, Editorial Tecnos, 12ma. Edición.

DRZEWICKI, Krzystof
2001 *The right to work and rights in work*
En: *Economic, Social and Cultural Rights* de Asbjorn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers

PEDRAJAS MORENO, Abdón
1992 *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*
Madrid, Editorial Trotta

Documentos

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)
1995 *Protección contra el Despido Injustificado* (Estudio General de la Comisión de Expertos)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
1996 *Igualdad en el empleo y la ocupación* (Estudio General de la Comisión de Expertos)

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

Jurisprudencia

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (ECHR)

1995 Caso de Vogt vs. Alemania
Estrasburgo, Sentencia del 26 de septiembre de 1995.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH)

2001a Sentencia del Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (31 de Enero de 2001).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 71.

2001b Sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2 de febrero de 2001).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 72.

2006 Sentencia del Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (7 de febrero de 2006).
San José, Secretaria de la Corte, Serie C, N° 144.