

LA SANCIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

JAIME ZAVALA COSTA

Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Lima.
Ex Ministro de Trabajo y Promoción Social.
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

FERNANDO GARCÍA GRANARA

Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Catedrático de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex Viceministro de Trabajo y de Promoción Social.

SUMARIO

I. Presentación. II. Los criterios del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido arbitrario: 1. El derecho al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, ¿complementariedad o autonomía?; 1.1. La sentencia del 11 de julio de 2012 y su asilación; 1.2. El viraje sustancial de la posición del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del artículo 27 de la Constitución Política; 2. Los efectos del despido arbitrario.

I. PRESENTACIÓN

El régimen jurídico del despido en nuestro país ha sufrido un cambio sustancial con la interpretación de los preceptos constitucionales relativos al derecho al trabajo¹ y al derecho a la protección contra el despido arbitrario² realizada por el Tribunal Constitucional. A través de sentencias dictadas en acciones de amparo el Tribunal ha declarado inconstitucional la regulación legal contemplada en el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL) que sanciona con indemnización el despido sin expresión de causa y ha establecido que en sede constitucional lo que corresponde es la reposición laboral.

Con este criterio de interpretación constitucional no solo se ha abierto un nuevo supuesto de reposición en nuestro ordenamiento jurídico, sino que a través de la garantía del amparo constitucional es viable la obtención de un resultado (la reposición) diferente al contemplado en la ley.

Es preciso reconocer que las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas al resolver acciones de amparo y acciones de inconstitucionalidad trascienden el campo estrictamente laboral y se dirigen a establecer criterios jurídicos en relación con la teoría general de aplicación de normas en el tiempo, la tutela judicial efectiva, la naturaleza de las acciones de amparo, el efecto horizontal de los derechos constitucionales y su oposición frente a los particulares, entre otros. Es más, a través de sus sentencias, el Tribunal Constitucional plantea cuestiones de política de empleo, política social, política económica, y formula recomendaciones de reforma legislativa y

¹ El artículo 22 de la Constitución Política señala:

"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona."

² El artículo 27 de la Constitución Política señala:

"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario."

constitucional, como se aprecia en el caso de las sentencias dictadas en materia previsional que han sido ubicadas en el centro de la discusión pública y política.

Teniendo en consideración que de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435, los pronunciamientos del Tribunal se convierten en precedentes vinculantes para todos los magistrados, los criterios de interpretación acuñados por el Tribunal son aplicables para casos similares en forma obligatoria. En efecto, la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTCT) señala que:

"Primera.-

Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Por otro lado, el artículo 9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley 23506, precisa:

"Artículo 9.- Jurisprudencia obligatoria. Casos excepcionales.

Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas puedan desprenderse principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución".

Al convertirse en jurisprudencia obligatoria, las sentencias del Tribunal no resultan aisladas y su importancia trasciende el caso particular para trazar los criterios rectores de la jurisprudencia posterior. Sin embargo, estos pronunciamientos no han estado exentos de discusión pública habiéndose trasladado el debate a los medios de comunicación social. Tal debate, por cierto, no se limitó a la opinión estrictamente jurídica, generándose así posiciones diversas y hasta opuestas en los actores y gremios sociales, en los representantes del Poder Ejecutivo, que obtuvieron respuesta del Tribunal Constitucional a través de la ratificación de criterios en algunos casos y su rectificación y modificación expresa en otros. En realidad, se han acuñado criterios que en determinados casos han consolidado y ratificado la corriente jurisprudencial anterior y en otros, constituyen nuevos criterios de interpretación.

Al margen de las opiniones jurídicas que los pronunciamientos originen, es necesario reconocer que se trata de un cambio radical en la interpretación constitucional, con influencia directa en la práctica jurídica, la apreciación judicial y el ordenamiento jurídico. El presente artículo se dirige específicamente a realizar algunos comentarios en relación con la interpretación constitucional de los efectos del despido sin expresión de causa, a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia.

II. LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

Esta es la materia que mayor discusión jurídica y opiniones disímiles recibió³, luego de que el Tribunal Constitucional expidiera la sentencia de fecha 11 de julio de 2002 y su aclaración de fecha 16 de setiembre de 2002, dictadas en la acción de amparo seguida por el Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente 1124-2001-AA/TC). En tal sentido, se ordenaba

³ A título de referencia puede citarse el número especial de la Revista Chilena con la Jurisprudencia (Gaceta Jurídica) de octubre de 2002 que contiene diez artículos de comentarios a la sentencia del 11 de julio de 2002.

la reposición de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas en aplicación del artículo 34, segundo párrafo, de la LPCL, que habilita el despido sin expresión de causa.

Este caso originó una trascendente discusión jurídica en relación con el contenido esencial del derecho al trabajo contemplado en la Constitución Política de 1993, que en la interpretación acogida por el Tribunal Constitucional expresaba dos sentidos: por un lado, la adopción por parte del Estado de una política de empleo "*orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo*", expresión de carácter general y programático que según la sentencia requiere de un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado y, por otro lado, la proscripción del despido, salvo por causa justa. En este segundo sentido, la habilitación legal contenida en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL para admitir el despido sin expresión de causa con cargo al pago de una indemnización por despido arbitrario tarifada en la Ley, resultaba contrario y violatorio del principio de causalidad del despido que precisamente estaría garantizado por el derecho constitucional al trabajo.

El Tribunal sostenía en esta resolución que la regulación legal contenida en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL (que establece el pago de una indemnización como única reparación frente al despido *ad nutum*, es decir, aquel basado en la voluntad discrecional del empleador), resultaba inconstitucional, específicamente por contravenir el derecho al trabajo.² Según el Tribunal, plantear el problema en términos de derecho constitucional consiste en determinar "*si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo*".³

A nuestro juicio, el despido *ad nutum* no se ajusta al principio de causalidad en el despido que cautela la exigencia de causa justa. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, surgen dos aspectos que es preciso analizar en la posición del Tribunal expresada en la sentencia y en su aclaración:

- i) la primera, respecto a la recurrencia al contenido esencial al derecho al trabajo como fundamento de la proscripción del despido incausado en lugar de desarrollar la norma constitucional de protección contra el despido arbitrario; y,
- ii) la segunda, en relación con la sanción de reposición frente a un despido sin expresión de causa.

1. El derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario, ¿complementariedad o autonomía?

1.1. La sentencia del 11 de julio de 2002 y su aclaración

El primer punto de análisis consiste en establecer la razón en virtud de la cual el Tribunal recurre al derecho al trabajo del artículo 22 de la Constitución Política para construir la tesis de inconstitucionalidad del despido *ad nutum* regulado en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL. En estricto, antes que al artículo 22, el Tribunal debió recurrir al artículo 27 de la

² Véase el Fundamento Número 12 de la sentencia del 11 de julio de 2002.

³ El segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL señala que: "*si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 28 como única reparación por el daño sufrido*".

⁴ *Ibidem*.

Constitución que reconoce el derecho a la protección contra el despido arbitrario y ubicar al principio de causalidad y la consiguiente prohibición del despido sin expresión de causa, como elementos del contenido esencial de esta disposición constitucional.

En la resolución del 11 de julio de 2002, el Tribunal se refiere al artículo 27 constitucional como un mandato al Legislador, el cual consagra un principio de reserva de ley que no determina la forma de protección frente al despido arbitrario (Fundamento 12). Y precisa que la inadecuada protección contra el despido arbitrario no puede interpretarse como un "encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional", agregando que "si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente solo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que lo acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles" (Fundamento 12).

