

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL  
DE IGUALDAD, CON LA INDEMNIZACIÓN POR  
TIEMPO SERVIDO EN EL SERVICIO PÚBLICO**

**ROCÍO RODRÍGUEZ ACAJABÓN**

GUATEMALA, DICIEMBRE DE 2007

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD,  
CON LA INDEMNIZACIÓN POR TIEMPO SERVIDO EN EL SERVICIO PÚBLICO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ROCÍO RODRÍGUEZ ACAJABÓN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA**

**EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, diciembre de 2007



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

**DECANO:** Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
**VOCAL I:** Lic. César Landelino Franco López  
**VOCAL II:** Lic. Gustavo Bonilla  
**VOCAL III:** Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
**VOCAL IV:** Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja  
**VOCAL V:** Br. Marco Vinicio Villatoro López  
**SECRETARIO:** Lic. Avidán Ortíz Orellana

**RAZÓN:** «Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis». (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

**LIC. JOSÉ LUIS GUERRERO DE LA CRUZ  
ABOGADO Y NOTARIO  
COL. 5621**



Guatemala 25 de octubre de 2007

**Licenciado  
Marco Tulio Castillo Latín  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria**

Licenciado Castillo Latín:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa Jefatura en su momento oportuno en el que se dispone nombrar al suscrito como Consejero de Tesis de la Bachiller **ROCÍO RODRÍGUEZ ACAJABÓN**, le informo:

Que la estudiante Rodríguez Acajabón presentó el tema de investigación **“VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD, CON LA INDEMNIZACIÓN POR TIEMPO SERVIDO EN EL SERVICIO PÚBLICO”**.

El trabajo de tesis presentado por la Bachiller Rodríguez Acajabón, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de esta Facultad, relativos al contenido científico y técnico de la tesis, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas, siendo las conclusiones y recomendaciones del trabajo presentado una contribución científica para la Facultad.

Por lo anterior concluyo el presente dictamen para que el trabajo presentado por la Bachiller Rodríguez Acajabón, continúe con el trámite respectivo, con mi **APROBACIÓN**.

6ª. Avenida "A" 14-62 Oficina 4 Zona 1 Ciudad  
Teléfono 2251-4201

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de noviembre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ROCÍO RODRÍGUEZ ACAJABÓN, Intitulado: “VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD, CON LA INDEMNIZACIÓN POR TIEMPO SERVIDO EN EL SERVICIO PÚBLICO”.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.

**LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc.Unidad de Tesis  
MTCL/sllh

**LIC. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**COL. 4596**



Guatemala 28 de noviembre de 2007

**Licenciado**  
**Marco Tulio Castillo Latín**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Ciudad Universitaria**

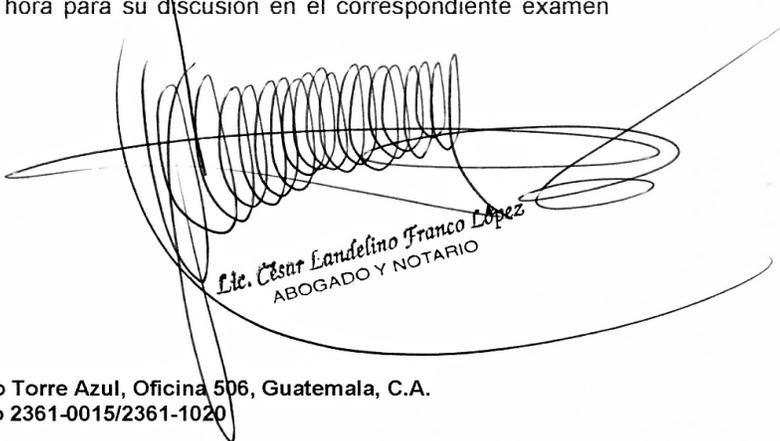
Licenciado Castillo Latín:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa Unidad en su momento oportuno en el que se dispone nombrarme Revisor del trabajo de tesis de la estudiante **ROCÍO RODRÍGUEZ ACAJABÓN**, el cual se intitula **“VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD, CON LA INDEMNIZACIÓN POR TIEMPO SERVIDO EN EL SERVICIO PÚBLICO”**, rindo el siguiente dictamen:

De la revisión del trabajo se establece que cumple con todos los requisitos exigidos específicamente en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de esta Facultad, que se refieren al contenido científico y técnico de la tesis, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas, siendo las conclusiones y recomendaciones del trabajo presentado una contribución científica para la Facultad.

Así mismo cabe resaltar que el trabajo de tesis presentado, aborda un tema muy importante ya que se dirige al estudio de uno de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana y garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala, como lo es la igualdad, en este estudio haciendo referencia a la Indemnización por tiempo servido en el servicio público, habiéndose apoyado la estudiante en las leyes pertinentes como son la Ley de Servicio Civil, el Código de Trabajo y la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por lo anterior y en virtud que el trabajo presentado por la estudiante Rodríguez Acajábón, cumple con las exigencias requeridas, considero que debe continuar su trámite, a efecto de que se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.



*Lic. César Landelino Franco López*  
ABOGADO Y NOTARIO

4ª. Calle 7-53 Zona 9 Edificio Torre Azul, Oficina 506, Guatemala, C.A.  
Teléfono 2361-0015/2361-1020

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C A



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de noviembre del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ROCÍO RODRÍGUEZ ACAJABÓN, Intitulado "VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD, CON LA INDEMNIZACIÓN POR TIEMPO SERVIDO EN EL SERVICIO PÚBLICO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh





## **DEDICATORIA**

- A DIOS:** Ser que me dio la vida y me iluminó para alcanzar una a una las metas propuestas.
- A MI MADRE:** Por su amor y dedicación para verme lograr mis propósitos.
- A MI ABUELA:** Por ser una guía y un ejemplo de vida para mí.
- A MIS AMIGOS:** Compañeros de logros, alegrías y tristezas.
- AL LICENCIADO:** César Landelino Franco López, por sus sabias enseñanzas y su apoyo.
- A LA FACULTAD DE:** Ciencias Jurídicas y Sociales por abrirme las puertas para ver logrado mi propósito de convertirme en profesional.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Glorioso templo del saber.
- A USTED:** Especialmente.



## ÍNDICE

Introducción.....	Pág. i
-------------------	-----------

### CAPÍTULO I

<b>1. Aplicación de los derechos fundamentales en la relación individual de trabajo.....</b>	<b>1</b>
1.1. Horizontabilidad de los derechos fundamentales.....	1
1.2. La legislación necesaria.....	4
1.3. Relativización del Derecho del Trabajo en su aplicación.....	4
1.4. La civilización del Derecho del Trabajo.....	5
1.5. El Derecho común y los derechos fundamentales inespecíficos en las Relaciones laborales.....	6
1.6. Caso del empleo público.....	7
1.7. Influencia de la revolución tecnológica y de la globalización.....	8
1.8. Los derechos fundamentales de los empleadores.....	13
1.9. La concepción de la empresa, como pauta de compatibilización.....	14
1.10. La modulación de los derechos fundamentales y los límites Consiguientes.....	16
1.11. Los límites de los límites.....	26
1.12. Relación de los derechos fundamentales en el desarrollo económico y social particular.....	31
1.13. Riesgos en la aplicación de los derechos fundamentales.....	32

### CAPITULO II

<b>2. Violación a los derechos fundamentales por el empleador.....</b>	<b>33</b>
Respecto de los derechos fundamentales específicos.....	33
Respecto de los derechos fundamentales inespecíficos laboralizados.....	38
Respecto de los derechos fundamentales inespecíficos no laboralizados.....	48
Violaciones al deber de trato igual.....	51



La discriminación en el contrato de trabajo.....	51
Discriminación directa.....	51
La discriminación indirecta.....	66

### CAPITULO III

<b>3. La terminación del contrato de trabajo.....</b>	<b>69</b>
3.1. Definición.....	69
3.2. Causas sin responsabilidad.....	69
3.2.1. Muerte del trabajador.....	70
3.2.2. Terminación por mutuo consentimiento.....	71
3.2.3. Terminación del contrato de trabajo a plazo fijo o por obra o servicio determinado.....	72
3.2.4. Terminación por quiebra o concurso del empleador.....	74
3.3. El despido.....	75
3.4. El despido con justa causa.....	77
3.5. La protección contra el despido.....	81
3.6. Despido nulo.....	82
3.7. El sistema indemnizatorio como castigo al despido injusto.....	82
3.8. El régimen del despido justificado del servidor público.....	83
3.9. Causales de terminación justificada para el despido de un servidor Público.....	84
3.10. Consecuencias del despido de un servidor público.....	85
3.11. Rehabilitación del servidor público.....	86
3.12. El procedimiento de despido del servidor público.....	86

### CAPÍTULO IV

<b>4. La vulneración de la garantía de igualdad en materia de indemnización por tiempo servido para los trabajadores del servicio público.....</b>	<b>89</b>
4.1. Convenio Internacional de Trabajo sobre la discriminación /empleo y desocupación/.....	89
4.2. Regulación de la indemnización por tiempo servido.....	93
4.2.1. La norma contenido en el Artículo 61 numeral 7 de la Ley	



de Servicio Civil.....	95
4.2.2. La norma contenida en el Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	95
4.2.3. La norma contenida en el Artículo 78 del Código de Trabajo...	96
4.3. La confrontación de la garantía de igualdad.....	96
4.4. La reforma a la Ley de Servicio Civil, como forma de extinguir la confrontación a la garantía de igualdad.....	97
CONCLUSIONES.....	98
RECOMENDACIONES.....	100
BIBLIOGRAFÍA.....	101



## INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de las relaciones de trabajo en el servicio público también se habla de las enormes diferencias que en materia de regulaciones laborales existen entre ese grupo de trabajadores y los trabajadores del servicio privado. La forma desigual en que se regulan las relaciones de trabajo del Estado con sus trabajadores en relación a como se regulan las que tienen lugar en el servicio privado, permite advertir que cuando se dispuso regular las relaciones de trabajo en el Estado se idealizó a los servidores públicos como trabajadores de segunda categoría, cuyos derechos debían de ser menores a los de los trabajadores del servicio privado. Aunque las desigualdades son la constante en las relaciones de trabajo del Estado, una de las que más es visible y significativa por el daño que a los trabajadores del Estado ha provocado a lo largo de los años es la relacionada a la forma en que se paga la indemnización por tiempo de servicio que por despido injustificado se paga a los trabajadores del Estado. Lo anterior originado por la seria limitante que al pago del tiempo de servicio establece la norma 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que aunque utiliza la misma base de cálculo para el pago de la prestación, regula una forma distinta para el período de servicio por el cual va a retribuirse la indemnización por despido injustificado. De consiguiente a esta diferencia que hace que una misma situación se regule de manera diferente a como se regula para los trabajadores del servicio privado el pago de la indemnización por tiempo servido, hace que, la vulneración a la garantía de igualdad sea notoria en perjuicio de los trabajadores del Estado, que a consecuencia de esta situación ven disminuido el pago del tiempo que han servido al Estado como su empleador.

Derivado de lo anterior, el objeto de este trabajo de tesis será demostrar la confrontación que con la garantía de igualdad presenta la vigencia de las normas 61 numeral 7 de la Ley de Servicio Civil y 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala con relación a la forma en que se paga el tiempo de servicio por despido injustificado de los trabajadores del Estado. Así, el estudio que hoy se presenta se contiene en cuatro capítulos de los cuales el primero está dirigido a el estudio de la aplicación de los derechos fundamentales en la relación individual de trabajo; el segundo capítulo que analiza la violación a los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo por parte del empleador; el tercer capítulo que se refiere a analizar la forma de terminación del contrato de trabajo en general y el despido injustificado en



particular; finalmente un cuarto y último capítulo cuyo objeto es demostrar la concurrencia de la vulneración de la garantía de igualdad en materia de indemnización por tiempo servido para los trabajadores del servicio público.

### **La Autora**



## CAPÍTULO I

### 1. Aplicación de los derechos fundamentales en la relación individual de trabajo

#### 1.1. Horizontalidad de los derechos fundamentales

Mucho se ha mencionado en relación a que la proyección de la aplicación de los Derechos Fundamentales a las relaciones privadas supone un paso importante en el reconocimiento de la profundidad que poseen, a partir de la constatación de que el ingreso del trabajador –persona humanar- al ámbito de una relación contractual voluntaria, supone justamente un recorte a su autonomía de la voluntad, consistente en la opción de someterse a las órdenes e instrucciones de otro sujeto. Pero subrayando que tal sometimiento no significa marginarlo de las normas generales que reconocen los Derechos Fundamentales a “todos los habitantes”. Con palabras de la Doctrina Española, “en un Estado social de derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social. Las relaciones entre particulares, bien que con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de la aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional u ordinario, del que se deriva el principio de igualdad de trato”.

De una manera simple pero definitiva, se expresó hace tiempo que hoy ya no se puede decir que la Constitución formal obliga exclusivamente a los órganos de poder, sea para impedirles violarla, sea para compelerlos a hacer lo que ella ordena. La Constitución formal se filtra también a las relaciones entre particulares con similares exigencias. Así se observa nítidamente que en los contratos individuales de trabajo, empleador y empleado enmarcan sus derechos y sus obligaciones en los preceptos de la Constitución, por manera que toda violación a los derechos en ella reconocidos expresa o implícitamente se impregna del vicio y de la nota de inconstitucionalidad. Y esa inconstitucionalidad por conductas privadas es tan controlable y reparable en sede judicial como en el supuesto de provenir de actos del Estado. Destaco esta última expresión porque representa sintéticamente la culminación de la evolución del pensamiento que se ha señalado y que en la doctrina ha dado lugar a una proficua producción. Y esto es digno de destacarse porque se da el rescate de la protección directa constitucional, respecto de los derechos reconocidos en la Constitución y se produce expresamente por ejemplo



con relación a uno de los Derechos Fundamentales (el de huelga), para limitarlo en función de la vigencia de otro Derecho Fundamental (el de propiedad). De manera que esta claro que el terreno en el cual se produce la horizontalidad es precisamente en el de los derechos sociales. Quienes objetaron –sobre todo en el derecho europeo continental- esta postura, conciben a los Derechos Fundamentales como “preceptos normativos surgidos para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del Estado, pero que no tienen razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares”. El argumento se basa, como se ve, en una supuesta igualdad de posicionamiento entre los particulares, lo cual implica marginar situaciones reales en las que esto sólo se puede postular formalmente, dado que en realidad existen múltiples factores de orden económico y social que desmienten tal hipótesis. Es que el concepto original de los derechos fundamentales estaba impregnado de la idea de protección del individuo frente, como se ha dicho, a la autoridad estatal. Pero la incorporación progresiva y generalizada en las constituciones modernas y tratados internacionales de los “derechos sociales” conduce a la conclusión de que tales derechos fundamentales están reconocidos para ser respetados por todos –Estado y particulares- y esto comprendiendo, naturalmente, no sólo a grupos sino, por supuesto, a los individuos.

Para nuestro país, la incorporación del Capítulo Trabajo en la carta fundamental representa, sin duda, el acto más significativo en esta dirección y allí se pueden encontrar claramente asignaciones de derechos a personas físicas –los trabajadores- y a sujetos colectivos –los gremios-, de manera que la violación de esas garantías puede provenir tanto del Estado como de los particulares con los cuales esos sujetos tienen relaciones jurídicas. Las reflexiones que se formulan acerca de este tema recogen, precisamente ese ejemplo del que se establece que “nada hay ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos humanos esté circunscripta a los ataques que procedan sólo de la autoridad”, pues de otro modo “habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho de las garantías indispensables para su existencia y plenitud”.

Debe subrayarse que la existencia de normas especiales contenidas en distintos ordenamientos, referidas –aún sin utilizar la expresión- a los Derechos Fundamentales, confirma y facilita naturalmente la aplicación de la doctrina de la horizontalización de la aplicación de aquéllos en el derecho latinoamericano en general, con lo cual se puede sostener que, desde antes de



plantearse el debate a que se ha hecho referencia, y a que los tribunales europeos incorporarán a sus sentencias preceptos de ese tipo, ya nuestro derecho latinoamericano aceptaba esa extensión. Me refiero a normas como las de las constituciones de México y la guatemalteca, como ejemplos de dos Derechos Fundamentales protegidos de manera expresa a nivel legal, reglamentarios de normas constitucionales que definen claramente cuál es la posición tradicional del legislador en la materia. Esta referencia debe ser tenida en cuenta a la hora de tratar en particular los Derechos Fundamentales y las sanciones correspondientes por su infracción, porque al elegir estos dos ejemplos se ha tenido en cuenta que contienen la expresión de dos técnicas diferentes para el remedio jurídico y esto constituye, sin duda, un problema sustancial en punto a cómo debería encararse la cuestión cuando la ley no explicita de manera especial el camino a seguir al tratar derechos fundamentales inespecíficos no laboralizados.

Lo que resulta de este análisis es que, dada la calidad del trabajador sujeto de un contrato de trabajo, adquiere en realidad un plus de Derecho Fundamental, añadidos a los que le pertenecen como simple habitante de la República. Se produce, así, "una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por los trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo". De una manera coincidente, otro sector de la doctrina se expide en estos términos: "Como conclusión de esta evolución se ha indicado en la actualidad no es posible mantenerse anclado en la concepción decimonónica que ve los derechos fundamentales como un estricto problema de colisión entre libertad (privada) y autoridad (pública). La culminación de este desarrollo constitucional se expresa en la existencia de una vocación de las reglas constitucionales a regir directamente las relaciones jurídicas privadas. De esta forma, se da una auténtica 'irrupción' de la Constitución entre las relaciones entre particulares, y ya nada más va a escapar a su lunga mano". Aunque, a la vez, la condición de sujeto de un contrato tiene la virtualidad de modular la aplicación de esos derechos, en función de que en esa relación otra persona, el empleador, también es titular de Derechos Fundamentales.

Finalmente en relación a este tema vale la pena reseñar como la ya conocida doctrina de la Corte Constitucional española, coincide claramente con la de nuestra legislación. Ese tribunal hispánico expresó que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce



como ciudadano”, pues “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa... legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”.

### **1.2. la legislación necesaria**

Sin embargo, y pese a la conclusión a que se ha llegado, en el sentido de la admisión de la aplicación de los Derechos Fundamentales a las relaciones laborales individuales y colectivas, por la vía de que su desarrollo se halla plenamente reconocido en los textos constitucionales – sea en el texto propiamente constitucional o en el de los instrumentos internacionales incorporados-, no cabe duda de que nuestro derecho carece de una sistematización y, particularmente, de una identificación calificatoria de los Derechos Fundamentales. Es preciso, pues, el dictado de una legislación especial, en la cual se establezca de manera clara y precisa cuál es esa nómina –al menos tentativa, aunque siempre deberá tenerse presente que cualquier declaración insuficiente no significará el desconocimiento de otros derechos que resulten de la naturaleza de la persona, así como de los resultados jurídicos del desconocimiento de esos Derechos Fundamentales. Quizás esta aspiración resulte ingenua en el desorden legislativo que prevalece, sobre todo, en el terreno de las relaciones laborales y por eso la tarea del jurista se mantendrá ligada a una investigación constante para individualizar esos Derechos Fundamentales, que no deberían quedar simplemente involucrados por la inespecificidad, sino que requieren un esfuerzo para que esa nómina posea precisión, con la correlativa especificación de cuál es la consecuencia del desconocimiento de una de las partes del contrato de trabajo. Porque de eso se trata, como una contribución máxima a la seguridad jurídica, valor que acompaña, o debe acompañar, al de la juridicidad.

### **1.3. Relativización del Derecho del trabajo en su aplicación**

Parece oportuno aquí dejar una reflexión puntual vinculada con la situación sociolaboral de la actualidad, dado que a un lector desprevenido, y más aún si no posee los datos concretos referidos a esa situación, la descripción de la legislación de la cual se extraen las conclusiones



que se acaban de exponer acerca de la existencia –aunque asistemática- de los reconocimientos legales de los derechos fundamentales, puede provocar una apreciación muy positiva o relativamente favorable del régimen jurídico en la materia. Sin embargo, es preciso formular otra relativización de mayor profundidad, consistente en aclarar que, debido a las anormalidades generalizadas en materia de crecimiento y registración del empleo y, consiguientemente, en lo que respecta al acabado cumplimiento de la normativa en materia de derechos fundamentales, el universo de aplicación de aquellas disposiciones que componen el derecho de Derechos Fundamentales no tiene sino una proyección muy limitada.

Al momento de escribir este trabajo de tesis, el empleo no registrado o subempleo alcanza al 45% del total de la población ocupada, a lo que hay que añadir que sólo el 75%, aproximadamente, posee un empleo decente, dado que la contabilización de personas que son asistidas mediante distintos planes sociales como ocupados dista mucho de respetar pautas serias sobre la materia. Los propósitos de instaurar el desarrollo de un “trabajo decente” –con palabras que se han difundido en el mundo de las relaciones laborales, a partir de su utilización por los documentos de la OIT –resultan un objetivo largamente deseado y muchas veces proclamado pero nunca cumplido. Por lo tanto, debe tomarse conciencia, sin apartarnos por eso de la específica atención que merece el tema del análisis, de que, cuando se trata el tema de los Derechos Fundamentales, más que de una descripción de realidades se trata de una aspiración.

#### **1.4. La civilización del Derecho del Trabajo**

En esta descripción de la combinación y suma de derechos fundamentales inespecíficos y específicos se puede apreciar un fenómeno que presenta distintas facetas. Algunas ya se han podido advertir en lo que respecta al reconocimiento de derechos, que son propios de todos los habitantes, a un grupo de ellos, que son los trabajadores vinculados por contratos de trabajo. Podría decirse que, de algún modo, se está produciendo un fenómeno que puede calificarse –abusando del significado de las palabras- como de “civilización del derecho del trabajo”, en la medida que normas del derecho civil, o quizá mejor, del derecho común, se proyectan sobre los sujetos de relaciones laborales. Desde la prohibición de discriminación que contiene en el Código de Trabajo desde 1992, hasta las disposiciones que en el Código Civil regulan el derecho



a la intimidad y al uso de la imagen, constituyen un ejemplo de expansión civil hacia el campo laboral. Esto no es más que el desarrollo de los principios que se han examinado y resultan, por lo demás, compatibles con la doctrina y la jurisprudencia que acepta la aplicación de las disposiciones del Código Civil a la relación laboral individual cuando resultan compatibles, y con carácter subsidiario, con los principios propios del derecho del trabajo. Este tipo de proyección civilista hacia adentro del derecho del trabajo no es novedoso y ha sido motivo de debates importantes en el terreno doctrinal y jurisprudencial, para terminar con un criterio conclusorio en el que, como es sabido, debe aceptarse la procedencia de un reclamo de daño moral en el caso de un despido injustificado, cuando –al producir el acto extintivo- el empleador añade conductas superpuestas a aquél que, de por sí, constituyen elementos provocantes de un daño, independientemente del que por su parte cubre la ley laboral en forma tarifada para cubrir el daño que se produce por la sola terminación del vínculo (indemnización por tiempo de servicio).

### **1.5. El Derecho común y los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones laborales**

Cabe recordar que existe otro tipo de civilización del derecho del trabajo, registrado por la circunstancia de que, confundiendo de manera torpe los términos en que se vinculan las normas civiles y laborales, se recurre a los tribunales civiles o a criterios civiles para obtener los resarcimientos de daños como el que se acaba de explicar, o semejantes. Es decir que, a pesar de que los principios de la ley procesal establecen que la invocación de normas que no son laborales, pero que se aplicarían a la relación laboral, no obstruyen la competencia de los tribunales del trabajo, que son los que tienen que resolver siempre los conflictos entre trabajadores y empleadores, aun cuando –como se ha dicho- la norma alegada no es propia de la disciplina laboral, sino, por caso, civil, se resulta en muchos casos confundiendo su aplicación.

Aparte de esta anomalía, lo interesante es que, desde hace algún tiempo, se discute la aplicación a relaciones laborales de disposiciones que pertenecen a otras ramas jurídicas. Así sucede, por ejemplo, en los juicios en los que se plantea la inconstitucionalidad de riesgos del trabajo, o cuando se persigue por solidaridad a los socios y administradores de sociedades que han incurrido en infracciones a normas laborales de orden público. Como se ve, el punto no resulta en modo alguno incompatible con el carácter laboral de la relación y sólo depende de la



creatividad profesional que ha descubierto, después una vigencia tan antigua como la normativa que regula las sociedades en el Código de Comercio –en sus distintas versiones-, la existencia de la solidaridad aludida; o en el caso de la responsabilidad civil por accidentes y enfermedades profesionales, son pues, ejemplos válidos para encarar la cuestión de la proyección de los derechos fundamentales inespecíficos a la relación laboral, aun cuando no hayan sido laboralizados. En la experiencia extranjera, esta multiplicación de cuestionamientos por violación de derechos fundamentales ha dado lugar a comentarios de parte de la doctrina, que ha destacado precisamente lo que denomina “nuestro tiempo de derechos”. Expresando que “la formidable seducción que la noción produce en términos de igualdad jurídica –máxime cuando la expresión se sustituye, bien como tipo autónomo bien como subtipo e, incluso, como fórmula fungible, por la de ‘derechos humanos’- da cuenta de su arraigo social y de su vis expansiva; de su diseminación en todos los sectores del ordenamiento jurídico y más allá”. Y, a continuación, se llama la atención sobre los excesos en que suele incurrirse al involucrar violación de derechos fundamentales en cualquier situación que produzca un incumplimiento contractual. “por esa misma seducción del nomen también explica la necesidad de contener su expansión dentro de límites razonables a fin de evitar que la multiplicación del listado de derechos fundamentales termine degradando su vinculabilidad jurídica y desafectando su fuerza moral”.

Si bien en nuestro medio aun no ha tenido la difusión ni la disfunción que se denuncia, no pasará mucho tiempo sin que se intente aprovechar la tendencia a “nuestro tiempo de derechos” para confundir normas y situaciones y lucrar con las decisiones bienintencionadas, pero que pueden resultar inapropiadas a las reglas jurídicas que nos gobiernan. Este discernimiento es fundamental, como lo son los Derechos Fundamentales, para realizar la convivencia justa. La intención, como se ha expresado, es justamente la de ayudar a clarificar los puntos en que puede haber ocasión de desorientación y riesgo de equivocar el camino correcto.

### **1.6. Caso del empleo público**

Un campo especial en el ejercicio de proyección de derechos fundamentales no específicos y sin laboralizar es el del empleo público. Es sabido que allí siempre ha sido objeto de discusión por



los administrativistas que se apliquen o no las leyes laborales, no obstante, encontramos en el régimen del servicio público, normas protectoras que conducen incluso a la imposición de la estabilidad absoluta, con obligación de reinstalación en caso de ruptura injustificada. Sin embargo, es común –lamentablemente- encontrar personal en distintas dependencias de la Administración centralizada, o no, que no ha sido incorporado como agente con la estabilidad legal y que, bajo el subterfugio de una “contratación” –habilitada para casos excepcionales, pero utilizada con desborde de la legalidad-, se desempeña con las mismas tareas, obligaciones y responsabilidades que un empleado público (contratación encubierta bajo renglones 029 y de servicios técnicos). Cuando ese contrato no es continuado por decisión de la Administración, aun después de haberse prolongado durante meses y años, el empleado aspira a ser indemnizado por el cese, dado que no puede solicitar la reinstalación en razón de su calidad de simple “contratado”, bajo los renglones y en las calidades supuestas, a quien se le opone lo pactado en el contrato de locación que ha celebrado a su ingreso y que seguramente ha sido renovado innumerables veces.

La doctrina producida a raíz de estos reclamos presenta variantes interesantes, pero no es el caso de exponerlas en este trabajo, dedicado a otra temática, bastando señalar que más de algún tribunal se ha pronunciado favorablemente en relación a que ha establecido que la estabilidad adquirida por el desempeño de las tareas en términos prolongados, y sin distinción con las del personal permanente, requiere un tratamiento justo que haga respetar el derecho amparado por la Constitución a ser protegido contra el despido arbitrario o injustificado. Y en tales términos, reconociendo –como se puede apreciar- la presencia de un derecho fundamental, ha condenado al Estado al pago de indemnizaciones como las previstas para el derecho privado, aplicando el Código de Trabajo por analogía. Como se puede concluir, la expansión de los Derechos Fundamentales no se detiene en la naturaleza pública o privada de la relación laboral, aceptando –en las condiciones que se han explicado- la total horizontalización en la aplicación de los Derechos Fundamentales.

### **1.7. Influencia de la revolución tecnológica y de la globalización**

En lo que respecta a las causas de esta expansión es interesante el registro que hace la doctrina sobre la influencia de ciertas circunstancias, que liga a la creciente atención hacia los derechos



fundamentales en la relación laboral con la “revolución tecnológica” o, mejor aún, con las nuevas tecnologías en el terreno de la informática y de las comunicaciones. Y esto porque la organización empresarial invade áreas que anteriormente estaban vedadas, pero que –merced a esa tecnología- en la actualidad aparecen expuestas a interferencias que plantean serios problemas en torno al derecho fundamental vinculado con la intimidad del trabajador, sea por la vigilancia, el control, el temor a la utilización de los instrumentos suministrados para realizar la prestación laboral con otros fines.

Otra influencia que no debe desdeñarse es la que se origina en el tan conocido fenómeno de la “globalización”, porque los movimientos físicos y de comunicaciones a través de las fronteras y los derechos fundamentales aparecen como integrando, naturalmente, ese movimiento cultural y resultan idóneos para proteger las diferencias de distinto orden, que son resultado de esos traslados migratorios reales o virtuales. Las propias reglas internas de las empresas que se proyectan por encima de fronteras sirven para esa trascendencia cultural; no sólo en este aspecto, pero lo cierto es que se ve claramente en qué sectores aparece con mayor frecuencia un conflicto vinculado con este tema y ello revela entonces un indicio interesante sobre el origen de esta difusión en comentario. En este sentido el contagio cultural resulta impactante.

Sobre este tema resulta oportuno volcar algunas reflexiones que se vinculan con uno de los fenómenos más llamativos que, consciente o inconscientemente, padecemos todos los habitantes del planeta y que abarca y penetra todos los ámbitos de la vida. Así de general y universal es su alcance y no por nada se ha calificado con acierto como la “primera revolución del siglo XXI” a lo que se conoce como la “globalización” o “mundialización”, expresiones con las cuales se trata de calificar el proceso social que tantas manifestaciones presenta y que alcanza desde las comunicaciones –y por esa vía, el comercio internacional y la internacionalización del mercado de capitales- hasta las relaciones interpersonales –por los canales de Internet y el correo electrónico-, pasando por las influencias políticas, estratégicas, culturales, etcétera. Tal el signo de nuestros tiempos, acelerados por los cambios que se proyectan mundialmente. Si Stefan Zweig, destacado doctrinante alemán, pudo decir, hace ya décadas, “desde que me empezó a salir barba hasta que se cubrió de canas, en ese breve lapso, medio siglo apenas, se han producido más cambios y mutaciones radicales que en diez generaciones”, ¡cuánto más podemos reflexionar quienes hemos sobrevivido al siglo XX!



No es propósito de este trabajo de tesis formular un juicio sobre el fenómeno que abarca –como no puede ser de otra manera por su universalidad y por tener por protagonistas a hombres y mujeres- conductas y resultados positivos hasta “pecados que claman al cielo”, como pueden calificarse el comercio de drogas, el armamentismo, las desigualdades sociales y económicas en el ámbito nacional e internacional, etcétera. Pero lo que si parece necesario puntualizar son, más bien, situaciones concretas que, como resultado de ese proceso, muestran la consecuencia –y, a la vez, la necesidad- del estrechamiento de los vínculos nacionales, la regionalización de la economía, el acercamiento cultural con los trasvasamientos de instituciones, costumbres y, por fin, con la tendencia a la unificación de normas de comportamiento social y jurídico y cuál sería la medida de esta última acción. Naturalmente que esto se ha venido gestando en forma paulatina y sobre todo la regionalización de mercados y uniones aduaneras no son acontecimientos simples ni de reciente creación. El Mercosur tiene, como es sabido, más de treinta años de existencia, lo cual no significa que se haya instalado completamente y son conocidos los altibajos en su desarrollo y consolidación. Pero en lo que interesa, esto es, la inclusión de aspectos sociales –especialmente los de orden laboral-, aunque no expresados en el instrumento original, ha sido motivo de preocupación y de acciones más o menos consistentes que se encuentran en estadios de desarrollo.

Lo que se pretende subrayar ahora es, justamente, de qué modo la globalización, que se revela de manera sustancial en los aspectos económicos y financieros, utilizando la tecnología como instrumento para viabilizar los cambios y las decisiones, puede llegar a absorber los datos jurídicos y, obviamente, los morales. Precisamente porque la mundialización de la economía y las finanzas tiende a unificar, provoca la tentación de acompañar ese proceso con semejante dirección, obviamente, no ignorando lo que desde siempre constituyó una corriente cultural que traspasaba las fronteras políticas y trasvasaba –a veces de manera irreflexiva y negativa, por lo tanto- los sistemas jurídicos o, por lo menos, parte de ellos, de un país a otro, como sucedió en el caso del derecho del trabajo, sucesivamente influenciado, y a veces copiado irreflexivamente, del derecho italiano y español, en muchos países de latinoamérica. Pero lo que la mundialización presenta en la actualidad es una pretensión de unificación, lo cual tiene un significado y un alcance diferente. Porque este proceso ostenta una seria dificultad, cual es la de que (para universalizar el derecho –y la moral-) deba necesariamente sujetarse a los



imperativos de la economía o de la técnica y que, para evitar este sometimiento, deba recurrirse al particularismo. Naturalmente que el derecho no es funcional a la economía o al desarrollo económico.

De vuelta sobre el concepto de globalización –al que ahora podemos describir con otros caracteres que interesan más para este análisis-, se entiende por él “la pérdida de los confines del actuar cotidiano en las diversas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos interculturales y de la sociedad civil”. ¿Cómo encajan, en este proceso, las unificaciones de legislación dentro del marco de la regionalización, los mercados comunes, las uniones aduaneras? Precisamente se trata de acompañar esos procesos de regionalización, como el Mercosur, con un sistema normativo plural, al lado de los tradicionales de ámbito nacional, del cual resulten poderes extraestatales, creando un pluralismo global y quizá sea ésta la forma que ofrece mayores garantías para la acción política que favorezca la paz y la justicia dentro de las diferencias culturales y los derechos individuales, sirviendo a la vez como defensa frente a un intento de globalización jurídica que responde más bien a las líneas y exigencias de la globalización económica y financiera a que se ha aludido. La multiplicación de federaciones regionales, con sus ordenamientos plurales, constituirán vallas más seguras y múltiples a eventuales pretensiones de imposición de un “imperio civilizador”. El reforzamiento de las organizaciones internacionales y de las ONG se presenta como una vía para encauzar las fuerzas positivas de la globalización y esto como un resultado de la elemental constatación de que el hombre está, por su espíritu –que lo distingue de la bestia-, abierto al bien universal y persigue la unidad moral de todo el género humano. Un modo inaceptable de vivir la cultura de la globalización consistiría en creer que ésta ha superado el modelo antropológico del pasado. En realidad, la globalización en sus aspectos positivos abre nuevos horizontes de humanidad, sin renegar de aquellos ya conquistados, pero ese ordenamiento a que se ha hecho referencia necesita una base racional, porque el derecho es razón, no voluntad.

El hombre vive de múltiples modos su relación con el espacio y con el tiempo. Mientras las relaciones económicas no tienen límites territoriales, las relaciones entre Estados y sus instituciones están acotadas por tratados, convenios, etcétera. No bastan éstos para ordenar aquellas relaciones, porque los capitales actúan al margen de esas regulaciones. Recuérdese



que el derecho es localista y que la economía es universal, y esto puede conducir –como parece que se está viendo- a la pérdida de los confines de la actuación jurídica y moral.

Sin embargo, el derecho internacional, si deseamos entenderlo como la relación entre las naciones, esto es, entre culturas y formas de vida diferentes, y no sólo entre Estados, no puede agotarse en un supuesto derecho cosmopolita de unificación global.

Al fin de estas reflexiones en torno a la globalización o mundialización de la economía, y de las subsecuentes posibles globalizaciones del derecho, así como de las virtualidades defensivas de las regionalizaciones respecto de los efectos negativos de aquél proceso, cabe subrayar que ésta no es una diatriba en su contra sino, en todo caso, llamados de atención respecto de un proceso que no debe aceptarse como es, sino que puede tener alternativas beneficiosas para todos los hombres y no sólo para algunos.

Ojalá se esfumaran aquellas fronteras entre las naciones que impiden los intercambios que no sean mercaderías. Ojalá puedan circular libremente las personas y las ideas en todo el mundo. Ojalá se uniformen las costumbres; educación básica y atención médica gratuitas y universales; desarme universal; eliminación de la tortura y la pena de muerte; eliminación de los terrorismos de abajo y de arriba; control global del medio ambiente; mayor poder a las Naciones Unidas para preservar la paz; y constitución de la Federación Mundial en reemplazo de la policía mundial.

Tales deseos no pueden sino ser compartidos y, particularmente para América, el llamado a una orientación humana del fenómeno tecnológico que ha permitido llegar a la mundialización de las comunicaciones, con las proyecciones que se han señalado, viene de las palabras de Su Santidad Juan Pablo II, que llama a una mayor integración entre las naciones, contribuyendo de este modo a crear una verdadera “cultura globalizada de la solidaridad”, colaborando con los medios legítimos en la reducción de los efectos negativos de la globalización, como son el dominio de los más fuertes sobre los más débiles, especialmente en el campo económico y la pérdida de los valores de las culturas locales a favor de una mal entendida homogeneización.



### **1.8. Los derechos fundamentales de los empleadores**

La extensión amplia que se ha reconocido a los Derechos Fundamentales inespecíficos, cuya titularidad resulta de la amplitud de la protección a todos los habitantes, obliga a considerar la posición de los empleadores en su relación laboral, pues de ello seguramente derivará cuáles deberán ser las reglas a las que habrá que atenerse a la hora de confrontar la exigencia del respeto de un derecho fundamental invocado por un trabajador. Por supuesto lo que se acaba de expresar es válido igualmente para el análisis que luego se efectuará sobre el ejercicio de derechos fundamentales en las relaciones laborales colectivas, dado que ya se ha señalado ese reconocimiento de facultades incoercibles en la relación con el poder público y en las relaciones horizontales.

En esta dirección, cabe mencionar en primer lugar que el de propiedad es un derecho fundamental del empresario-empleador, con las limitaciones expresas que establece la Constitución y demás leyes; el de iniciativa privada, derivado del reconocimiento del derecho de ejercer toda industria lícita. A esto debe añadirse el reconocimiento constitucional del derecho de asociarse, lo cual se liga al fenómeno del gremialismo empresario, del que resultan entidades que también son titulares de derechos fundamentales, en función de la extensión reconocida a los pronunciamientos constitucionales sobre esos derechos de todos los habitantes. Bien entendido, todo esto, como sujeto a las reglamentaciones legales que, en todo caso, podrán restringir el ejercicio de esos derechos en función del interés general del cual es custodio el Estado y particularmente el Congreso en uso de sus atribuciones.

Desde siempre, y aun antes de la incorporación de los instrumentos internacionales, donde se observan precisiones acerca de la limitación al derecho de propiedad por el "interés social" (Pacto de San José de Costa Rica, art. 21), se había establecido, en forma reiterada, la validez de restricciones al derecho de propiedad, derivadas de medidas que aseguran "el orden, la salud y la moralidad colectivas", refiriéndolas al fundamento del "interés de la sociedad". Por supuesto que este criterio ha sido el mismo que ha prevalecido a la hora de juzgar las limitaciones a otros derechos individuales, es decir, extensible a otros derechos fundamentales diferentes del de propiedad: La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos



individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad.