Para construir su tesis, el Tribunal no desarrolla el contenido esencial del artículo 27, sino que reconduce el análisis al artículo 22 constitucional sobre el derecho al trabajo, de tal forma que ubica la causalidad del despido y la prohibición del despido *ad nutum* en otra disposición constitucional. Es decir, el núcleo duro o contenido esencial del derecho a la protección contra el despido arbitrario se encuentra en el artículo 22 de la Constitución, dado que el artículo 27 no tendría autonomía conceptual para proscribir el despido *ad nutum*, requiriéndose entonces de una aplicación conjunta con el artículo anteriormente citado.

En nuestra opinión, era posible darle un contenido esencial al derecho a la protección contra el despido arbitrario acogiendo como elemento fundamental el término "adecuada" cuando la norma reconoce el "derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario". El Tribunal omite este análisis, que permitiría valorizar la causalidad en el despido e incluirla en el propio artículo 27, sin tener que recurrir a otra norma constitucional. Así, en esta interpretación, cuando el artículo 27 de la Constitución contempla una adecuada protección contra el despido arbitrario, sí determina la forma de protección – en contraposición a la tesis del Tribunal que considera que el artículo 27 no determina la forma de protección – la misma que debe responder a un principio de causalidad del despido, que el legislador debe cautelar. No habría entonces un mandato abierto al Legislador, sino un mínimo de protección que la ley debe garantizar, no en virtud del derecho al trabajo sino del propio artículo 27.

Es de advertir hasta aquí, que el término "adecuada" garantiza una exigencia mínima expresada en la causalidad del despido, mas no se refiere a la reposición o a la indemnización como mecanismos de reparación frente al despido arbitrario, cuestión que se analiza más adelante y que también forma parte de la discusión jurídica. Es decir, no se analizan aquí los efectos del despido arbitrario, sino la exigencia de causalidad.

Ahora bien, el desarrollo doctrinario que ha tenido el derecho al trabajo permite advertir la existencia de tres sentidos: "en primer término, la pretensión protegida por el propio texto constitucional – de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y finalmente, un puesto estable". El Tribunal, como se ha señalado, reconoce la existencia de dos sentidos, que coinciden con el primer y tercero antes citados. Esta posición doctrinaria, con un amplio desarrollo en la literatura jurídica y en la jurisprudencia española, tiene cabida en la regulación constitucional española que no tiene disposición expresa sobre protección contra el despido arbitrario – como

* Al respecto, SASTRE IBARRICHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 731. En relación con la sentencia del Tribunal Constitucional, véase comentario en García Granara, Fernando. *El derecho al empleo y el despido arbitrario*. En: *Revista Derecho y Sociedad*, Número 19, p. 247.

si la tiene y de modo expreso la Constitución Peruana – de tal forma que el derecho al trabajo se convierte en el eje de recepción y desarrollo del principio de estabilidad.

Es gráfica la expresión del profesor Pedrajas Moreno cuando al examinar las influencias que los derechos fundamentales constitucionalmente amparados ejercen sobre la institución laboral del despido, se pregunta “*si existe alguna previsión en la Constitución que, de forma expresa y explícita, se refiera a dicha figura*”.⁸ Y señala en referencia al régimen español: “*Evidentemente la respuesta es necesariamente negativa: ningún precepto constitucional, no ya de los que regulan los derechos fundamentales, sino incluso ningún otro de todo el texto de la Norma Fundamental, hace referencia directa al despido, estableciendo algún principio sobre su regulación o alguna garantía frente al mismo*”.⁹

En este caso particular, considerando la regulación constitucional peruana, era más efectivo y acorde con las normas constitucionales, desarrollar el contenido esencial del derecho a la protección contra el despido arbitrario, antes que construir una tesis del derecho al trabajo, que precisamente se basa en un aporte doctrinario construido en defecto de regulación expresa. Por ello, las categorías y argumentos doctrinarios que en esta sentencia se dan al derecho al trabajo reducen el campo de aplicación de la regulación constitucional de la protección contra el despido arbitrario, la que quedaba convertida en un mandato general al legislador sin límites conceptuales precisos.