Pero no debe limitarse el enfoque de los derechos fundamentales del empleador a los aspectos meramente económicos (los que de por sí resultan importantes en el juzgamiento de algunos enfrentamientos con derechos fundamentales de los trabajadores, si se trata de un conflicto en ese ámbito), sino que también hay que considerar los derechos fundamentales que pertenecen a la persona del empleador, cuando se trata de un sujeto físico, porque en este supuesto es obvio que debe exigirse igualdad de tratamiento en función de esa circunstancia, que lleva al tratamiento igual cuando están en juego derechos personalísimos o que se vinculan con la integridad física, la salud y –obviamente– la vida de la persona. Al examinar la nómina de derechos fundamentales, podrá apreciarse cuáles de ellos de carácter inespecífico pueden postularse tanto respecto del trabajador como del empleador, en esas condiciones.

En la doctrina española, la cuestión se presenta con idénticos términos, aunque más explícitos, como, por ejemplo, cuando se explica lo que se denomina la “Constitución económica”, según los términos del texto constitucional de 1978, en el cual se reconocen expresamente el derecho de propiedad, con el límite de la “función social de esos derechos (que) delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la “economía de mercado”, que deberá ser garantizada y protegida por los poderes públicos de acuerdo con “las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación”.

### **1.9. La concepción de la empresa, como pauta de compatibilización**

La Legislación española a este respecto expresa que la empresa del derecho del trabajo constituye un grupo organizado, es decir, un ente social. Lo que desconcierta a muchos es que la participación de los trabajadores en ese ente no se efectúa por un acto societario (como socio o asociado), sino, al menos normalmente, por un negocio contractual de cambio (contrato de trabajo); pero la relación no asociativa (relación de trabajo); experimenta algunas alteraciones no esenciales, sin embargo, que se explican por su conexión al fin de la empresa (fines operis) cuyo ejemplo más típico es el ius variando y en general el conjunto de los llamados poderes



jerárquicos del empresario que no son, precisamente, poderes de un órgano (que puede ser único) de la empresa.

Esta descripción del concepto legal de empresa se complementa con la referencia a otras disposiciones, en las cuales se encuentra pautas claras del criterio con que debe ser examinado y juzgado el ejercicio de los poderes del empleador, ejercicio éste con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción y con las que se jerarquiza la organización del trabajo en la empresa, pero respetando la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso de derecho.

En esta explicación se halla presente un concepto no siempre explorado acerca del papel del trabajador en ese ente colectivo, donde se establecen relaciones que trascienden el mero contrato, lo cual se opera en el seno de esa organización que es la empresa. Ahora bien, esta concepción permite la distinción sustancial que debe tenerse presente para juzgar el comportamiento que afecte la relación individual de trabajo y esa distinción consiste en que la empresa y el que la dirige –el empresario- ni son la misma cosa, ni sus intereses y fines son los mismos. Por eso, la referencia que se hace a las direcciones en que se deben ejercer los poderes permite, por un lado, identificar el titular de esos poderes, que no es otro que el empleador-empresario –conforme a la identidad antes descrita- y, por otro, precisar cuál es el interés jerarquizado, que es el de la empresa y no el del empresario. El fin de uno y de otra se pueden distinguir con poco esfuerzo, porque el del empresario-empleador que se comporta como si fuera el dueño de la empresa –puede suceder que así suceda, pero también ocurre que se trate de un ejecutivo sin participación patrimonial en los bienes que componen el ente constituido por la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales- tiene fines claros, constituidos por el éxito económico del emprendimiento, de lo cual debe rendir cuentas al propietario del capital; mientras que la empresa –definida en la forma que se acaba de transcribir- posee como fin la producción de bienes y servicios, sea que lo haga con fines económicos o benéficos. Y esto es, en todo caso, un medio para alcanzar sus propios fines, tanto el capitalista como el mismo trabajador, ahora bien, el inconveniente de la confusión entre el dueño del capital y la empresa es que lleva la confusión entre el fin de la empresa (finis operis) y el fin personal de alguno o algunos de los partícipes en ella (finis operarium)“.



Otros doctrinantes expresan en relación al tema que las partes de la empresa (a menos que, por accidente, lo sean también de la sociedad que es la dueña del capital) no tienen ni voz ni voto en la decisión acerca de la transformación o fusión que se decida efectuar de esa sociedad. Los gerentes, los técnicos, los empleados y obreros, etc., son, terceros no interesados en esa decisión, cuyos efectos, sin embargo, los afectan. Creo que esto último es útil para visualizar la diferencia a la que se ha aludido.

Pues bien a partir de esta idea –que debe considerarse central para entender el juego y equilibrio de derechos a que debe atenderse en caso de conflicto de Derechos Fundamentales– está claro que la compatibilización a la que debe aspirarse estará referida a los intereses y derechos del trabajador con los de más de la empresa y sólo indirectamente con los del empresario.

#### **1.10. La modulación de los derechos fundamentales y los límites consiguientes**

Se registran en la jurisprudencia española unas sentencias del Tribunal Constitucional en las que, de manera sintética, se enuncian principios que pueden ser de utilidad para el análisis que toca efectuar ahora. Ha dicho ese tribunal: “La libertad de empresa y el contrato de trabajo no son sin más un título legitimador de limitaciones de derechos fundamentales, pues el trabajador no pierde su condición de ciudadano al insertarse en la empresa; a su vez, los derechos fundamentales no pueden invocarse por sí solos como cláusulas de excepción ilimitadas que autorizasen el incumplimiento por el trabajador de sus deberes y obligaciones laborales”. Y en otros pronunciamientos insiste: “El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones laborales proscribire una actuación del trabajador dirigida intencionalmente a inferir un daño moral o material al empleador; el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza no pueden ampararse bajo ningún derecho constitucional”. Y, correlativamente, “los derechos fundamentales moralizan el contenido del contrato y, en especial, el ejercicio de los poderes empresariales que no puede producir resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, incluida la sanción por el ejercicio legítimo de tales derechos por el trabajador”.

Será, pues, a partir de estos criterios que se producirá lo que se ha denominado como “modulación” de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo. Es claro que



no será fácil establecer reglas generales en torno a cada uno de ellos, ni tampoco la idea de jerarquizarlos, dado que, como se ha visto, esta labor está condicionada por la gravedad que asuma la vulneración del derecho de que se trate. Pero no cabe duda de que, en el caso de la relación laboral, ha sido el legislador el que se ha ocupado de establecer un rango que se deduce de la calidad asignada a ciertos derechos, a los que se los ha dotado de la calidad de irrenunciables, frente a otros que no tienen esa protección extrema. Y aun frente a esta jerarquización, derivada de esa irrenunciabilidad, podrá observarse que, cuando se trata de un supuesto concreto de ejercicio del Derecho Fundamental –que, repito, se reputa irrenunciable-, la cuestión no puede resolverse sin la valoración correspondiente y allí es donde aparecen las grandes directivas de interpretación que se intenta sistematizar, en este trabajo de tesis.

Se trata de extraer los criterios que se han esbozado por la doctrina y la jurisprudencia modernas y utilizo este término porque lo cierto es que, en el máximo nivel judicial, no se hallan demasiados antecedentes que sirvan para el fin propuesto. Es básico señalar que no existe aun en nuestro ordenamiento ni en la labor cumplida por la doctrina constitucional establecida por la Corte de Constitucionalidad una sistematización especial, y por lo tanto habrá que recurrir – como he dicho- a los lineamientos más generales, tomando analógicamente las líneas trazadas en torno al tema de la limitación de los derechos constitucionales por las vías normativas. Sin embargo, es preciso destacar que una y otra situación no son asimilables; no es lo mismo calificar una limitación impuesta por la ley en el marco del ejercicio de un poder reconocido por la Constitución, en aras de valores que se estiman superiores, con lo que resulta de una confrontación entre el ejercicio de un derecho fundamental por parte del empleador frente a otro derecho fundamental que esgrime el trabajador. Éste es el problema que debemos afrontar.

También es un dato a considerar aquella reflexión de German Bidart Campos, distinguido constitucionalista argentino, en el sentido de que la igualdad jerárquica de las normas no es asimilable a la igualdad en los ejercicios de los derechos que de ellas derivan, dado que se detectan, en el medio de esta coyuntura de acciones y derechos, datos que perfilan de manera especial la solución a adoptarse en miras de la obtención de resultados justos. De otro modo, la misma idea se explica cuando se expresa que “las libertades públicas no experimentan ninguna variación de naturaleza por el hecho de que se desarrollen entre particulares o con relación a un



poder público. La misma libertad no varía de naturaleza por el hecho de realizarse frente a un sujeto privado o público. Pero el contenido no es el mismo, o no tiene por qué ser el mismo, en tanto no tiene por qué coincidir según que se contemple en relación con el poder público o con los particulares”.

Esta indicación resulta útil al momento de establecer los efectos de cualquier sanción por los incumplimientos de respeto de los derechos fundamentales, sobre todo cuando –como ocurre con nuestra legislación- no se cuenta en muchos casos con normas que laboricen los derechos fundamentales inespecíficos.

Volvemos al tema de la modulación o, como lo expresan algunos autores españoles, la “matización” indispensable de los Derechos Fundamentales cuando se incrustan en la relación individual laboral, remarcando, como se ha adelantado, que deben “hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de derechos y deberes que nacen de la relación contractual por las partes o de la correspondiente situación jurídica”.

Un punto de partida –paralelo, si se quiere, al de haber admitido por múltiples razones ya explicadas, la horizontalización de los derechos fundamentales- es el de que existe, en el centro mismo del concepto de empresa, una cierta repulsa original a los límites que derivan del ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que la noción misma de esa institución indica la existencia de una relación jerárquica con los trabajadores. El punto no ofrece discusión posible, sino que se trata de cómo hallar una conciliación adecuada –justa, en definitiva- entre la subordinación inherente al contrato de trabajo y la finalidad de la empresa. Y, a la vez, hallar igualmente el equilibrio debido para que los límites que se impongan a esa subordinación no sobrepasen los elementos inalienables que caracterizan a los derechos fundamentales.

Cuando se examinan las causas por las que se ha desarrollado últimamente la incidencia de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación individual laboral, se mencionan, la incidencia tecnológica, que puede inclinar a una mayor intervención o control del empleador sobre áreas que pueden afectar el terreno de privacidad del trabajador. Y sobre esto parece que igualmente se puede identificar otra causa originada en la tendencia notoria a la



denominada terciarización de los procesos productivos, de manera que los trabajadores —o, a menos, algunos de ellos— están en contacto directo con los clientes (en la jurisprudencia comparada se encuentran casos paradigmáticos de este fenómeno). Y esta relación con los terceros en la prestación del servicio puede originar precisamente un conflicto que afecta, o que se pretenda afecta, Derechos Fundamentales del trabajador.

No debe dejarse de lado, en este análisis, un dato central que viene a mostrar por qué, en la relación laboral individual, se pueden presentar con cierta asiduidad conflictos en esta materia. Es que en esta relación jurídica, más que en ninguna, está expuesta una persona y ya se ha visto de qué manera los derechos fundamentales reconocen su fundamento precisamente en la dignidad de la persona humana, comprometida ésta como en ningún otro caso en la relación jurídica que importa el contrato de trabajo y, consiguientemente, la implicancia constitucional de la situación. Por lo demás, la relación laboral es fuente de oportunidad para el perfeccionamiento de la persona del trabajador.

Todas estas consideraciones son las que deben tenerse presentes para que las soluciones de conflictos reúnan la mayor cantidad posible de datos que permitan una solución realista, de lo que seguramente depende una solución justa.

Un método que resultará “productivo” para el análisis propuesto consiste en plantear, en primer lugar, el fundamento de las limitaciones posibles a los derechos fundamentales, derivadas de la existencia de un contrato de trabajo. En segundo término, necesariamente aparece, entonces, el problema de cuáles son los límites de los límites, en cuyo contexto aparece el concepto de “proporcionalidad” y el de “razonabilidad”. Por último, la doctrina y la jurisprudencia extranjera han hecho hincapié en el rol de la buena fe.

Siguiendo ese camino, cabe recordar que la autonomía de la voluntad es la base misma de la constitución del contrato de trabajo y, por ende, es allí de donde puede emerger, precisamente, la autolimitación de los derechos fundamentales. Aquí el primer escollo para la aceptación de esta postura reside en que el alcance de la autonomía de la voluntad se halla constreñido por las consecuencias que se siguen de la irrenunciabilidad de derechos que provengan, precisamente, de la ley. De tal manera, lo que puede valorarse de la limitación consiguiente a



la contratación estará ceñida y será exclusivamente lo que signifique el modo en que aparece ejercido el derecho irrenunciable, pero no seguramente, en lo que represente la dejación voluntaria de un derecho que es indisponible de manera absoluta. En todo caso –y esto vale la pena puntualizarlo- es precisamente la modalidad, el aspecto, la circunstancia del ejercicio del derecho o de su invocación para frenar una acción del empleador, lo que deberá examinarse para juzgar si dicho ejercicio no configura una situación de abuso del derecho en los términos en que la ley exige una conducta adecuada –y diría, adelantándome al tratamiento específico de este concepto- obrada de buena fe.

Los ejemplos de situaciones como la que se acaba de plantear se hallan en numerosos conflictos relacionados con el ejercicio del derecho fundamental de libre expresión, pues precisamente en el modo, la circunstancia, la intensidad conceptual –las expresiones utilizadas-, las condiciones de orden ideológico de la empresa a la cual se incorporó el trabajador libremente, aceptando ciertos marcos de comportamiento, se encuentran los datos indispensables y operantes para juzgar si el ejercicio de ese derecho fundamental debe ser protegido frente a una objeción, sanción o directamente invocación de un acto arbitrario por parte del empleador. Como se observa, llevando los conceptos a los casos concretos, se entiende con mayor claridad cómo puede distinguirse entre la jerarquía del derecho y la forma en que es ejercido. Será en estas condiciones que habrá que evaluar cuál de los derechos fundamentales en juego es el que prevalecerá, sin que por eso se emita de ese modo una jerarquización absoluta de uno sobre otro. Son innumerables los casos que se han planteado y resuelto, basados justamente en el equilibrio necesario entre el derecho fundamental que se invoca y las condiciones particulares en que se ejerce o pretende utilizarse para defender una acción del empleador.

Por eso, la referencia a la autonomía de la voluntad como elemento incidente en una limitación de un derecho fundamental no puede servir exclusivamente para justificar una limitación del lado del trabajador, pero esto no significa que el contrato de trabajo deba ser dejado de lado como marco fundamental, dentro del cual se produce el conflicto entre uno y otro sujeto por vulneración eventual de un derecho fundamental.

Puede considerarse ilustrativa una sentencia del Tribunal Constitucional español en la que se desarrollan con claridad estas líneas de pensamiento. En el caso se trataba de juzgar la



procedencia de un despido disciplinario originado en las declaraciones periodísticas efectuadas por el empleado, en las que acusaba a la empresa empleadora de negligencias en el manejo y depósito de explosivos. El trabajador invocó, para cuestionar el despido, su derecho de libre expresión. En el fallo final se estableció que el despido había sido procedente, fundando la decisión en que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada. Como se ve, se comienza por afirmar el principio que se acaba de analizar respecto a la subsistencia de los derechos fundamentales del trabajador anteriores y coetáneos con su contratación.

Por otro lado aquel fallo expresa: “pero, partiendo de ese principio, no puede desconocerse que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos en la medida estrictamente indispensable para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de las normas fundamentales. Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral. En este marco de modulación a las exigencias organizativas, estrictamente apreciadas es preciso valorar el alcance del derecho a la libertad de expresión invocado por el demandante de amparo. Por ello la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa que también es objeto de garantía constitucional. Corresponde a este Tribunal la tarea de ponderar los derechos en presencia y de determinar si la restricción que se impone a un derecho está o no constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufrirá el derecho de la otra parte”.

El voto de la mayoría del Tribunal contiene la síntesis de la doctrina que allí prevalece y se han destacado los que pueden tomarse como lineamientos centrales en esta línea de pensamiento. En esa decisión del Tribunal Constitucional Español se pronunció en disidencia Casas Baamonde. En este voto se hace hincapié en que la doctrina correcta es la de examinar si la información



publicada por el trabajador no era veraz o si transgredía el secreto profesional, “contravenciones éstas que, desde luego, nunca podrían legitimarse esgrimiendo una libertad de información que no existe, por definición para comunicar o difundir datos que corresponden a la actividad y al tráfico ordinarios y regulares de la empresa, datos que pueden quedar lícitamente sustraídos al conocimiento público –y así debe respetarlo el trabajador- por más relevante que pudiera pretenderse fueran para terceros”.

En párrafos posteriores del voto minoritario, en el que se enuncian principios acerca de lo que más se analizara como los “límites de los límites” de las restricciones a los derechos fundamentales, la magistrado disidente expone: “Dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de los intereses empresariales, teniendo presente el principio de proporcionalidad. En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia de una correcta ponderación de los derechos o bienes en conflicto o, en función del supuesto, de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Aplicando este último, a los efectos que aquí importan, basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Basado en estos últimos tres criterios, el voto en cuestión se inclina por una solución contraria a la adoptada por la mayoría, dado que –según lo expresa- la estimación de la medida adoptada por la empresa “se revela innecesaria la consecución del propósito empresarial, existiendo otras más eficaces a dicho fin, como los desmentidos enviados por la empresa”, analizando seguidamente aspectos de hecho y prueba que avalan a su criterio la infracción a la exigencia de necesidad a que se ha aludido. “Ejerciendo el trabajador el derecho fundamental de



información y no siendo la medida restrictiva del mismo necesaria para la consecución del legítimo objetivo empresarial mencionado, no supera las exigencias del principio de proporcionalidad que preserva el equilibrio entre las obligaciones contractuales y los derechos constitucionales del trabajador y de la empresa”.

Como surge de la comparación de las dos posiciones expuestas en el fallo, mientras la mayoría ha hecho aplicación del criterio de la modulación de los derechos fundamentales derivada la incorporación del trabajador a la organización productiva de la empresa, la disidente apela más bien a un criterio de independencia de tal circunstancia para juzgar acerca de la vulneración del derecho fundamental, exigiendo, para su restricción, la satisfacción del requisito de proporcionalidad que comprende, como se explica en el voto, tres aspectos: la necesidad – elemento decisorio en el caso, según la valoración de la prueba que realiza- la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Resulta absolutamente imposible establecer una regla que se apoye en aquella invocación de la limitación voluntaria a que se ha hecho referencia en párrafos anteriores, ya que ni a priori, ni de ninguna manera, es legítimo relativizar el derecho fundamental por haberse aceptado la incorporación a un ordenamiento al cual se subordina y dentro del cual la ley le otorga al empleador-empresario ciertos poderes, en tanto la ley protege ciertos niveles de derechos con la técnica de la irrenunciabilidad mencionada, y en cambio sí es prudente remitir la solución del conflicto al examen de las condiciones en que es ejercido ese derecho dentro de la noción genérica del abuso del derecho, que comprende todo el ámbito de la acción jurídica del sujeto.

Cabe destacar que en opiniones tan terminantes como la del autor Valdés Dal Ré, en el sentido de que los derechos fundamentales del trabajador no experimentan variación alguna en su naturaleza en función del sujeto frente al que se pretende ejercer, se encuentra sin embargo una modulación que se apoya en otro enfoque que no es el del abuso del derecho, sino el de la colisión entre normas iusfundamentales. Se trata de un razonamiento también basado en la distinción entre el reconocimiento del derecho fundamental y su ejercicio. Y precisamente con respecto a esto es que afirma que la adjudicación de las facultades y poderes que comprende el reconocimiento de dicho derecho fundamental no es “una adjudicación absoluta sino relativa. El ejercicio de los derechos fundamentales ha de efectuarse en unos términos que resulten



compatibles con el resto de los derechos, bienes y valores constitucionalmente amparados. La compatibilidad ésta que se garantiza mediante la imposición de límites a aquel ejercicio. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador no se sustraen, desde luego, a esta regla general. No son éstos en modo alguno, derechos absolutos, son derechos cuyo contenido se encuentra limitado. Pero como cualquier otro derecho iusfundamental, los de titularidad del trabajador/ciudadano sólo pueden experimentar restricciones por otros derechos, bienes y valores de rango equivalente”.

Como se sostuvo, es evidente que el empleador –como todo habitante- goza al momento de celebrar el contrato de trabajo del derecho fundamental, como sucede con el trabajador, que no nacen –es redundante decirlo- del contrato sino que son anteriores y vienen de la Constitución (lato sensu). Ya se ha dicho que entre los Derechos Fundamentales del empleador-empresario se encuentran el de iniciativa económica y el de libertad de empresa, además del de propiedad, con todas las relativizaciones que son conocidas. Estos Derechos Fundamentales implican precisamente, además del derecho de crear la empresa y de acceder libremente al mercado, la facultad de organizar como considere conveniente a su fin económico la combinación de los factores productivos o, para decirlo con los términos legales, de organizar instrumentalmente los “medios personales, materiales e inmateriales”, lo cual se reglamenta luego en las legislaciones laborales en general, en los términos y particularidades recordados en párrafos anteriores, donde se distingue los intereses de la empresa de los del empleador-empresario. El poder de dirección del empresario forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa y en cuanto tal, ha de constar de aquellas facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes la han puesto en marcha.

Planteada la cuestión en estos términos, en los cuales se hallan ubicadas las titularidades de derechos fundamentales de ambos sujetos del contrato de trabajo, la inmediata observación que cabe efectuar es que, aun por hipótesis –pero no por eso imposible de producirse en los hechos-, los derechos fundamentales del empleador pueden verse ofendidos por el trabajador en áreas que comprendan su vida privada, su honor, su propiedad, etc., de manera que esa consideración sirve para ubicar adecuadamente la situación jurídica. Es obvio que, debido precisamente a la condición esencial del contrato de trabajo representada por la subordinación



del trabajador a las órdenes e instrucciones del empleador, el riesgo de la ofensa en sentido inverso al señalado es mucho mayor. Puede decirse que el conflicto posible es entre los derechos fundamentales del trabajador, por un lado, y los derivados de la libertad de empresa del empleador-empresario, por otro, más los derechos fundamentales del empleador considerado ahora como persona, si se tratara de un supuesto de empleador persona física. Pero debe recordarse que, por efecto de las disposiciones constitucionales referidas a la aplicación del principio protectorio, aquella subordinación propia del contrato de trabajo se halla compensada con limitaciones legales que operan como instrumento de equilibrio según la dogmática propia del derecho del trabajo. Esa compensación es la que sirve para colocar ambos grupos de derechos fundamentales en una posición de igualdad a la que puede aplicarse, precisamente, la doctrina acerca de que los derechos reconocidos en la Constitución gozan de igual jerarquía, como se ha puntualizado al estudiar el tema de la jerarquización o equivalencia de los derechos fundamentales. Aquí es donde la función judicial requiere una exigencia máxima, utilizando parámetros que modulen adecuadamente los Derechos Fundamentales en juego.

La primera regla que seguramente habrá que tener a la vista consiste en que todos los derechos reconocidos constitucionalmente tienen la misma característica: no son absolutos y se hallan condicionados por límites intrínsecos derivados de la propia naturaleza y características del derecho, o extrínsecos, como son el derecho de los demás, la moralidad, el orden público y –en definitiva- el bien común. Una disposición relevante en este sentido es la que contiene el art. XXVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, donde se establece que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 29 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y el art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por eso, se ha dicho que, cuando se trata de imponer límites al ejercicio de los derechos fundamentales, en realidad sólo se hacen aflorar limitaciones que de por sí ya posee el derecho en cuestión inserto en la Constitución. Son los límites inmanentes que no pueden considerarse estrictamente como límites, sino como elementos que posibilitan o contribuyen a delimitar el campo de ejercicio del derecho fundamental: cada derecho en mérito a la unidad de la Constitución, engloba en su contenido las restricciones pertinentes en aras de la preservación de los demás derechos,



ciñéndose el legislador a reproducir el alcance de las mismas. Así resulta que “la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental ha de hacerse considerando la Constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática.

La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad. Esta afirmación, es aplicable igualmente a los derechos humanos que integran las declaraciones, tratados y pactos incorporados por el art. 46 de la Constitución Política de la República.

### **1.11. Los límites de los límites**

Veamos ahora de qué manera operan lo que antes se denominó como los “límites de los límites”.

En el ordenamiento legal francés se registra una norma que contiene una directiva precisa acerca de cuál puede ser el alcance de una restricción de un derecho fundamental. El art. 120-2 del Code de Travail, modificado por la ley del 31 de diciembre de 1992, establece: “Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions que ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché”. Los términos destacados indican, precisamente, los dos criterios significativos de la limitación admisible a las restricciones de los derechos fundamentales. Según esto –apoyado por la doctrina-, sólo pueden admitirse limitaciones a los derechos fundamentales que sean justificadas, en primer lugar, en forma suficiente y razonable, lo cual implica la descalificación de cualquier limitación que sea arbitraria o irrazonable.

Explicando estos conceptos, que sirven en la doctrina española como inspiradores de la enseñanza y a la vez de la jurisprudencia, se explica cómo debería ser el proceso de análisis para juzgar el alcance de una limitación aceptada respecto de un derecho fundamental: Así pues una vez identificado un derecho o bien suficiente para legitimar el establecimiento de un límite, al legislador corresponde armonizar los derechos y bienes en juego al objeto de alcanzar su



optimización. Parece útil seguir el pensamiento alemán a través de lo anterior, porque seguramente se pueden extraer elementos que sirvan para la más cabal aplicación de las directivas ya establecidas por la jurisprudencia en la materia a que se ha hecho referencia, permitiendo quizás una mayor prolijidad o detalle en cada caso particular, como medio indispensable en el sistema republicano, para dar satisfacción a los ciudadanos de su derecho de conocer en profundidad el pensamiento y razonamiento utilizado por los jueces para resolver sobre sus derechos. Así, se dice en la literatura y en la jurisprudencia constitucional germánica moderna se ha reconocido el principio de proporcionalidad que supone, a su vez, tres principios: el de adecuación, el de indispensabilidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Cada uno de estos subprincipios merece una explicación particular. La limitación a un derecho fundamental que se propone debe guardar relación adecuada de medio-fin. Es decir que no basta con apelar a la invocación de un bien o derecho constitucionalmente protegido, o a un interés público determinado. Se requiere, por el contrario, que la restricción que sufre el derecho resulte apropiada, esto es, realmente útil para lograr el fin que justifica el límite del derecho.

A su vez, si el límite es apropiado, también debe satisfacer la exigencia de que resulte indispensable, o sea que, si existe otra alternativa que garantice de manera suficiente el objeto que justifica el límite, se deben rechazar todas las otras que resulten más gravosas para el derecho objeto de la limitación. En suma, en este punto de la indispensabilidad de la restricción, se transcribe la línea jurisprudencial que anota y en síntesis se expresa que debe prevalecer como la elección del medio más benigno, pero sólo cuando el límite impugnado no quepa esperar una más eficaz consecución de la finalidad pretendida con él (una suerte de aplicación del principio general de la norma más favorable).

Por último, con referencia al principio de proporcionalidad en sentido estricto, se explica –con cita de sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania–, que esto implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido. Otra vez surge la utilización de este calificativo que nos es familiar. La pauta de razonabilidad que atraviesa toda la jurisprudencia constitucional seguirá siendo, sin duda, el faro orientador en la interpretación de ésta y otras cuestiones conflictivas. La cuestión que debe analizarse y



resolverse consiste en la valoración judicial de la razonabilidad de los medios empleados. Esto no es otra cosa que contrastar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. Uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema del que forma parte, es la consideración de sus consecuencias. Entre los criterios de interpretación posibles no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de la adopción de cada uno, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia en que está engarzada la norma. Con palabras por momentos idénticas, el esquema del razonamiento es análogo al que se ha citado en el texto para enjuiciar conductas limitativas de Derechos Fundamentales.

Como resumen de la aplicación de estos principios a la jurisprudencia española en materia de Derechos Fundamentales, se ha dicho que el principio de proporcionalidad en sentido estricto no se traduce, a fin de cuentas, sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto.

En estos términos, semejantes a los que se expusieron en párrafos anteriores, donde se puntualizó la indispensable referencia a las circunstancias del modo en que se ejerce el derecho fundamental, la tarea de compatibilización que deriva de una necesaria modulación cuando se contraponen derechos fundamentales de las partes del contrato de trabajo demandará seguramente, una labor exigente por parte de los jueces encargados de dirimir los conflictos que se susciten cuando uno de los sujetos –el empleador- adopte medidas de orden sancionatorio o rescisorio por lo que considere ha constituido un incumplimiento contractual, o cuando, en su caso, sea el trabajador quien invoque la vulneración de un Derecho Fundamental por parte del empleador.



Queda por examinar la operatividad, en el razonamiento previo al juzgamiento de estos conflictos, de uno de los principios básicos que deben regir en la relación laboral: el comportamiento de buena fe.

Se observa en la doctrina y jurisprudencia española que se viene siguiendo en este análisis, como guía para que nuestro derecho profundice en la materia referida a los conflictos por Derechos Fundamentales, una llamativa coincidencia con principios receptados a nivel legal y jurisprudencial. En efecto, la buena fe contractual a que se refiere esa corriente está situada como un punto de referencia central en la apreciación acerca de la procedencia de límites al ejercicio o, en todo caso, alegación en defensa de eventuales ataques de derechos fundamentales del trabajador. Se trata, en definitiva, de una remisión a ese principio general del derecho aplicado al cumplimiento de las obligaciones laborales, como en relación a la forma en que se ejercen los derechos. En este sentido es oportuno destacar que la buena fe, ha superado el nivel de mandato moral –fundamento, al fin, de la norma- para adquirir la calidad de norma jurídica, con los consiguientes efectos de exigibilidad y coercibilidad. En esto se diferencia nuestro sistema del español, en el cual la buena fe contractual aparece más bien como una construcción doctrinal y jurisprudencial.

La aplicación del principio de buena fe contractual ha dado lugar a pronunciamientos importantes con motivo de resolverse conflictos en los cuales se hallaban en juego derechos fundamentales, y con tal motivo se ha declarado que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de la libertad considerada. Esta libertad, sin duda, no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo contractual de las relaciones jurídico-privadas, pero tampoco los principios que informan a estas últimas, y que preservan el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas, podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva. El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo proscribire sin duda, cualesquiera actuaciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño moral o material al empleador supuesto este en el que, ocioso es decirlo, el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con



abuso de confianza no podría buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno.

Sin duda que el tema presenta como ya se ha dicho, graves dificultades para llegar a soluciones universales, pero se debe intentar obtener algunas líneas maestras en torno a la incidencia de la buena fe contractual, la lealtad, la confianza, términos de alto contenido ético, pero positivizados en nuestro derecho a través de las normas del Código Civil, del Código de Trabajo y por supuesto de la propia Constitución.

En esa orientación existen antecedentes interesantes en la jurisprudencia comparada que permiten extraer algunas conclusiones al respecto. Así, parece que la posición del Tribunal Constitucional español ha transitado por posiciones de cierta restricción cuando se trata de confrontar el ejercicio de los poderes de organización del empleador con las pretensiones de modificación de las medidas internas de la empresa en pro del ejercicio de un DF de un trabajador. Esto resulta de un fallo en el cual el trabajador aspiraba a que su empleador modificara el régimen horario previsto en el contrato para permitirle el cumplimiento de obligaciones derivadas de sus convicciones religiosas. Al resolver el caso, el Tribunal Constitucional declaró que "admitir tal derecho y tal ventaja equivaldría a condicionar la organización productiva en su estructuración al ejercicio de los derechos fundamentales de su persona fuera del tiempo de trabajo", por lo que tal obligación de cambio "no puede imponerse al empresario... de forma incondicionada".

Este ejemplo revela, de algún modo, el criterio judicial que distingue lo que constituye el denominado "contenido primario de libertad", dentro del cual el trabajador puede invocar legítimamente sus derechos fundamentales para evitar conductas que lo lesionen, de lo que se representa como la "dimensión prestacional", precisada de una acción positiva de la contraparte, en la cual no se puede actuar para imponer al empleador tal proceder. La invocación de los derechos fundamentales y libertades públicas no puede servir para justificar la imposición de modificaciones de la relación contractual, ni la ruptura del marco normativo y contractual de la misma o el incumplimiento de los deberes laborales que incumben al trabajador.



Esos valores que giran –como se ha dicho- en torno a comportamientos que debieran estar inspirados en ellos, resultan definatorios para el juzgamiento de los conflictos planteados en relación con el ejercicio de derechos fundamentales. Estas pautas reseñadas son útiles para formar un criterio de valoración en la tarea de compatibilización a la que me estoy refiriendo. Bien entendido que cuando se habla de deberes de buena fe no pueden sino entenderse con el alcance bilateral que posee por definición.

Otra forma de expresar el criterio que se reseña la encontramos en una afirmación doctrinal que sostiene que “los deberes específicos de conducta del trabajador, tales como la ‘lealtad’, ‘buena fe’ y ‘confianza’ de origen obligacional, aunque no lleguen a abolir la vigencia de los derechos fundamentales, acotan el ámbito de su ejercicio legítimo”. Esta conclusión resulta, plenamente aplicable a nuestro derecho, con la acotación de que las aludidas conductas resultan claramente impuestas por la norma legal a las dos partes del contrato. Las manifestaciones de este deber se encuentran en: a) el respeto de los términos del acuerdo; b) el requerimiento al empleador antes de la resolución del vínculo; c) la consideración de la naturaleza personal de la relación laboral, y d) la sanción de la conducta contradictoria (teoría de los actos propios), dado que ésta “importa un verdadero principio de derecho y constituye una regla que admite un principio superior del cual deriva el principio general de buena fe, fundándose en el deber de actuar coherentemente”. Estas directivas, que arrancan de las normas legales, destinadas a imponer un determinado comportamiento a las partes, constituyen también, fundadamente, una directiva dada al intérprete para apreciar la conducta de alguna de ellas con relación a un caso concreto con efectos jurídicos particulares conforme a la situación planteada.

### **1.12. Relación de los derechos fundamentales en el desarrollo económico y social particular**

Por último es preciso tener en cuenta que las declaraciones, constituciones y normas infraconstitucionales, que muestran en algunos casos un alto grado de avance en la protección de los derechos fundamentales, no son prenda segura de su respeto si no están acompañadas de un adecuado desarrollo económico y social que permita la realización cabal de los valores que se proclaman. De otro modo, los derechos fundamentales pueden hallar una seria cortapisa que comprometa su verificación, en etapas de crisis económica tales como las que aquejan, no



sólo a los países tercermundistas, sino incluso a muchos de los tecnológicamente más evolucionados.

### **1.13. Riesgos en la aplicación de los derechos fundamentales**

Coherente con estas conclusiones, parece oportuno recordar las advertencias que algunos autores formulan acerca de dos riesgos, tan grave uno como el otro: por un lado, lo que se ha dado en llamar la “feudalización industrial”, como resultado de hacer prevalecer los intereses de la empresa en las restricciones de los derechos fundamentales, a lo que se refiere expresamente el Tribunal Constitucional español, denunciando el fenómeno como “repugnante al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado forma y se realiza”; por otra parte se presenta la posibilidad de que se caiga en lo que se ha llamado el “imperialismo de los Derechos Fundamentales”, olvidando que el status del trabajador dependiente impone de por sí una serie de condicionamientos.



## CAPÍTULO II

### 2. Violación a los derechos fundamentales por el empleador

#### 2.1 Respeto de los derechos fundamentales específicos

Una vez que ha quedado establecido el ámbito jurídico –las relaciones jurídicas- en el cual actúan los Derechos Fundamentales específicos, la cuestión se simplifica, por cuanto el incumplimiento o violación de esos derechos constituye, al fin y al cabo, un caso particular del más general, que regula dichos incumplimientos o violaciones. Sea en el campo de la relación individual o en el de la colectiva, existen normas que prevén cuales son las consecuencias de tales conductas ilegítimas. No parece necesario, pues, proceder a un repaso de cada uno de los supuestos porque, repito, estamos ante disposiciones de nivel constitucional y legal que ya fueron recogidas por el legislador, dándoles un tratamiento especial, propio de la disciplina. En ella los sujetos del contrato se hallan ubicados y ligados por derechos y deberes de cuyo respectivo desconocimiento o incumplimiento, se siguen consecuencias perfectamente establecidas. Sólo cabe recordar los esquemas que contienen la legislaciones laborales –y, de manera semejante, los estatutos profesionales-, en los cuales frente, a incumplimientos del empleador, se prevé cuál es la reacción admitida de parte del trabajador; si el incumplimiento resulta de gravedad insuperable, que no consiente la continuación del contrato, cabrá la denuncia de éste por responsabilidad del empleador, con las consecuencias indemnizatorias previstas en la misma ley.

Sin embargo resulta interesante destacar que, debido a la posición de subordinación que ocupa el trabajador, no es admisible el ejercicio de otra facultad equivalente a la que dispone el empleador por su ubicación jerárquica, consistente en un poder disciplinario que castigue incumplimientos que sí consienten la continuación del contrato. Lo cierto es que, por la estructura misma del vínculo, parecería que los incumplimientos menores del empleador deben ser soportados por el trabajador. Mas, es oportuno recordarlo, no pienso que en todos los casos en que el incumplimiento es grave la única salida sea la terminación del contrato. Con un ejemplo se aclarará esta observación. Si la conducta del empleador consiste en el desconocimiento o mal cumplimiento de su deber de pago de la remuneración, es posible que semejante infracción a los deberes elementales de contraprestación justifique la ruptura del



contrato por su responsabilidad, hipótesis a la que se ha hecho alusión y que representa lo que ocurre en la mayoría de los casos. No obstante, está claro –a mi juicio- que si el trabajador puede adoptar esa decisión de mayor envergadura y consecuencias también puede, aun sin consentirla, recurrir a otra vía de menor dramaticidad para conseguir que el empleador cumpla con su obligación, reclamando judicialmente el pago de las sumas debidas, todo ello sin disolver el contrato. Esta posibilidad se la ve ejercida comúnmente y ello no ha sido objeto de cuestionamiento, por cuanto está comprendida en el esquema obligacional del contrato de trabajo al cual se aplican, sin mayores matices, las disposiciones del Código Civil, por cuanto no presentan incompatibilidad –por el contrario, son claramente compatibles- con los principios del derecho del trabajo. Por eso es lícito que el trabajador persiga el cumplimiento de la obligación incumplida en los términos que prevé la legislación común.

En otros casos similares al que se ha citado como ejemplo, y ahora referidos a otros derechos fundamentales, la cuestión no presenta diferencias sustanciales. En tales términos, deben pensarse cuáles son las vías procesales adecuadas para obtener el respeto cabal de los derechos que específicamente nutren el contenido obligacional del contrato de trabajo. Si el trabajador considera que la infracción no encontrará rectificación debida en una condena que obligue a cumplir, y por lo tanto respetar el derecho conculcado, sea que el objeto de éste lo constituya una prestación material o una conducta de la contraparte, podrá acudir a la medida extrema de disolver la relación por culpa del empleador. Si, por el contrario, se percibe como adecuado el remedio de la exigencia, al afectado le bastará accionar por esa vía para obtener no sólo la prestación, sino también la reparación del daño que eventualmente el incumplimiento le hubiera inferido. Esta última posibilidad aparece como abierta y cuya aplicación a la relación laboral no puede discutirse a partir de la estructura obligacional que la envuelve, a lo que no obstan las características especiales que resultan del carácter personal de la prestación del trabajador y porque no media en el régimen especial disposición que se oponga a esa aplicación subsidiaria. Sobre todo si se tiene en consideración, precisamente, que de ese carácter emergen una serie de obligaciones de conducta y de obligaciones especiales a cargo del empleador, referidas al respecto de la dignidad del trabajador.