El examen jurídico no puede dejar de relieves estos aspectos, sin perjuicio del interés social que el análisis de esta materia despierta, pues desde el punto de vista jurídico deben definirse los contenidos y límites de las reglas constitucionales.

1.2. El viraje sustancial de la posición del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del artículo 27 de la Constitución Política

La posición del Tribunal Constitucional ha tenido un viraje sustancial en la sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en la acción de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente 976-2001- AA/TC- Huánuco) al entrar a desarrollar el artículo 27 constitucional, dejando de lado la alusión directa al artículo 22 sobre el derecho al trabajo, aunque manteniéndola como una referencia para el caso del despido incausado. Entra pues el Tribunal a enfatizar y desarrollar, como correspondía desde la primera sentencia, el contenido esencial del artículo 27 y en especial el adverbio “adecuada”.

Luego de reconocer que el artículo 27 constituye un “derecho constitucional de configuración legal”, el Tribunal desarrolla una tipología de los mecanismos sustantivos y procesales de protección frente al despido arbitrario que contiene el artículo 27, distinguiendo dentro de los mecanismos sustantivos a la protección preventiva, que comprende la exigencia de causa y el procedimiento previo al cese, y a la protección reparadora, ubicando en esta última los diferentes supuestos de protección contra el despido, sea que se trate de un despido con una regulación específica legal o aquellos que afectan derechos constitucionales fundamentales.

Señala el Tribunal, en criterio de interpretación constitucional, que “*el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en el artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la norma suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad (...)*” (Fundamento 11).

⁸ PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 132.

⁹ PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Ibidem*.

Adviértase entonces la idea de proporcionalidad como pauta de regulación mínima que, en nuestra opinión, se aprecia en lo que atañe *"al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución, el legislador puede optar, entre otras fórmulas intermedias, por las siguientes"* (Fundamento 12.a), de la que forman parte la dimensión sustantiva (preventiva o reparadora del despido) y la dimensión procesal de protección (que se presenta en función del reconocimiento de la indemnización o de la reposición como efectos del despido, así como la protección jurisdiccional). Así, el Tribunal entiende que la ley debe acoger *"fórmulas intermedias"*, no absolutas ni extremas, garantizando la formalidad (derecho de defensa y debido proceso), la causalidad del despido y la adecuación a las normas constitucionales.

En la protección preventiva *"la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario"* (Fundamento 12.a.1), por lo que la legislación exige el sometimiento a un procedimiento previo y la imputación de causa justa. Ya el Tribunal ha establecido un criterio según el cual, se presenta una lesión constitucional al debido proceso o al derecho de defensa cuando se infringen estas exigencias, lo que nos muestra una base constitucional diferente al artículo 27.¹⁸

Lo que puede derivarse de esta posición del Tribunal es que el artículo 27 no contiene una referencia directa y específica a la exigencia del debido proceso y el derecho de defensa en el caso del despido disciplinario. Es más, por sí solos o en conjunto, los derechos al debido proceso y a la defensa pueden determinar, como lo reconoce el Tribunal, la reposición del trabajador cuando existe lesión constitucional a tales derechos.

En la protección reparadora contra el despido arbitrario, el Tribunal se ocupa de la previsión legal de una compensación económica o una indemnización por el despido arbitrario, como una reparación patrimonial del despido. Y señala que la ley y el Protocolo de San Salvador, han *"previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional"* (Fundamento 12.a.2). Sin embargo, es preciso destacar que el Tribunal vincula la indemnización a la aceptación del trabajador, lo que significa que no analiza *per se* la indemnización como mecanismo reparador, dado que esta se encontraría subordinada a la aceptación del trabajador para extinguir la relación laboral. Ello tiene una objeción técnica, pues la calificación del acto de despido no se sujetaría a una regla objetiva prevista en el ordenamiento jurídico, sino que se desplaza en última instancia a la voluntad del trabajador.