Todavía queda otra alternativa, consistente en que ante el incumplimiento registrado por parte del empleador y previa intimación para que se restablezca el nivel contractual de cumplimiento,



podría abstenerse de brindar su prestación hasta que el incumplidor aceptara satisfacer el deber contractual respectivo. (Este supuesto es el que los empleadores no han permitido se regule en Guatemala).

En los supuestos expuestos se está ante un conflicto de incumplimiento que no ha dado lugar a la terminación del contrato y, por lo tanto, la eventual discusión acerca de la procedencia de superar la limitación de indemnizaciones que no sean las tarifadas no es aquí predicable. La fuente civil o común de la norma a aplicarse en el caso que he planteado es el resultado de la insuficiencia consciente de las normas laborales para cubrir todas las hipótesis jurídicas que pueden presentarse en el desarrollo de la relación laboral. Tal como se ha destacado por connotados juristas, la recepción expresa de normas del Código Civil por parte de la ley laboral no ha sido completa y por momentos lo ha hecho adaptándolas, pero no ha abarcado ni excluido otras que, desde siempre, tuvieron aplicación también en el contrato de trabajo como, por ejemplo, las relativas al modo de contar los intervalos, efectos del incumplimiento, concepto de culpa y fuerza mayor, hechos y actos jurídicos en general, etcétera. Quiere decir ello que tampoco en el futuro la materia del contrato de trabajo, con sus múltiples aspectos, podrá manejarse sólo con la legislación propia sino que habrá de recurrir, ocasionalmente –además de las reglas de derecho de trabajo no derogadas- a normas y principios de derecho común.

Mientras no se alteren las normas que expresamente la legislación laboral contiene para referirse a regulaciones específicas y distintas de la ley civil o común, con relación a situaciones puntuales, como pueden ser las consecuencias de un incumplimiento grave, no existe obstáculo para que esta última resulte fuente normativa admisible para dar soluciones a los conflictos que se planteen en el desarrollo del contrato de trabajo. Esta posición se halla avalada por la opinión de diversos autores, quienes han examinado en profundidad la operatividad del derecho civil sobre las relaciones laborales en calidad de fuente subsidiaria. Así, han explicado claramente que “el derecho especial no está en contraposición con el derecho común, sino que desarrolla sus mismos principios en determinada dirección o los adapta frente a nuevas situaciones especiales y debe entenderse que tanto las ramas especiales del derecho privado como el derecho común aplican, en definitiva, los mismos principios generales del derecho (el alterum non laedere y el suum quique tribuere de los jurisconsultos clásicos, o formas más particulares de ellos); pero también es obvio que los aplican de un modo y con alcances



diferentes, pues, de lo contrario, no habría razón alguna para distinguir los derechos especiales del derecho común. Esta distinción implica, necesariamente, una aplicación especial en forma de principios especiales de los mismos principios generales del derecho, es decir una determinación o particularización distinta de esos principios generales, concretada mediante normas distintas a las del derecho común. Y, con relación a la proyección de las normas civiles sobre el derecho laboral se señala que por su calidad histórica de derecho común por antonomasia, el derecho civil tiene vocación de ser aplicable en el ámbito de los distintos derechos especiales en caso de carencia de normas de éstos. Y por razón de esa vocación (y no ser en general, los derechos especiales sistemas o ramas del derecho dotadas de integridad), esa aplicación no es analógica, sino subsidiaria. De donde el derecho civil tiene el carácter de fuente subsidiaria del derecho del trabajo, principalmente en las partes que éste tiene de derecho privado, que razonablemente toleran la aplicación de normas civiles, como son, principalmente, el derecho individual del trabajo y el derecho de asociaciones profesionales”.

Pero, precisamente por ese carácter subsidiario que se acaba de subrayar, resulta que la vocación de aplicabilidad de las normas civiles en esas partes del derecho del trabajo tiene dos límites que son: 1) la existencia de una norma laboral expresa distinta (pues por definición la subsidiaridad sólo se da cuando hay carencia de normas laborales; 2) la incompatibilidad de la norma civil –incluso en el supuesto de carencia de norma laboral- con los principios generales especiales del derecho del trabajo.

Dentro, siempre del campo de los derechos fundamentales específicos, puede suceder que sea el empleador quien tome la decisión de sancionar al trabajador por un supuesto incumplimiento que en realidad no está reñido con sus deberes contractuales y, al proceder en la forma mencionada, el empleador avanza sobre un derecho fundamental del trabajador. Aquí aparecen nuevamente alternativas de acciones a desarrollar por el afectado por la sanción. O, bien la cuestiona y si hay insistencia, acude al tribunal en los términos previstos en la ley. O estimando que dicha sanción reviste una gravedad que no se satisface con el ejercicio de una acción revisora, considera que el empleador ha incurrido, a su vez, en un incumplimiento de tal magnitud que hace imposible la continuación del contrato, por lo que procede a considerarse despedido por culpa del empleador. En tales casos, la acción de revisión de la sanción disciplinaria puede resultar suficiente y adecuada para dar solución al derecho afectado dentro



del esquema del contrato de trabajo y con aplicación de las normas específicas que lo regulan. Si esto no es lo que considera adecuado, el trabajador tendrá a su alcance la acción indemnizatoria también específica por el despido injustificado de que ha sido objeto indirectamente. En este supuesto –la disolución del contrato por responsabilidad del empleador–, las reglas propias del derecho del trabajo son las que se imponen como consecuencia en las conductas adoptadas y de las previsiones legales para tales casos.

En relación con esto último, y completando el argumento expuesto acerca de la aplicación eventual de las normas comunes, lo que importa destacar es que la inexistencia de norma especial dentro del sistema laboral no excluye la aplicación de las disposiciones del derecho común como fuente subsidiaria, únicamente vedadas cuando de su proyección al campo laboral encontrara obstáculos derivados de los principios especiales del derecho del trabajo. Porque, cuando se pretende importar del derecho común una norma que por definición es de carácter general y, al tratar de introducirla en el terreno de la legislación especial, laboral, encuentra que el lugar apuntado está ocupado por otra disposición prevista por el legislador para prever la reacción jurídica frente a un incumplimiento, se impone la repulsa de la norma general, a la que ya no le es permitido operar subsidiariamente, puesto que no existe vacío alguno que llenar.

De manera esquemática, pero suficientemente explicativa y definitoria, y totalmente coincidente con las opiniones antes mencionadas, se ha expresado que el derecho civil se manifiesta necesariamente como fuente subsidiaria en todo aquello que no sea incompatible con los principios fundamentales del derecho del trabajo. Se puede agregar que el derecho civil se inserta en el derecho laboral según cuatro modos. **1) Normas civiles que completan e integran el derecho del trabajo.** Lo que sucede cuando el ordenamiento especial no tiene una norma legal que regule la institución en cuestión. **2) Normas de aplicación ocasional en el derecho del trabajo.** Ocurre con cualquier otra rama del derecho público o privado, siempre que el derecho laboral no contenga normas especiales. **3) Normas de aplicación analógica.** Si la norma del derecho civil es compatible con los principios generales del derecho del trabajo. **4) Normas incompatibles con el derecho del trabajo.** Cuando se produce dicha incompatibilidad, quedando excluida la aplicación analógica. En los casos que se han planteado ejemplarmente, la denuncia del contrato por el trabajador, imputando la infracción a un derecho fundamental y, como se verá, igualmente cuando es el empleador el que



injustificadamente despiende avanzando sobre un derecho fundamental, encuadra en un supuesto previsto por la Ley especial y, por lo tanto, como se ha resuelto en innumerables casos en los que se trataba de incumplimientos relacionados directamente con derechos fundamentales, no resulta admisible otra reacción que no sea la que se contempla expresamente en la legislación laboral para tales supuestos, sin perjuicio de las aperturas condicionadas hacia el derecho común que se han señalado.

Como se dijo, si la disolución del contrato se produce por decisión del empleador que invoca un comportamiento de inobservancia de obligaciones grave por parte del trabajador, ligada de algún modo a un derecho fundamental, corresponderá al juez de trabajo establecer si esa conducta se hallaba o no amparada por las garantías constitucionales –en sentido amplio- o legales referidas a esos derechos, específicos y de acuerdo con su juicio reputar el despido justificado o no. Para llegar a esa conclusión –favorable o no a la posición del empleador-, deberá haber transitado los pasos y criterios, que en torno a la estudiada modulación de los derechos fundamentales, se imponen para compatibilizar los de ambos sujetos. También, en este supuesto, la aplicación de la normativa laboral en la materia resulta indiscutible por las razones que se han expuesto.

## **2.2 Respeto de los derechos fundamentales inespecíficos laboralizados**

Para estudiar cuáles pueden ser los efectos de la violación de un Derecho Fundamental inespecífico laboralizado, que ya se los examinó detalladamente, después de haber demostrado cuál ha sido la introducción de esos derechos fundamentales en el derecho del trabajo, cursando un proceso que se caracterizó como de constitucionalización del derecho del trabajo, entendiendo por tal un redimensionamiento general y particular de esta disciplina para situarla en un plano armónico con la Constitución. Con esto se quiere decir que, la recepción de los derechos fundamentales ha sido observada y, mejor dicho, realizada, por el constituyente y por el legislador y de allí el reconocimiento que surge del texto de la carta fundamental, de los instrumentos internacionales constitucionalizados y, eventualmente, de las normas de la legislación laboral que, con la misma u otra denominación, incluyen derechos fundamentales en el plexo de derechos y deberes.



Precisamente a partir de esta constatación, que comprueba que los derechos fundamentales que pueden ser invocados de manera genérica por cualquier habitante se presentan en el repertorio de la ley laboral, alineándose junto con los demás derechos, de manera que el juzgamiento acerca de su respeto o incumplimiento, pasa a tener una ejecutoriedad precisa y concreta, sin que se requiera ninguna otra operación de interpretación que no sea la que corresponde a las demás normas que regulan la relación laboral. En otras palabras, si alguna modulación era necesaria respecto de los derechos fundamentales inespecíficos, la incorporación efectuada directamente por el constituyente, el documento internacional o la ley, la ha cumplido y no necesita, pues, ninguna labor adicional a ese respecto. Como se ha dicho, se ha producido una impregnación laboral de derechos de tutelaridad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Y a partir de esta conceptualización cabe ahora examinar, cuáles son los efectos ante un desconocimiento de estos derechos.

Creo que la cuestión no puede encararse de manera diferente a lo que se ha hecho respecto de los derechos fundamentales específicos, dado que la asimilación deriva de la lógica que se ha enunciado precedentemente. Ha sido la fuente constitucional, internacional, o legal la que ha planteado, dentro de la relación laboral, el derecho fundamental con idéntico procedimiento al utilizado para la categoría de los específicos. Es que esa fuente normativa ha terminado por reconocer que algunos de los derechos fundamentales que se corresponden con todos los habitantes debían ser expresamente proclamados para los trabajadores y empleadores y, al hacerlo, añade el repertorio de derechos y deberes que regulan esa relación laboral.

Cabe por lo tanto establecer de qué modo se proyectan estos derechos fundamentales en cada una de las etapas posibles por la que atraviesa la relación laboral individual.

**a)** En la etapa precontractual no puede hablarse propiamente ni de derechos específicos (laborales) ni de derechos inespecíficos laboralizados, dado que la propia adjetivación está indicando que estos derechos fundamentales son reconocidos y reglamentados para los dos sujetos de esa relación. Si aún no se ha celebrado el contrato que formaliza el nacimiento de aquella, es evidente que no pueden postularse, de esos potenciales trabajador y empleador, derechos que sólo están reconocidos para los que por medio del contrato –o, eventualmente,



por la incorporación que suponga el acuerdo de voluntades- han adquirido aquellas calidades. Más aún, estrictamente ninguno de los derechos que contiene el Código de Trabajo de que se trate podría ser invocado por una persona que ha celebrado un contrato de trabajo, pero que todavía no lo ha comenzado a ejecutar, es decir, que se halla antes de iniciarse la efectiva prestación de los servicios, en palabras de la ley. Los efectos del incumplimiento del contrato, sea por no aceptación de la prestación comprometida, sea por su falta de concreción, o por cualquier incumplimiento de un derecho fundamental en ese tramo –ofensa a la dignidad, a la intimidad, o a cualquier otro imaginable- no pueden encontrar solución en las normas de la legislación laboral, sino que la norma aplicable remite al derecho común para el juzgamiento de tal conducta, sin perjuicio de establecer –en el supuesto del incumplimiento entendido como realización de la prestación y su aceptación- una indemnización mínima. Se utilizan las expresiones empleo y ocupación para referirse al campo de aplicación de sus prohibiciones antidiscriminatorias, en el sentido de que incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo.

Lo dicho acerca de la naturaleza extracontractual de las conductas que se concretan antes de la contratación, por lo que no pueden encuadrarse en las previsiones de las leyes laborales propiamente dichas, no significa, por supuesto, que durante la etapa precontractual no puedan producirse violaciones de derechos fundamentales mutuamente por parte de uno u otro sujeto. Esto se imagina fácilmente por las experiencias habidas y se da especialmente en los abusos y ofensas que puedan producirse respecto del derecho fundamental de intimidad del trabajador al momento de ser interrogado o investigado y aun examinado físicamente como condición de ingreso a una empresa. Sin perjuicio de que alguna de esas conductas previas a la contratación pueda luego tener repercusiones una vez celebrado el contrato, como cuando ocurre que se comprueba el ocultamiento de parte del trabajador de alguna de las condiciones que se pueden considerar esenciales para aceptar la oferta de trabajo, en cuyo caso el juzgamiento de ese comportamiento puede llevar en algún supuesto extremo a nulidad del contrato por error, o en otros al despido con o sin justa causa, cuyas consecuencias reparatorias dependerán, a su vez, del momento en que se produzca la ruptura, considerando –como es obvio- las circunstancias de hecho y prueba.



Pero lo que debe destacarse es que estas hipótesis están centradas en que el incumplimiento se habría cometido antes de celebrarse y ejecutarse el contrato, lo cual –sin embargo- aparece manifestado una vez después de iniciada la relación. Esto coloca entonces la cuestión en un terreno no demasiado claramente encuadrado en el supuesto de violación de derechos fundamentales, sino, en todo caso, de incumplimiento de los deberes de buena fe y veracidad por parte del trabajador, cuya mentira u ocultamiento produce un efecto negativo o desfavorable en el desarrollo del contrato. Distinto es el tema de si el futuro empleador violenta la intimidad del futuro trabajador con preguntas, investigaciones, compulsas médicas, etcétera. Allí sí puede aparecer una violación de derechos fundamentales, en cuyo caso –como la situación se plantea antes de la iniciación del vínculo contractual- no parece que pueda ser regida por las normas de la legislación laboral. Se trata simplemente de un caso de violación de derecho fundamental inespecífico que no pertenece al campo del derecho del trabajo. El punto aparece en general confundido en las explicaciones, pero lo cierto es que no se conoce ningún caso en el que se haya planteado la denuncia de un abuso de ese tipo en el tramo precontractual, persiguiendo algún tipo de sanción o reparación por parte de quien iba a ser empleador, y no llegó a serlo porque el pretendiente al puesto denunciara la vulneración de su derecho fundamental. Por eso, las recomendaciones acerca de cuales son los límites de la conducta del futuro empleador, si bien son correctas en su aspecto moral, no parece que tuvieran repercusión jurídica dentro del derecho del trabajo. Se dice esto no obstante conocer que existen normas internacionales –constitucionalizadas o de rango supralegal, como la del convenio 111- que se refieren a derechos fundamentales atinentes a momentos precontractuales, al utilizar expresiones que marcan claramente que el derecho que se protege no pertenece a un trabajador, entendido este término con el significado técnico-jurídico que posee en la legislación laboral. Lo cierto es que no puede decirse que el derecho fundamental de la persona que pretende ser empleada por otra y es sometida a un vejamen, de parte de esta última, que violenta su derecho fundamental, deba ser tratado como un derecho fundamental inespecífico laboralizado, sino que queda simplemente –y no por eso sin amparo jurisdiccional- sometido a las reglas igualmente inespecíficas o del derecho común.

Valen, sin perjuicio de lo explicado, algunas referencias particulares a las situaciones que se plantean y al modo en que el derecho provee las protecciones necesarias. Así puede comenzarse por recordar que en el empleo público tiene especial aplicación la garantía del art.



14 Constitucional de la no discriminación, en cuanto prevé que para el ingreso al empleo no será exigible otra condición que la idoneidad. Pero, ¿cuál es la vía abierta para superar la discriminación que pueda operarse en la selección del personal de la Administración Pública? En primer lugar habrá que tener en cuenta las normas en cada jurisdicción que regulan los procedimientos de ingreso a la Administración pública y, si en algún momento se produce el apartamiento de dichas disposiciones que deben ajustarse, obviamente, a la norma constitucional suprema –sin perjuicio de las que la acompañan desde los distintos instrumentos internacionales constitucionalizados que contienen garantías en las cuales no se observa distinción alguna sobre el carácter público o privado del empleo-, procederán los recursos administrativos, y eventualmente judiciales, para cuestionar las decisiones lesivas. A esto deberá añadirse la posibilidad de una acción de reparación de daños, abierta en todos los casos respecto de la responsabilidad estatal y también de los funcionarios.

Ya en el campo privado cabe recordar la doctrina acerca de la invalidez de normas que restrinjan el ejercicio del derecho de trabajar, que podría aplicarse en el supuesto de que las condiciones fijadas para la admisión en el empleo estuvieran ligadas a preceptos discriminatorios, como son los referidos a la condición de afiliado o, eventualmente, de no afiliado a una asociación sindical.

De la misma manera, toda norma que impusiera otras condiciones positivas o negativas que afectaran derechos fundamentales sería susceptible de ataque ante los tribunales para obtener su descalificación y, consiguientemente, la apertura de las posibilidades de competencia o ingreso del sujeto afectado.

Cabe hacer referencia aquí a la comprensión cabal de las normas prohibitivas de discriminación, en cuanto explicitan cuáles pueden ser las excepciones que justifican la elección discriminada. Así, por ejemplo, se puede mencionar la norma del art. 2º del convenio 111 de la OIT, según el cual “las distinciones, exclusiones y preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Sobre esto también puede hacerse referencia al derecho europeo donde, como se ve, la cuestión de la discriminación ha cobrado un desarrollo muy importante que registra situaciones de las más variadas y que tienen que ver con aspectos generales que pueden repetirse en nuestra sociedad y otros muy



particulares, como sucede con el trato desigual que puede otorgarse en el empleo a nacionales provenientes de países recién incorporados a la Unión Europea.

En este orden, se debe señalar que los criterios de selección deben tener relación con la naturaleza de las tareas para las que los contrata. Así, por ejemplo, se menciona que la exigencia de una altura mínima para el acceso a ciertos empleos, puede ser juzgado compatible con el principio de igualdad, aunque ese criterio cree ventajas para los hombres, sólo si el empleo necesita efectivamente una talla mínima; en caso contrario debe entenderse como discriminatorio. El punto es interesante y debe retenerse para la interpretación de otro ejemplo como el relacionado al caso en que una empresa sólo demandaba hombres, y argumentaba que las tareas para las que se precisaba personal no eran adecuadas para mujeres. En este caso se entendió que esta excusa debía ser probada y si no se entendía que no existía discriminación.

**b)** En la etapa plenamente contractual del desarrollo de la relación jurídica, los efectos de la violación de los derechos fundamentales inespecíficos laboralizados generalmente aparecen claramente encuadrados en las disposiciones de la legislación laboral o en la norma especial que resulte de aplicación. Acerca de esto hay que recordar lo relacionado a lo explicado en el apartado de Respeto de los derechos fundamentales específicos, dado que no hay motivo alguno para un tratamiento diferenciado de aquéllos. Sólo cabe recordar que, está abierta la posibilidad de invocación de aplicación subsidiaria del derecho común, tendente a obtener el respeto del derecho fundamental que se trate y a obligar al empleador al cumplimiento de sus deberes de respeto de esos derechos y aun la eventual procedencia de una indemnización de carácter patrimonial o extrapatrimonial, si se acreditan los extremos exigidos por el derecho común para estos supuestos. Los medios procesales fueron entonces enunciados y sólo podría subrayarse, para que no tenga lugar duda alguna sobre la cuestión, que esta alternativa sólo procederá en la medida en que la norma laboral no lo contemple.

**c)** En el caso de esa ruptura del contrato, considero que la regla explicada anteriormente acerca de la aplicación de las normas laborales para juzgar y sancionar el incumplimiento de la obligación de respeto de los derechos fundamentales del trabajador, resulta plenamente aplicable para el supuesto de despido, sea éste directo o indirecto. No es preciso reiterar aquí lo desarrollado en torno a la necesidad de ubicarse estrictamente en el terreno propio del derecho



del trabajo, con las aperturas al derecho subsidiario, en los términos y condicionamientos que ya han sido relacionados.

En particular, dado que se hace referencia a una hipótesis de ruptura por culpa del empleador en torno a la violación de un derecho fundamental, cabe aquí hacer mención de la doctrina según la cual el trabajador ofendido por una conducta ilícita del empleador que se añada al acto de la denuncia –sea ésta por despido directo o indirecto- tendrá derecho a reclamar, además de las indemnizaciones que contempla la legislación laboral, la reparación del daño moral que aquel acto le hubiera ocasionado. El tema ha sido objeto de estudios importantes, a los que cabe remitirse, tratando sólo de efectuar una reseña breve de los condicionamientos que esa misma doctrina, y lo mismo la jurisprudencia, le ha impuesto a la procedencia del daño moral.

En ese sentido, cabe precisar que se ha admitido doctrinariamente la pretensión de un empleado que fue despedido injustificadamente, y cuyo despido había sido publicado en el boletín de la empresa en relación con un sumario interno, de que se haga constar en su legajo y se publique en el mencionado boletín que el despido fue injustificado. El fundamento de tal doctrina fue el de que la indemnización tarifada no cubría un daño adicional y distinto, originado en la difusión pública dada a la falsa causa de terminación. Sobre la base de esa directiva, se admite casi de manera uniforme que cuando se acreditan circunstancias especiales, en las que se evidencia una conducta que lesiona en lo patrimonial o en lo moral, es procedente la condena a una indemnización adicional a la tarifada que cubra esos perjuicios. Esta doctrina resulta especialmente aplicable al caso de los despidos injustificados en los que media una afectación de un derecho fundamental, cuando, obviamente, se acreditan los extremos comprendidos en la postulación doctrinal que se ha reseñado. Para precisar la idea, sin embargo, es necesario profundizar el tema y lo cierto es que, aun asumiendo que el daño moral puede llegar a resultar procedente, no sólo por una violación de carácter extracontractual, sino también de orden contractual, como lo sostiene alguna doctrina, lo definitorio es que en el caso del despido debe distinguirse el acto extintivo puro, aisladamente considerado (el daño se resarce con las indemnizaciones tarifadas), de otros incumplimientos que desconozcan o menoscaben los restantes derechos de los trabajadores que se derivan de la relación (responsabilidad contractual), sin perjuicio, por cierto, de los actos ilícitos en que pudiera incurrir el empleador en ocasión pero fuera del contrato y después de su extinción



(responsabilidad extracontractual). Es decir que, aun dentro de la postura más amplia, que encara el problema sin diferenciar responsabilidades contractual y extracontractual, lo que se señala de manera precisa, porque de otro modo se termina con el sistema legal, es que para que proceda otra reparación, es (preciso establecer) si esa conducta patronal constituye un hecho distinto e independiente del despido.

Frente a una exigencia tan severa como correcta, que requiere la demostración segura de que se ha incurrido en actos o conductas que constituyan un hecho distinto e independiente del despido, para que proceda la reparación adicional a la indemnización tarifada, la aplicación práctica de esta doctrina no se resuelve con la simple invocación de haberse incursionado en el campo de los derechos fundamentales. Porque, los derechos fundamentales específicos y los inespecíficos laboralizados quedan encuadrados, en el conjunto de derechos y deberes de las partes del contrato por las razones que se han expuesto, de manera que el despido directo o indirecto originado en un incumplimiento que configure injuria grave que no consienta la continuación del contrato supone –por definición- precisamente una inobservancia de una obligación (esto es, el respeto recíproco del derecho del trabajador) y si entre éstos se registra el derecho fundamental afectado, no se entiende cómo se puede detectar esa conducta distinta e independiente para calificar el acto como generador de una responsabilidad contractual. Diferente es el supuesto de que la conducta patronal implique un acto ilícito que permita imputarle responsabilidad extracontractual. Es decir, el problema está en la calificación del tipo de responsabilidad que pueda invocarse para dar pie a una reparación por el daño moral que está fuera de la cobertura que ofrece la indemnización tarifada. En esto es donde la cuestión ofrece discusión y graves dificultades.

La crítica a quienes incluyen la responsabilidad contractual como posible fundamento de una reparación adicional extratarifaria se basa en que si la violación de obligaciones contractuales o diversos deberes de conducta se produce, no parece posible juzgarla aisladamente del acto extintivo, mas si los hechos son simultáneos –que es lo que generalmente acontece-. La teoría parece fruto de una búsqueda jurídica bien intencionada, pero en la práctica demuestra ser más brillante que sólida. Entendemos que si la violación o el incumplimiento obligacional son contemporáneos al despido, lo califican, pero de ninguna manera se los puede considerar como un acto aislado, para intentar sustraerlo de la tarifa legal. De este párrafo, hay un aspecto que



debe salvarse y es el de que no es la circunstancia de contemporaneidad con el acto de la denuncia de la conducta incumplidora la que define su exclusión como acto aislado, sino que, lo que lo excluiría sería la circunstancia de no configurar un acto ilícito ajeno a las obligaciones contractuales, porque en ese caso –si se trata de un acto ilícito stricto sensu y no de un incumplimiento contractual- y sólo en ese caso cabría extraer de la responsabilidad extracontractual una obligación resarcitoria adicional. Porque si el juez reputa injustificado el despido es porque se ha convencido de que el empleador terminó el contrato por una causa que luego no probó, con lo cual incumplió con su deber de mantenimiento del contrato y, por lo tanto, debe indemnizar o, si fue el trabajador el que terminó el contrato, imputando un incumplimiento grave al empleador, también se trata de una inobservancia probada de parte de este último. Es decir, en ambos casos –y cualquiera sea el deber incumplido- se trata de obligaciones contractuales y éstas son las que motivan la calificación de injustificación y dan lugar al pago de las indemnizaciones tarifadas que prevé la ley.

El caso de los Derechos Fundamentales no es más que una especie en ese género de obligaciones, dado que la calidad de derecho fundamental –como se ha visto- ha quedado incorporada por la laboralización, o por la especificidad, en un elemento integrante de los deberes y obligaciones de las partes del contrato. De tal modo, el caso se resuelve con el pago de la indemnización prevista por la legislación laboral. La posibilidad de una reparación adicional –que puede ser naturalmente de orden monetario o en especie- sólo se abre si, como lo ha explicado la doctrina, el despido –directo o indirecto- viene acompañado de una ofensa adicional, distinta al mero incumplimiento, y es claro que en esto el campo de los derechos fundamentales puede ser especialmente propicio para su materialización. Pero claro está que esto deberá ser objeto de identificación clara, prueba y meritación adecuada y prudente, para no crear automáticamente una categoría de despido diferenciado que la ley no contempla.

Excepcionalmente puede concebirse que a partir de un incumplimiento que origina el despido –calificado como injustificado-, o la terminación por el trabajador a raíz de un incumplimiento grave del empleador pueda derivar la obligación de reparar el daño moral por vía de la responsabilidad contractual, en el supuesto de que la falta de observancia del deber por el empleador, hubiera provocado, además de la inmediata y natural consecuencia de constituir una injuria suficiente para denunciar el contrato por culpa del incumplidor, un daño moral en el



trabajador constituido por el sufrimiento, dolor, desprestigio, que haya derivado de unas consecuencias mediatas (p. ej., por no haber podido cumplir con la atención de deudas, para lo cual dependía de cobrar regularmente su remuneración). Esta hipótesis debe ser evaluada, en el caso concreto, en primer lugar, a partir de una interpretación amplia de la facultad que debe concederse al juez para que condene al responsable de la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. Actualmente esto solo se limita la extensión del resarcimiento de los daños e intereses en los que sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Es decir que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la responsabilidad por actos ilícitos (extracontractual), las consecuencias mediatas no son resarcibles. Alguna doctrina sostiene que, aun en el caso de responsabilidad por incumplimiento de una obligación, la extensión de la reparación alcanza a las consecuencias mediatas si el incumplimiento fue doloso.

La cuestión que parece indispensable aclarar consiste en que los casos que pueden ser objeto del amparo por discriminación laboral no significan sin más que, cuando se ha vulnerado un derecho fundamental, proceda dicho remedio extraordinario, condicionándose su procedibilidad a: 1) la titularidad de un derecho incontratable –cierto y líquido en terminología brasileña, según Linares Quintana- en cabeza de quien acciona; 2) un agravio o violación –lesión, restricción o alteración según normativa vigente- ilegítima o arbitrariamente manifiestos, vale decir patentes, indubitables, extremadamente fácil de comprobar, casi verificable; 3) que el ocurrir a las vías normales de impugnación, sean administrativas o fueran judiciales, cause al agraviado un perjuicio o daño grave e irreparable.

En lo que interesa para este análisis, debe atenderse que los datos requeridos para la procedibilidad siguen siendo sustancialmente los mismos con la salvedad de la supresión de la exigencia de que no existiera alguna vía administrativa pendiente (definitividad). A partir de esta precisión estimo que, en el caso del desconocimiento de un derecho fundamental en la relación laboral –sea durante su desarrollo o al momento de su disolución-, el amparo no será procedente en principio por cuanto, como se ha explicado, tal inobservancia no sería diferente, en sustancia, de la que se produce cuando el empleador adopta una medida excesiva en sus poderes o cuando despide sin causa justificada. En todos los casos de tales episodios, a nadie



se le ocurre que el trabajador pudiera recurrir a la acción de amparo para obtener el reconocimiento de su derecho. Como ya se ha dicho, en el primer supuesto, o bien se considera despedido o bien –sin consentir la medida- pide su cumplimiento, y si fue despedido demandará la reparación indemnizatoria tarifada y toda otra a la que crea tener derecho. Es decir que el amparo no está instaurado para suprimir este tipo de acciones, por cuanto las condiciones de excepcionalidad en las que nació y se desarrolló, hasta esta interpretación, siempre han marcado claramente su independencia del terreno de los conflictos sobre incumplimientos que no poseen los caracteres de actos de ilegalidad manifiesta y mucho menos de presentación incontrastable de un derecho cierto y líquido. Por eso no se advierte que la acción de amparo resulte una vía correcta para el debate de las violaciones de los derechos fundamentales en materia laboral.

### **2.3 Respeto de los derechos fundamentales inespecíficos no laboralizados**

Cuando el legislador ha reglamentado un derecho fundamental en el terreno laboral –es decir lo ha laboralizado a partir de su creación inespecífica, o ha reconocido directamente un DF específico-, debe ser aplicado tal como lo ha establecido la ley especial laboral (con las alternativas de aplicación del derecho común subsidiario que se han relacionado). Cuando, en cambio, se está en presencia de un derecho fundamental inespecífico no laboralizado, su traslación al campo de las relaciones laborales requiere el complejo proceso de modulación exigido por la horizontalización y a la coexistencia de derechos fundamentales de la otra parte de la relación. Es que el legislador ha preferido no efectuar aquella labor de laboralización y ha dejado, por lo tanto, en manos de los intérpretes, fundamentalmente el juez, la tarea de lograr el respeto de aquellos derechos fundamentales que pertenecen a todos los habitantes –es decir, también al trabajador y al empleador- mediante una compatibilización en la que la orientación parte de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, también explicados en capítulos anteriores. Aquí debe agregarse que esta modulación indispensable se impone por una distinción de estos supuestos, en los que no hay intervención alguna del legislador, de aquellos otros en los que la ley especial (laboral) ha remitido expresamente a instituciones del derecho común sin añadirle ninguna modalización. Se hace referencia al caso de las normas sobre solidaridad en el derecho del trabajo, o de otras disposiciones de la materia, donde la remisión no está acompañada de adjetivaciones de ninguna especie, porque el legislador ha querido que



se aplicaran en las relaciones laborales, tal como están reguladas en la ley común. No es ésta la solución respecto de los derechos fundamentales, porque éstos –los inespecíficos no laboralizados- no están instalados legalmente en la relación laboral y, por lo tanto, para su proyección a ésta, es indispensable tener en consideración aquellas reglas de modulación por las razones ya apuntadas.

Consultando la lista de derechos fundamentales de esta categoría, se puede apreciar que se trata de derechos que –si bien pertenecen a todos los habitantes- pueden resultar involucrados en la gestión de la prestación personal que realiza un trabajador dentro de un contrato de trabajo y, de la misma manera, la actuación del empleador en el seno de la empresa que dirige puede dar lugar a un enfrentamiento con los dependientes que lesione su libertad de contratación. Por eso, reseñar los efectos de la violación de alguno de estos DF requiere un examen cuidadoso de cuáles serán las normas legales –sustanciales y procesales- que deberían articularse para encontrar los remedios eficaces, y debidamente fundados de modo legal, a toda violación de esos derechos.

Puede partirse para este análisis de la directiva básica de que el trabajador dispone, en principio, de los mismos recursos jurídicos que cualquier otra persona que no esté ligada a un contrato de trabajo. Pero al resolver sobre la procedencia de la medida requerida (contra la discriminación o de cualquier otra norma de rango constitucional –en sentido amplio-) surgirá la necesidad de producir aquel proceso de modulación que en el caso concreto de la segunda de estas normas, por ejemplo, resultará más dificultoso por la circunstancia ya anotada de que regula un derecho fundamental que se encuentra laboralizado y, por lo mismo, sujeto a otras reglas propias de la regulación del contrato de trabajo. En los otros casos, y ante el planteo de situaciones concretas de conflicto dentro del desarrollo del contrato de trabajo en las que esté en discusión la eventual violación de un derecho fundamental inespecífico no laboralizado, será imperativo proceder a su modulación en mérito a que frente a ese derecho se encuentra el derecho fundamental del empleador, relativo a su libertad de contratar, sobre cuyo ejercicio y limitaciones se ha expuesto la doctrina existente.

Sobre estos probables episodios resulta imposible formular un catálogo que sirva para dar bases suficientes para soluciones que reflejen estas directivas, pero se pueden detectar algunas líneas



de tendencia sobre este tema. Así, las actitudes aisladas o incluso volcadas en disposiciones de reglamentos internos, en las cuales se manifieste un trato desconsiderado, o una situación de acoso hacia el trabajador o la trabajadora (sea sexual o de otro contenido), órdenes absurdas de prohibiciones absolutamente innecesarias de fumar, de comer, de vestirse de manera determinada, de uso de barba larga, de controles denigrantes, de vigilancia de las relaciones familiares, sociales, deportivas, religiosas, políticas, de interferencia en las comunicaciones telefónicas o de correo electrónico, o de medidas abiertamente discriminatorias en contra de la mujer, etc., son todos ejemplos –muchos de ellos tomados de la realidad- que han dado lugar a conflictos judiciales resueltos.

He aquí donde es oportuno marcar las diferencias legislativas. En primer lugar, esas medidas patronales han vulnerado derechos que en todas las legislaciones medianamente evolucionadas están protegidos en el marco del contrato de trabajo con sanciones que se refieren a la misma subsistencia de la relación, con los efectos que se prevén para cada figura y situación. Pero esto que sucede igualmente en nuestro sistema latinoamericano, aparece en aquellos otros – particularmente, el de España o el de Italia, aunque en menor medida- jerarquizado a nivel de protección especial cuando, como sucede en los ejemplos seleccionados, se está en presencia de una violación de un derecho fundamental. Porque en la lista que se acaba de transcribir figuran casos que dieron lugar a sanciones de diversa intensidad, pero que pueden haber llegado a la declaración de nulidad del despido, si esa había sido la reacción del trabajador afectado o del empleador que había tomado la iniciativa tratando de justificarse en su poder de dirección y disciplinario. Muestra de esta situación son antecedentes doctrinarios que se recogen, en los cuales se ha podido ver que las calificaciones respecto de las violaciones de los derechos fundamentales ubican la cuestión en el marco de las disposiciones constitucionales y legales que permiten al juez declarar la nulidad del acto vejatorio o discriminatorio, ordenando la reinstalación del trabajador apartado por su decisión o por la del empleador.

De lo expuesto se concluye que como sucede con el resto de los derechos fundamentales, los inespecíficos no laboralizados encontrarán su cauce de protección en las normas generales de los cuales emanan y –al proyectarse en la relación laboral- deberá adecuarse su efecto respecto de la sanción que merece el infractor dentro del marco del sistema legal en el cual se manifiesta, especialmente si se trata de una consecuencia ligada a la disolución del contrato, en



cuyo caso no podrá pensarse en otro efecto, diferente al único legislado para dicha relación jurídica, cual es la reparación-indemnización tarifada y, eventualmente, la que resulte de la aplicación de normas comunes bajo las condiciones que exige la doctrina y la práctica judicial.

## **2.4 Violaciones al deber de trato igual**

### **2.4.1 La discriminación en el contrato de trabajo**

El tema del deber de trato igual o de prohibición de la discriminación presenta características relevantes con relación a los demás derechos fundamentales y esto justifica que se le preste una atención especial.

A pesar de haberse adelantado las cuestiones fundamentales en torno a este derecho fundamental, vale la pena añadir otros elementos que confluyen a la inteligencia cabal del significado de esta referencia tan especial. Son varias las manifestaciones que se han registrado acerca de la configuración de violaciones a la obligación de trato igual, extendiéndose llamativamente en las resoluciones judiciales, a veces con no demasiada coherencia con los planteos de los hechos básicos que explican el conflicto, como queriendo más bien dar un matiz más impresionante a lo que no es otra cosa que un grave incumplimiento de deberes contractuales.

### **2.4.2 Discriminación directa**

La cuestión debe encararse claramente desde el necesario encuadramiento correcto de cuál es una conducta discriminatoria, sobre todo el empleador, en el marco del contrato de trabajo. Para esto es preciso referirse a lo que es la base conceptual del acto discriminatorio, o sea, la noción de igualdad y su contrario, la desigualdad. No será una novedad afirmar que los hombres y las mujeres no son iguales, por lo menos en cuanto se distinguen sexualmente, como dato elemental para la reproducción, siguiendo con esto la natural diferenciación que reina en todos los seres vivos. Por lo demás, la sola comparación de los cuerpos, de las conductas, capacidades intelectuales y físicas y hábitos de nuestros congéneres nos inclinan a aceptar que existen diferencias y no igualdad uniforme. Por lo visto, no es por esa vía que puede



descubrirse el fundamento de un precepto tan genérico como indiscutido, referente a la igualdad esencial de las personas y de sus derechos. El punto central se halla en la noción básica de la igualdad de dignidad derivada de la condición de hombre, con los mismos derechos y los mismos deberes fundamentales así como el mismo destino sobrenatural. En el seno de una patria común, todos deben ser iguales ante la ley, tener iguales posibilidades en la vida económica, cultural, cívica o social y beneficiarse con una equitativa distribución de la riqueza nacional.

Otro texto pontificio nos acerca más aún al concepto esencial: La igualdad fundamental entre todos los hombres exige un reconocimiento cada vez mayor. Porque todos ellos, dotados de alma racional y creados a imagen de Dios, tienen la misma naturaleza y el mismo origen... Es evidente que no todos los hombres son iguales en lo que toca a la capacidad física y las cualidades intelectuales y morales. Sin embargo, toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo, raza, color, condición social, lengua o religión debe ser vencida y eliminada, por ser contraria al plan divino.