Ahora bien, en lo que respecta a la lesión de derechos constitucionales, el Tribunal ratifica la tendencia jurisprudencial en el sentido que la protección constitucional que el ordenamiento jurídico debe proveer al justiciable es retornar las cosas al estado anterior a la violación constitucional. Esta es la finalidad de la acción de amparo constitucional, de tal forma que *"el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario"*. En nuestra opinión, este aspecto no se encuentra en discusión y es consecuencia del carácter alternativo del amparo, de su naturaleza jurídica de restitución y de la obligación del Estado de proveer mecanismos de protección frente a una lesión constitucional.

En cuanto a la lesión de derechos constitucionales, la sentencia se dirige a revisar las normas constitucionales que pueden afectarse con ocasión del despido. Es decir, el despido no solo se ubica en el marco del artículo 27 constitucional, sino que puede originar una lesión a otros derechos fundamentales constitucionales que requieren de una protección procesal. Este

¹⁸ En intermite precisar los aspectos relativos a la formalidad que reviste el acto de la lesión constitucional al debido proceso y derecho de defensa. Nos remitimos al interesante artículo de ARCE ORTIZ, Elmer, *"La relevancia constitucional de la formalidad y procedimientos en el despido. La construcción del Tribunal Constitucional"*, En: *Arbitraje Laboral*, Número 149, Mayo 2003, pp. 9 y 10.

punto es importante en el avance de la protección a los derechos fundamentales, pero no determina el contenido concreto del artículo 27.

En realidad, el punto central de construcción jurídica del contenido esencial del artículo 27 en cuanto a la protección restitutiva no radica en la exigencia de causalidad en el despido, ni en el derecho a la defensa o al debido proceso, sino en la regulación de los efectos que el despido origina cuando se infringe esta exigencia, es decir, determinar si el sistema admite la indemnización o la reposición como efecto jurídico de la ilicitud del despido.

Para que el despido origine la reposición (efecto restitutorio) con ocasión de una acción de amparo por afectación del artículo 27, debería afectar el contenido esencial de esta disposición, pero precisamente dicho contenido admite la posibilidad de una regulación legal que puede acoger válidamente a la indemnización o la reposición, tal como lo establece el Protocolo de San Salvador. En este orden de ideas, tanto la indemnización como la reposición, constituyen fórmulas intermedias que admite el artículo 27 en relación con su configuración legal.

No forman parte del contenido esencial del artículo 27 constitucional sino de otras disposiciones, la protección del debido proceso, el derecho de defensa, la libertad sindical, el principio de igualdad, entre otros, que tienen protección procesal tanto en la legislación como en sede constitucional.

2. Los efectos del despido arbitrario

Un segundo punto de discusión jurídica respecto a la posición del Tribunal expresada tanto en la sentencia del 11 de julio de 2002 y en su aclaración, así como en la sentencia del 13 de marzo de 2003, consiste en definir si la reposición es un mecanismo de reparación frente a un despido *ad nutum*.

En este tema y para efectos de delimitar las consecuencias originadas en un despido arbitrario, es preciso sentar como premisas las siguientes, que han sido recogidas por el Tribunal Constitucional:

- La lesión de derechos fundamentales de la persona constituye un acto inconstitucional que legitima la recurrencia a la acción de amparo.
- El análisis de la lesión de derechos constitucionales en las acciones de garantía o en las acciones de inconstitucionalidad se realiza desde una perspectiva constitucional y con prescindencia de las instituciones legales de naturaleza laboral que se desarrollan a nivel infraconstitucional.
- Corresponde al ordenamiento jurídico proveer al justiciable de los mecanismos más efectivos y rápidos que permitan la restitución y goce de sus derechos, lo que origina una protección sustantiva y procesal.
- La sanción ante la lesión de derechos constitucionales es la invalidez del acto ilícito. Ello es concordante con la finalidad de las acciones de amparo cuya consecuencia principal es el efecto restitutorio, es decir, el retorno de las cosas al estado anterior al de la violación constitucional.