A partir de esta noción fundamental para acercarse a la de discriminación por oposición a la igualdad que se acaba de precisar, es necesario algún criterio objetivo que supere, justamente, los aspectos accidentales que no igualan sino que distinguen. Por alguna razón, las normas que intentan imponer el deber de trato igual, en vez de definir en qué consiste la discriminación, optan por referir las causas que se reputan determinantes de discriminación.

En este sentido se puede sostener que constituye discriminación en el sentido más estricto, es decir, en la significación ético-jurídica, toda acción por la cual se otorga un trato diferente a una persona o grupo de personas con fundamento o causa exclusiva en sus características personales o naturales; esta discriminación puede tener lugar tanto en la distribución o atribución de beneficios (discriminación activa), como cuando se designa a una persona como magistrado sólo por pertenecer a una determinada categoría social, o bien en la atribución de daños o perjuicios o en la privación del ejercicio de algún derecho (discriminación pasiva), como cuando no se permite el ingreso de alguien a una discoteca por la única razón de su color de piel. Por el contrario cuando las distinciones y diferencias en el trato de las personas –el reparto de cargas y beneficios y la posibilidad del ejercicio de los derechos- tienen su fundamento o



causa en ciertas conductas actuales o pasadas de esas mismas personas, ellas pueden resultar perfectamente justificadas y razonables, siempre que esa distinción o diferencia tenga su causa o fundamento en los méritos o títulos jurídicos de esas personas. Es más, este modo de distinción es la más propia del derecho, una de cuyas funciones centrales radica en el discernimiento de las conductas jurídicas de las antijurídicas.

De este modo, resulta perfectamente justificado que se distinga entre el alumno que aprueba sus materias, haciéndolo pasar de año, y el que no las aprueba, impidiéndoselo; o bien resulta justo distinguir entre quien no respeta la integridad física ajena, enviándolo a la cárcel, y quien la respeta, resguardándole su libertad de movimientos; en este caso, estas distinciones no resultan discriminatorias, en el sentido estricto aludido. De modo complementario es necesario considerar aquellos casos en los cuales las distinciones en el tratamiento jurídico de las personas no se basan exclusivamente en la diversidad de las conductas, sino que tienen alguna relación, más o menos estrecha según los casos, con cualidades personales de las personas. Tal el caso de la primacía de los consanguíneos en los derechos hereditarios, la exclusión de los no videntes de ciertos cargos que exigen imprescindiblemente el uso de la potencia visiva: controladores aéreos, chofer de transporte público o maquinista... En estos casos, el criterio central para la realización de las distinciones entre las personas ha de ser principalmente el de la finalidad del instituto, labor o función de que se trate ya que aquí las condiciones personales impiden alcanzar su fin propio. Dicho en otras palabras, las cualidades personales determinan en estos casos la conducta del sujeto, influyendo decisivamente en su sentido y alcances. Por ello, es evidente aquí que una distinción en el trato efectuada sobre estas bases, puede resultar justa y no puede ser calificada necesariamente como discriminatoria en el sentido ético o jurídico negativo.

Las conclusiones que se proponen sobre la base de estos fundamentos son las siguientes y resultan positivamente orientadoras:

- 1.** La "discriminación", en su sentido más estricto y en el ámbito ético-jurídico, hace referencia a las distinciones y diferencias de trato, prestaciones o posibilidades en el ejercicio de los derechos que se basan sólo en las cualidades personales o naturales de las personas, en las que la conducta actual o pasada no tiene influencia determinante;



este tipo de discriminación resulta siempre injusta y a ella han de referirse los textos legales y convencionales que proscriben la discriminación entre personas y grupos.

2. Las distinciones en las atribuciones de cargas y derechos entre las personas, que se refieren meramente a conductas actuales o pasadas, no pueden ser calificadas en ningún caso de discriminatorias y serán justas cuando estén basadas en títulos jurídicos relevantes y pertinentes.
3. Es posible realizar distinciones de trato jurídico entre personas sobre la base de ciertas cualidades personales o naturales, siempre y cuando estas distinciones resulten compatibles con la finalidad o finalidades intrínsecas del instituto, función o realidad práctica de que se trate en cada caso, dado que en estas situaciones las cualidades personales influyen decisivamente en la conducta de los sujetos y en la consiguiente posibilidad de alcanzar aquellas finalidades.

Como se ha visto, la discriminación se presenta como el lado contrario a la igualdad, entendida ésta –a su vez- a partir de la fundamentación humanista propuesta. Por eso, y para que se forme el juicio acerca de la discriminación como contraria al derecho fundamental de igualdad de trato, conviene incursionar todavía en este último concepto. En lo que concierne al Derecho del Trabajo, la consideración de la igualdad importa, en los aspectos referidos a la situación económica y social del trabajador, que pueden ser los condicionantes de las conductas de discriminación por desconocimiento de su derecho a la igualdad, basada en la calidad de persona. De allí que el derecho del trabajo pueda operar, y deba hacerlo, como instrumento de reparto jurídico que propicie el respeto de la igualdad. En esto es importante recordar cuáles han sido las etapas transcurridas en la evolución del objetivo principal del derecho del trabajo, partiendo de impulsos menores, referidos principalmente a la protección del trabajador en punto a la duración de su jornada, es decir, ligado a la protección física, pasando luego a otros objetivos más vinculados al logro de mejoramientos económicos, sobre todo en torno a la remuneración, y luego avanzando hacia el reconocimiento de derechos cívicos y fundamentales como lo son la sindicalización y la no discriminación, abriéndose en la actualidad el horizonte hacia la defensa del patrimonio profesional en la seguridad en el trabajo.



Es decir que se puede considerar que el derecho fundamental en análisis es un logro si cabe reciente. Pero claro que esto no significa que no se presenten desequilibrios importantes que todavía no han sido suficientemente explorados y así se pueden enumerar diversas situaciones en las que se observan desigualdades, como sucede todavía entre el trabajo manual y el intelectual, la desigualdad por ubicación geográfica diversa, sobre todo en territorios extensos y despoblados, desigualdades que surgen del sistema plural de aplicación e interpretación de la ley, desigualdades que surgen aun dentro de la misma jurisdicción por las limitaciones de las normas procesales, entre otros ejemplos.

No se busca analizar cada una de estas situaciones, sino simplemente llamar la atención sobre ellas para destacar la subsistencia de tales desigualdades y la imposibilidad de que por las vías disponibles en la legislación se pueda lograr su superación. Parecería que la vida social, política y económica se ocupa de mostrarnos cuán duro es el corazón del hombre para avanzar por encima de los escollos que la convivencia desarrolla como escudos de protección del egoísmo. Sólo el amor y la solidaridad son capaces de transformar realmente la vida en común.

Se examinarán, pues, con las limitaciones que surgen de lo dicho, cuáles son los medios de que disponen los ordenamientos jurídicos para satisfacer el objetivo supremo de la igualdad.

Son muchos y coincidentes, en algunos aspectos, los instrumentos jurídicos que comprometen al poder público a asegurar y garantizar el trato igual frente a la ley. Otros extienden este Derecho Fundamental a las relaciones entre particulares y toman en cuenta tanto unos como otros, distintas referencias a situaciones o valores con relación a los cuales no debe efectuarse discriminación. Es ese sentido se pueden enumerar, dentro de estas categorías, las normas mencionadas que provienen de diferentes instrumentos constitucionales –en sentido amplio– supralegales y legales, a las cuales habría que añadir, para tener un panorama completo, las disposiciones contenidas en las constituciones y las que de manera particular tratan la protección de determinadas personas o grupos que padecen limitaciones o enfermedades y que no deben ser discriminadas por tal razón. Ello sucede con los enfermos de sida y los que padecen diabetes, para solo citar dos ejemplos.



Ahora cabe estudiar y tratar de sistematizar de manera lo más clara y ordenada posible, cuáles son los efectos consecuentes a la violación de estas garantías de igualdad de trato, porque precisamente ante tal variedad de normas que confluyen, al menos intencionalmente, en un mismo propósito, cual es de asegurar el respeto de un derecho fundamental, es preciso lograr unas directivas uniformes que respondan como principio elemental al de legalidad y además contribuyan a la seguridad jurídica sobre un aspecto sustancial que afecta los derechos de los trabajadores y de quienes aspiran a serlo.

En esta clasificación se halla presente el criterio de distinguir entre los derechos fundamentales los específicos y los inespecíficos; dentro de estos últimos es donde encontramos los laboralizados.

En esta dirección resulta elemental partir de reglas básicas en materia de interpretación y aplicación de normas jurídicas. La que interesa para el caso es la que indica que, existiendo una norma especial, la regla general, en tanto la primera no contradiga el orden institucional, debe dejar su campo de aplicación a la especial. A lo que cabe añadir que, como se sostuvo antes, cuando el legislador constitucional o infraconstitucional ha incorporado un derecho fundamental inespecífico al campo específico del derecho del trabajo, ha producido un acto de reglamentación que supera en gran medida la primera etapa requerida para la proyección de aquéllos en las relaciones laborales (modulación) y a la vez concreta su voluntad de que ésta sea la regla por la cual se rija el tema en dichas relaciones.

Desde este punto de vista, pues, y en función del listado que se ha enunciado, se pueden seleccionar cuáles con las disposiciones propias del derecho del trabajo que están incluidas en esa nómina. En esta selección también habrá que introducir una distinción entre las normas que se refieren al trato igual en el contrato de trabajo y las que van dirigidas a asegurar ese derecho fundamental en la obtención de un empleo, dado que estas últimas no pertenecen estrictamente al área del derecho del trabajo, como se ha estudiado en su momento.

Se verán a continuación normas de distinto rango que contienen tanto derechos específicos laborales como inespecíficos laboralizados, cuyo tratamiento y aplicación por estas



características los incluyen a ambos en el campo de las relaciones laborales, que son las que nos interesan.

**a) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**, garantiza el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y una remuneración equitativa y satisfactoria. Asegura el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse. La cláusula del Convenio Internacional merece una aclaración: se incluye el derecho al trabajo, que es ajeno a la normativa laboral que regula la relación jurídica trabada, y otra especificación consiste en que la incidencia de esta norma en el derecho interno resulta superabundante, dado que todas las garantías expuestas en ella se encuentran incluidas en distintas disposiciones de las legislaciones laborales latinoamericanas.

En el art. 6º de este mismo instrumento internacional se asegura a todas las personas protección y recursos efectivos ante tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que –contraviniendo la Convención- viole sus derechos humanos y libertades fundamentales y el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo el daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Lo que interesa destacar sobre la disposición de la Convención, es que ha introducido en el ordenamiento legal un punto central y particular al establecer un remedio indemnizatorio por la violación de la garantía que establece. Aunque, adelantándonos al tratamiento de este tipo de problema, la referencia a una reparación justa y adecuada por todo el daño puede entenderse reglamentada, en el supuesto de que la vulneración del derecho fundamental de que se trata –discriminación racial- hubiera dado lugar a una ruptura del contrato de trabajo. Si no se ha producido dicha ruptura, existiera la acción expedita civil para lograr el cumplimiento y, eventualmente, una reparación por el hipotético daño moral.

Es sabido que en el sistema laboral latinoamericano en general no cabe otra indemnización, para el supuesto de despido sin causa justificada, que no sea la tarifada allí establecida que cubre todos los perjuicios económicos y morales derivados de la ruptura injustificada del



contrato. Por lo tanto, la alternativa de obtener otra indemnización adicional sólo se abre a partir de concebir que el acto de ruptura (terminación del contrato o despido) por parte del empleador hubiera comportado una conducta adicional (acto ilícito), que justificara una reparación del daño moral. En el caso puede interpretarse que la violación del derecho fundamental de que se trata –discriminación racial- consistiría –tal como lo define el art. 1º de la restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier esfera de la vida pública. De acuerdo con esto, el despido por causa racial vendría a provocar para el trabajador afectado un desconocimiento de su derecho a la estabilidad en el empleo y, consiguientemente, tal violación de la obligación que establece la ley tiene por efecto la ruptura del contrato y el pago de la indemnización respectiva. Sólo procedería una indemnización adicional en los términos que la doctrina ha establecido para los casos en que al acto rescisorio se añadiera la comisión de un acto ilícito adicional. Se observa que la reparación que prevé la Convención está referida precisamente al daño de que pudiera ser víctima como consecuencia de la discriminación, lo que se concreta básicamente en la pérdida del empleo. Si el trabajador acreditara un daño mayor por ese mismo incumplimiento, la indemnización tarifada cubre por definición (en cuanto es una indemnización tarifada) todo el daño derivado de la disolución del contrato. En este sistema no procedería otra indemnización adicional sino en el supuesto antes explicado.

**b) En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**, se registran algunas referencias a cuestiones vinculadas con el contrato de trabajo. Se trata del art. 11, que comienza por referirse –como compromiso de los Estados parte- a la eliminación de la discriminación de la mujer en la esfera del empleo, con el fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y, en particular, en el inc. b, el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. Ésta es una disposición que, por estar referida a la oportunidad de obtener un empleo, pertenece más al derecho de empleo –instrumento de la política de empleo- que al derecho del trabajo en general. De todos modos, es de gran importancia este texto internacional con rango constitucional, a los fines de elucidar problemas de contratación, importando determinar cuáles



pueden ser los medios legales para llegar a ese compromiso, debiendo considerarse —a este fin— que por el art. 2º, inc. c, de la misma Convención, el Estado ha adquirido el compromiso de establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

Pero en el mismo art. 11, el inc. 1, se contiene una referencia concreta a una institución del derecho del trabajo. Se hace referencia a lo que expresa en torno al derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo. Es evidente que la mención no tiene ningún alcance especial y, por lo tanto, se trata simplemente de incluir, dentro de los Derechos Fundamentales que es la materia de la norma internacional, el derecho a mantener el empleo en las condiciones que cada país lo haya legislado. Otra pretensión excedería el contexto en el cual se halla inscrita esta referencia, pero se considera importante mencionarlo como dato interesante en el relevamiento que se efectúa sobre derechos específicos e inespecíficos laboralizados. Lo cierto, entonces, es que la Convención compromete al Estado a asegurar a la mujer trabajadora las garantías de la estabilidad que tiene reguladas para los hombres. Esto y no otra cosa es lo que se extrae de esta norma. Y, consiguientemente, y tal como se ha expuesto con relación al caso de la garantía de trato igual en relación con la raza, la nacionalidad, el origen étnico, etc., la vulneración de la garantía a que se refiere esta Convención se desenvuelve en las soluciones que en materia de estabilidad establecen las legislaciones laborales latinas.

Siempre dentro del art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el inc. 2, se registran varias referencias a derechos fundamentales específicos laborales. En efecto, el ap. a, impone prohibiciones respecto del despido por motivo de embarazo, maternidad o estado civil. En el ap. b, manda implantar la licencia por maternidad remunerada con salario o con prestaciones sociales, y la protección especial a la mujer durante el embarazo en ciertos tipos de trabajo. Todas referencias claras a protecciones que contiene nuestro ordenamiento.

**c) El convenio de la Organización Internacional del Trabajo 111** y la recomendación del mismo número, incluye obviamente disposiciones de contenido plenamente laboral, lo cual



es precisamente el objeto de estos instrumentos internacionales celebrados en el seno de la organización mencionada. El título del Convenio revela claramente el contenido que se halla en su texto. Se trata del Convenio relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, de manera que está dedicado a enumerar cuáles serán los alcances materiales de los compromisos que asumen los miembros de la organización que lo ratifiquen. Se encarga de definir el término discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, a lo que podrá añadirse cualquier otra distinción, exclusión o preferencia con el mismo fin, que pueda ser especificada por un miembro de la organización, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. En el art. 2º se efectúa una salvedad importante acerca de las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, las que no serán consideradas como discriminación.

El mandato o compromiso que se estipula en el Convenio consiste, fundamentalmente, en que los miembros se obligan a “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar discriminación a este respecto” (art. 2º).

En el art. 3º se mencionan los métodos mediante los cuales los miembros deberán actuar, “adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales”. Luego se hace constar que no serán consideradas prácticas discriminatorias las medidas que afecten a sospechosos o condenados de actividades perjudiciales a la seguridad del Estado, siempre que exista posibilidad de recurso judicial. Tampoco se consideran incluidas en la prohibición objeto del Convenio, las medidas positivas de protección o asistencia.

En este Convenio, se estipula un repertorio de encuadramientos jurídicos sobre conductas discriminatorias que alcanzan al sector privado y que comprometen de manera especial al Estado respecto de sus agentes. No hay en el texto del documento referencias más concretas a cómo se deben instrumentar las medidas a que se refiere. Cabe mencionar, a esta altura de la



exposición sobre el convenio 111, que, según la doctrina de los órganos de la OIT, los convenios sobre derechos humanos –entre los que se cuenta precisamente éste- se califican como promocionales y, en tal carácter, más que normas precisas que el Estado correspondiente se obliga a adoptar con motivo de su ratificación, establecen objetivos que deberán lograrse por medio de un programa continuo de acción. Por supuesto que esta categorización no priva al documento de la trascendencia internacional y política que posee, pero indudablemente relativiza seriamente su ubicación en el orden jurídico nacional en punto a su exigibilidad como derechos subjetivos. En la recomendación 111 aparecen mayores precisiones acerca de en qué consisten la igualdad de oportunidades y de trato, indicándose que están referidas al acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en aptitud individual para dicha formación o empleo; ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; seguridad en el empleo; remuneración por un trabajo de igual valor; condiciones de trabajo (horario, descanso, vacaciones, seguridad e higiene, seguridad social, servicios sociales). En el inc. d, hay una referencia a lo que no deberían practicar los empleadores, señalando que no deberían tolerar discriminaciones al contratar, formar, ascender o conservar el empleo o al fijar las condiciones de trabajo.

Cuesta sostener este conjunto de propósitos que represente el reconocimiento de derechos subjetivos exigibles por los trabajadores ante un tribunal, persiguiendo a su empleador infractor de esas líneas que deberían informar la conducta de estos últimos. Pero, de todos modos, lo que parece claro es que se trata, como en el caso antes visto, de un repertorio de situaciones que no trae novedades respecto de lo que el derecho interno ya registra con un mecanismo claro de obligación y sanción por incumplimiento, representado por diversas disposiciones laborales.

Para no apartarse de la lista que se propuso, hay que citar aquí dentro de los cuatro derechos fundamentales que menciona la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, pues entre ellos se encuentra el de igual trato. La eficacia obligatoria de esta declaración no es cuestionable, dado que, además de formar parte de la organización –lo cual fundamenta, según la declaración, el compromiso



internacional-, nuestro país ha ratificado todos los convenios que incluyen expresamente el reconocimiento de esos derechos fundamentales.

En los demás instrumentos internacionales que se refieren al derecho fundamental de trato igual, como son la Declaración Americana de Derechos Humanos; la Declaración Universal de Derechos del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se contienen disposiciones expresas sobre la igualdad de trato, pero en ninguno de ellos se puede distinguir alguna disposición que pueda ser considerada como el reconocimiento de un derecho específico en la clasificación que se viene utilizando. Se trata de reconocimientos inespecíficos que en nuestro derecho no ha sido laboralizados. Los efectos de estas normas han sido tratados al referirme a los de las que pertenecen al derecho interno en la misma categoría de reconocimientos de derechos fundamentales inespecíficos.

En las normas que se han indicado como específicas o inespecíficas con derechos fundamentales laboralizados, encontramos claramente manifestada la voluntad de calificar como injustas determinadas discriminaciones, sin perjuicio de lo cual será preciso al intérprete y al juez valerse de criterios más generales para poder resolver, en los casos concretos, cuándo se está frente a una discriminación justa o injusta. Seguramente que la experiencia que se ha ido acumulando sobre los comportamientos discriminatorios, tanto en nuestro país como en el extranjero –en ese sentido, la conducta humana no parece que presentara manifestaciones especialmente nacionalizadas- permite apreciar de qué forma los tribunales han interpretado las disposiciones, ahora sí particularmente incorporadas a normas nacionales, en la materia. Quizá los antecedentes recientes más importantes estén referidos a la calificación de discriminación injusta, que consiste en disponer el despido de una mujer embarazada durante el período de embarazo y sus descansos pre y post natales.