Advertidas estas premisas, corresponde definir si la afectación del derecho al trabajo o del derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario son determinantes para el efecto restitutorio y la consiguiente reposición.

Ya hemos establecido que para que se produzca la reposición como consecuencia de una acción de amparo debe existir una lesión constitucional. Ello ocurre, como lo reconoce el Tribunal en la sentencia del 13 de marzo de 2003, en el caso del despido nulo, o en los despidos en los que

se afecta el debido proceso o el derecho de defensa, que lesionan directamente derechos constitucionales, diferentes a la protección contra el despido arbitrario. Pero ¿cuál es la infracción constitucional en el despido arbitrario que no sea compatible con la indemnización? Si la ley establece el pago de indemnización como sanción frente a un despido arbitrario y esta es una "formula intermedia" como lo reconoce el propio Tribunal, resulta necesario concluir que el despido arbitrario - sin expresión de causa o sin acreditación de la causa - no es una facultad del empleador, pues no hay facultades "sancionables". No puede existir entonces lesión constitucional del derecho a la protección contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27 de la Constitución Política, pues aquí la ley opta por una sanción expresa. Es más, según la tesis del Tribunal el despido sin expresión de causa (*ad nutum*) sería inconstitucional mas no así el despido sin causa probada, a pesar de que el efecto del despido es el mismo: se trata de un despido en el que un trabajador fue cesado sin causa justa.

Si no puede sustentarse la opción de reposición en el artículo 27 de la Constitución, la única forma de lograr la reposición es a través de la alegación del derecho al trabajo, con el contenido propuesto en la primera sentencia del 11 de julio de 2002, es decir, la estabilidad en el empleo. Sin embargo, la recurrencia al derecho al trabajo es insuficiente para llegar a la conclusión de reposición, como parece reconocerlo la sentencia del 13 de marzo de 2003 en la que precisamente se construye un sistema de protección preventiva y reparadora que únicamente hace alusión indirecta al derecho al trabajo.

En el Fundamento 14 de la sentencia del 13 de marzo de 2003 se alude al derecho del trabajo cuando se explica el caso del despido incausado:

"Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución y demás conexos.

Se produce el denominado despido incausado, cuando:

Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique." (Negrita nuestra).

Con esta referencia, el derecho al trabajo aparece también comprendido como complemento de la regulación del artículo 27 que se explica en la sentencia del 13 de marzo de 2003, lo que llevaría a asumir que se trata de disposiciones complementarias. No obstante, no se ha demarcado su ámbito de aplicación y contenido esencial.

La admisión del despido sin expresión de causa (*ad nutum*) por el legislador en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL puede ser objetable desde el punto de vista de técnica legislativa (concretamente en su redacción), pero en estricto no se trata de una facultad, ya que está sujeta a una sanción del ordenamiento jurídico.¹² En tal sentido, el régimen legal del despido sin expresión de causa no admite un acto como válido o legítimo, sino que sanciona un acto irregular.

Aunque en forma expresa en la sentencia del 13 de marzo de 2003 el Tribunal ha ratificado la inconstitucionalidad del despido incausado generando entonces supuestos adicionales de reposición que en la práctica amplían el protección contra el despido arbitrario¹³, no define con precisión cuál es la razón por la que la indemnización no constituye una sanción adecuada para el ordenamiento jurídico constitucional.

¹² Véase el artículo de CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos y PIZARRO DÍAZ, Mónica. *El derecho a no ser despedido sin causa y el derecho a no ser despedido sin causa justa*, En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Octubre 2002, pp. 89 y ss.

¹³ Como lo analiza TOYAMA MEYAGUSUKU, Jorge. *La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica*. En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Octubre de 2002, pp. 61 y ss. Del mismo autor. *El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral: El caso Telefónica*. En: *Revista Americana Laboral*, Número 146, Febrero 2003, pp. 9 y ss.