En este sentido se ha interpretado que, no obstante ese derecho rescisorio del empleador, sin necesidad de explicación o justificación de ninguna especie, si el despido se produce en circunstancias que permiten concluir que la decisión empresaria está originada en el



conocimiento que ha adquirido del estado de gravidez que denuncia la trabajadora, esto evidencia la conducta discriminatoria y, consecuentemente, debe ser sancionada.

Con relación a la invocada discriminación en materia salarial, se ha afirmado la facultad del empleador, basado en sus poderes de organización y dirección, de actuar con razonable discrecionalidad al abonar remuneraciones distintas, mientras no infrinja ni disminuya los mínimos inderogables en perjuicio del trabajador, salvo que existe una estricta igualdad de situaciones y quedasen demostradas en juicio esas idénticas situaciones laborales.

Estas referencias a alguna línea doctrinal no implican una reseña de los antecedentes existentes en la materia sino tan sólo enunciados relativamente interesantes por las características especiales de la aplicación del principio de igualdad de trato que exigen las normas en vigor.

Respecto de la jurisprudencia española, el resumen es revelador de la corriente de doctrina sostenida por los tribunales superiores al aplicar la directiva general, en casos concretos. Así, en materia de carga de la prueba, el Tribunal Supremo expresó que la mera alegación de una diferencia de trato, que no se vincule a alguna de las causas previstas en la Constitución y en el Estatuto de los Trabajadores, no puede servir como presunta prueba de discriminación. Solamente a partir de dicha constatación, que corresponde probar al actor, de que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que lo consagra ha sido vulnerado, es cuando el empresario debe destruir la presunción de discriminación. Por otra parte se expresó que el principio de igualdad no se traduciría en una obligación de uniformar condiciones de trabajo; las diferencias salariales per se no serían discriminatorias; ni tampoco la exigencia de condiciones más beneficiosas a título individual; ni la aplicación de convenios distintos a grupos profesionales de la misma empresa ya originariamente; o tras sucesión de empresas; no hay discriminación cuando se exigen determinados requisitos para el acceso al empleo por tratarse de exigencias profesionales justificadas, como el conocimiento de una lengua.

Existe un caso típico de discriminación que no ha sido enfocado desde este ángulo, sino desde el más llamativo de una vulneración franca y frontal a la libertad sindical y al derecho de trabajar, sobre el cual se ha hecho una mención. En el caso en concreto de ejemplo se puede ver con claridad cómo la persona del trabajador –pero lo mismo sucede con cualquier persona-



es titular de derechos fundamentales que se nutren unos con otros, de modo que cuando se ofende en uno de ellos, la repercusión es inevitable porque, al fin y al cabo, se está frente a un ataque a la persona humana, que se presenta bajo la faz de trabajador dependiente. Si a la norma que prohibía la contratación de este trabajador porque no estaba afiliado a un sindicato determinado –en realidad, lo mismo sucedería aunque la exigencia no estuviera vinculada con ningún sindicato en particular- se la puede calificar seguramente como violatoria del derecho de libertad de afiliarse o no afiliarse y de desafilarse, y si también se puede ligar esta restricción al desconocimiento de la garantía de Libre Sindicalización, no menos está lesionándose con aquella restricción la garantía de igualdad, por cuanto no se respeta claramente la obligación de trato igual al negársele a un trabajador su acceso al empleo, mientras a otros se los admite, con la única diferencia de la condición de afiliado, sin que se tenga en cuenta para esa discriminación datos referidos a la capacidad para el puesto de que se trataba.

Las reglas, sintetizadas, son aplicables en el caso, dado que en vez de mirar las condiciones personales del aspirante al puesto, relativas a su idoneidad para el desempeño, se interpuso otra condición –la de la afiliación-, que no participa de la calificación de condición admisible porque está basada en una obligación de conducta que violenta la libertad del trabajador. O sea que, para discriminar, en lugar de tomar en consideración conductas actuales o pasadas que naturalmente deben ser relativas al puesto y trabajo de que se trate, se hace referencia para distinguir unos y otros candidatos al empleo, a una exigencia que es de por sí ilegítima, o sea, que no está basada en títulos jurídicos relevantes y permanentes. Es decir que no puede aceptarse como discriminación justa aquella que, como la del caso en análisis, se apoya en una condición personal no exigible a cualquier trabajador, sino por el contrario imposible, inadmisibles, improcedente por ser violatoria, a su vez, de otro derecho fundamental.

En cuanto a la aplicación supletoria ó subsidiaria del derecho común en el derecho del trabajo se ha visto que consiste en que, ante la ausencia de norma, la que se pretende traer a la relación laboral sea compatible con los principios propios del derecho del trabajo. Esto representa, en el caso, un obstáculo insalvable para la admisión de la traslación de la norma de manera subsidiaria. En efecto, cuando se comparan los remedios que se establecen para el caso de la vulneración de un derecho fundamental como el de la discriminación en la ley especial y en la general se puede observar claramente que la segunda puede significar, en el



caso de la ruptura del contrato injustificado, sea por despido directo o indirecto, la reinstalación del trabajador despedido, aun contra la voluntad del empleador. En su momento se ha dicho mucho del derecho del empleador, sostenido por la doctrina laboral, a contratar libremente y por lo tanto elegir los empleados que desee contratar para su empresa. Ésta es una premisa que debe recordarse al momento de considerar la posibilidad de aquella reinstalación. Pero, aun sin recurrir a ese aspecto de la cuestión, que se vincula con la necesaria modulación de los derechos fundamentales cuando se trata de proyectar un derecho fundamental inespecífico al campo del contrato de trabajo, lo cierto es que esa posibilidad de reinstalación se enfrenta con un principio básico del sistema regulador del contrato de trabajo, consistente en la admisión del derecho a la estabilidad relativa, según el cual el empleador siempre puede poner fin al contrato, aun injustificadamente, haciéndose cargo –en tal caso- del pago de una indemnización tarifada, pero sin que pueda objetarse la eficacia de esa medida para disolver definitivamente el contrato. Esto constituye una base central del sistema y, por lo tanto, nada que lo contraría puede admitirse.

Estas conclusiones acerca de la inaplicabilidad de la fórmula de la reinstalación se basan en la incompatibilidad de esta medida con el régimen de estabilidad relativa que ha adoptado el legislador latinoamericano de manera constante –con la salvedad de algunos sistemas- y representa un principio especial del derecho del trabajo, por lo que no es admisible una aplicación subsidiaria.

Por otro lado, en caso de violación del derecho a no ser discriminado, la víctima puede petitionar que se obligue al autor de la medida discriminatoria “a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar su realización”. Como se observa, el derecho que se otorga y la obligación que se impone coinciden en estar dirigido a que el acto o comportamiento sea revertido, cesado, dejado sin efecto por una orden judicial. Si el acto o comportamiento ha consistido en un despido, la consecuencia directa de la adopción al pie de la letra de lo dispuesto en estas normas conduce a que el vínculo que se pretendió disolver con dicho despido quede sin efecto o, lo que es lo mismo, que se lo repute nulo, ineficaz para disolver el contrato, volviendo éste a su estado anterior, con la reinstalación del trabajador en su puesto.



Cuando las soluciones judiciales no tienen en cuenta más que la apariencia de una norma sin examinar, además del marco regulatorio íntegro en el que se debe aplicar aquélla, las consecuencias finales que pueden producirse, la cuestión –por el absurdo- adquiere claramente la dimensión de incompatibilidad total con el sistema y, por lo tanto, se coloca fuera de lo jurídicamente admisible. Nada mejor para poner a prueba la equidad de una medida o norma que llevarla al extremo dentro de su propia lógica, pues allí deberá resistir el test de su eficacia. En apoyo de este criterio de aplicación finalista, la doctrina ha expresado que si bien es cierto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma, su congruencia con el resto del sistema al que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias, y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley y, además, la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto.

### **2.4.3 La discriminación indirecta**

El tema de la discriminación, tal como se ha desarrollado en la doctrina, parece orientado de manera franca a lo que se conoce como manifestaciones directas de discriminación. Visibles, o por lo menos detectables, y que pueden ser objeto de discusión para determinar si la medida, proveniente de norma legal –en sentido amplio- o de una conducta de particular, resulta violatoria del principio de igualdad de trato, tal como se lo ha expuesto, conforme con los criterios constitucionales y su interpretación judicial. Pero no ocurre lo mismo cuando encontramos situaciones en las que la norma o la conducta se presenta como formalmente neutra pero que materialmente produce, en razón de la desigualdad de sexos natural, unas consecuencias perjudiciales en virtud del impacto desfavorable que ocasiona en uno y otro sexo: indiferente para los varones y desventajosa para las mujeres.

El concepto de “discriminación indirecta” aparece introducido en una sentencia de la justicia estadounidense, en la que se incorporó el concepto de impacto adverso, referido a conductas discriminatorias que resultan neutras en el tratamiento de diferentes grupos y que no se justifican como una business necessity –concepto éste vinculado con lo que las directivas europeas y leyes nacionales indican como “un requisito profesional esencial y determinante”



para la elección de un trabajador de determinado sexo, como, p. ej., según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los puestos de policía para determinados casos, el vigilante de penitenciarías- o en la protección específica de la mujer embarazada. Debe destacarse que, según los antecedentes existentes, las cuestiones de discriminación indirecta resultan particularmente aplicadas a diferencias discriminatorias resultantes de normas o conductas relacionadas con personas de distinta nacionalidad –se dieron casos en Europa- o raza –principalmente, en los Estados Unidos-. La variedad de casos fallados en los tribunales europeos impide un análisis pormenorizado, pero es útil conocer el texto actualizado de las directivas de la Comunidad Europea para tomar conciencia de la extensión y limitaciones que le han adjudicado al concepto. Así, la directiva 2202/73/CE, del 23 de septiembre de 2002, ha revisado la definición anterior (directiva 97/80/CE), y le otorgó el siguiente texto para definir la discriminación indirecta: “La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

En la apreciación de la “desventaja particular” se toma en cuenta básicamente –aunque no se produzca un efecto perjudicial- que el efecto desventajoso o desfavorable, resulte de una comparación entre grupos determinados por el sexo pudiéndose utilizar a tal efecto, la prueba estadística. Es decir que la protección no se individualiza al momento de estimar la desventaja sino que se prioriza la situación del grupo.

En punto a la demostración de la situación discriminatoria originada con la aplicación de la disposición, criterio o práctica, rige el mismo principio general de carga de la prueba, o sea, la obligación del afectado de identificar la discriminación resultante y la del reclamado de acreditar la existencia de una razón objetiva que justifique aquella circunstancia. Esta posibilidad debe ser apreciada por el tribunal de manera que la “finalidad legítima” que se admite como justificante tenga proporcionalidad, estándar que –como se recordará- forma parte de los criterios con que se practica la modulación o adaptación de los derechos fundamentales inespecíficos a la relación laboral.





## CAPÍTULO III

### 3. La terminación del contrato de trabajo

#### 3.1. Definición

Debe entenderse por terminación del contrato de trabajo con causa justificada, a la interrupción que se da de manera irreversible de las obligaciones fundamentales de las partes de la relación de trabajo, en algunos casos con responsabilidad de las partes, y en otros casos sin responsabilidad para ninguna de ellas.

#### 3.2. Causas sin responsabilidad

Relacionado con la terminación del contrato sin responsabilidad, la doctrina afirma que el contrato de trabajo termina: por muerte del trabajador; en determinadas circunstancias también por la muerte del empleador; por mutuo consentimiento de las partes; por renuncia del trabajador y por despido justificado.

No son causales de extinción, aunque pueden serlas de despido, con o sin preaviso: la incapacidad o inhabilidad sobreviniente del trabajador; la expiración del plazo, en los contratos a plazo fijo; la imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor, supresión de empresa, quiebra, falta o disminución de trabajo; la transferencia del establecimiento; el hecho de cumplir el trabajador los requisitos de jubilación.

El Artículo 86 del Código de Trabajo guatemalteco, establece como causas que permiten terminar el contrato de trabajo sin responsabilidad entre las partes, entre otras, el advenimiento del plazo en los contratos a plazo fijo; el mutuo consentimiento y la entrega de la obra en el contrato para obra determinada.



### 3.2.1. Muerte del trabajador

Como la prestación de trabajo, por regla general, debe cumplirse por el trabajador, y no por otra persona, la muerte de éste, por sí sola, pone término al contrato de trabajo. Sin embargo, el cónyuge supérstite, hijos, etc., tienen derecho, en el orden de prelación y condiciones previamente establecidas por la ley, a una indemnización por fallecimiento cuyo monto es igual a la indemnización por antigüedad que hubiese correspondido al trabajador en caso de despido por disminución o falta de trabajo. A la viuda del trabajador casado queda equiparada la mujer que hubiese vivido con el trabajador soltero, por ser su dependiente económica y cualquier otra persona que sin tener grado de parentesco con el trabajador sea dependiente económico de éste.

Se discute el fundamento del derecho a una indemnización especial en caso de muerte del trabajador. Predomina la opinión de que se trata de una medida de previsión social con fines de asistencia a la familia del trabajador fallecido. Como tal, debería ser objeto, únicamente, del seguro social.

Por otro lado se dice que el contrato de trabajo se presume intuitu personae para el deudor; pero, normalmente, no para el acreedor de la prestación del trabajo. De ahí que la muerte del empleador sólo es causa de la extinción del contrato cuando las condiciones personales o legales u otras circunstancias hayan sido la causa determinante de la relación laboral y sin las cuales ésta no podría proseguir. En esos casos excepcionales, el trabajador tiene derecho a ser indemnizado como si el contrato de trabajo se hubiera extinguido por fuerza mayor o falta de trabajo.

El mismo derecho corresponde al trabajador si la extinción del contrato estuviese motivada por la imposibilidad de seguir cumpliendo el contrato, especialmente por la quiebra del empleador.

En nuestro Derecho del Trabajo también se regula como un hecho no extintivo del contrato de trabajo, la muerte del empleador, pues por motivo de la institución de la sustitución patronal, el patrono sustituto, que en este caso serían los herederos del patrono, son los que deberán responder por todas las obligaciones laborales del patrono sustituido.



### **3.2.2. Terminación por mutuo consentimiento**

Al respecto de esta forma de terminación, en principio, las partes del contrato de trabajo pueden ponerse de acuerdo sobre la terminación en cualquier momento. Si bien la doctrina determina que, en principio, el acto de extinción por voluntad concurrente debe formalizarse, so pena de nulidad, mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa de trabajo, admite también el mutuo consentimiento que resultase del comportamiento concluyente de las partes, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación, confundiendo la extinción pactada con el acto unilateral, aunque consentido, del abandono. Por lo tocante al acuerdo, se entiende que no debe encubrir reducciones o renunciaciones a derechos adquiridos del trabajador, determinados por la ley o convención colectiva.

Del abandono se distingue el acto jurídico de la renuncia del trabajador, igualmente admitido por la ley y rodeado a su vez de ciertas garantías. La renuncia, en estas condiciones, no requiere aceptación expresa, la aceptación tácita es, normalmente, presumible. Por otro lado, la renuncia puede hacerse por un precio, es decir, sería admisible que el empleador indemnice al trabajador renunciante, siempre y cuando no hubieran nacido derechos a indemnizaciones establecidos por la ley, las cuales no podrían ser objeto de negociación.

Cuando el trabajador simplemente abandona el puesto de trabajo, prescindiendo de la observación de las formas previstas por la ley, y no reintegrándose a pesar de haber sido intimado por el empleador, la extinción se produciría de hecho, pero, a falta de consentimiento de la otra parte, el trabajador incurriría en incumplimiento del deber de preaviso que la ley impone para ambas partes.

Conforme nuestra legislación, el abandono típico, es precisamente el que se produce sin preaviso, pues esta última institución es común de aplicación en la forma de terminación por decisión unilateral.



### **3.2.3. Terminación del contrato de trabajo a plazo fijo o por obra o servicio determinado**

Las partes pueden limitar desde un principio la duración del contrato de trabajo, determinando su duración o subordinándolo a las modalidades de las tareas, toda vez que no se pueda prever un plazo cierto para la finalización del contrato.

En el contrato de trabajo a plazo fijo el principio es que no finaliza por el solo transcurso del tiempo. Cuando una vez vencido el término convenido, el trabajador, con el consentimiento del empleador, continúa en el trabajo, se produce la conversión del contrato en uno de plazo indeterminado, salvo acto expreso de renovación de un plazo igual o distinto del previsto originalmente.

Ahora bien, la celebración de contratos de duración determinada en forma sucesiva, sin que ello se justifique, objetivamente, por las características específicas de la actividad, convierte sin más el vínculo en uno por tiempo indeterminado.

Al respecto del contrato de temporada se señala que el llamado contrato de temporada, cuando corresponde a necesidades permanentes y originadas en actividades propias del giro normal de la empresa o explotación que se presentan regularmente en determinadas épocas del año, ( cosecha, actividades veraniegas, como hoteles, restaurantes, etc.) está equiparado al contrato a plazo fijo en cuanto al requisito de preaviso; mientras no se da el preaviso, el trabajador de temporada es considerado permanentemente, no obstante el carácter discontinuo del trabajo.

Para que el contrato no se prolongue, las partes deben preavisar con antelación no menor de un mes ni mayor de dos meses, salvo en aquellos casos en que desde un principio se hubiese previsto la duración del contrato por menos de un mes.

En Guatemala no existe esta figura, pues todo contrato de trabajo de orden temporal debe encajarse en el contrato a plazo fijo.



Ahora bien, siempre en relación al contrato a plazo fijo se dice que la particularidad del contrato a plazo fijo no consiste sólo en que, normalmente, se necesita preavisar para disolverlo, sino también se toma en cuenta para este objeto el hecho de que se considera el plazo convenido como plazo mínimo de la duración del contrato. El contrato no puede disolverse, por el simple despido (sin justa causa), para antes del vencimiento del plazo o la terminación de la obra concreta. La disolución anticipada (ante tempus) por voluntad de una de las partes, sin que medie justa causa, entraña obligaciones de indemnización que equivalen a las que corresponden por despido sin causa, más, cuando la extinción prematura provenga del empleador, las por daños y perjuicios, según el derecho común. Esta última indemnización debe compensar los daños que justifique haber sufrido el trabajador o, a falta de demostración, debe fijarse prudencialmente por el juez, por la sola ruptura anticipada del contrato. La acumulación, en este caso, de las indemnizaciones por despido con las provenientes del derecho común se explica por la modalidad del contrato que garantiza al trabajador una duración determinada.

En nuestro Derecho sólo se prevé indemnización por daños y perjuicios en el caso del despido injustificado, y la misma se cuantifica anticipadamente por la ley, de acuerdo al artículo 78 del Código de Trabajo.

La figura que se describe, forma más importancia cuando se dice que al no dar preaviso al vencimiento del plazo fijado, se produce la conversión de una de las formas contractuales prevista por la ley, según la voluntad expresa de las partes, las cuales, sin embargo, de todos modos no podrían renovar el contrato como contrato de prueba. No se está en presencia de un contrato a prueba sino de uno con período de prueba, cuando las partes sólo incluyen un período de prueba en el contrato de trabajo que realicen. En otras legislaciones de América, se reconoce expresamente, en algunos casos esta última modalidad. Al contrato de trabajo con período de prueba se aplican, con más razón, las reglas generales del despido. Si bien, las partes pueden convenir el contrato de prueba o incluir en el contrato de trabajo un período de prueba, en ningún caso puede derogar las normas imperativas concernientes a la disolución del vínculo. En la práctica, los convenios de esta índole son escasos, y apenas se usan en las oportunidades en que el legislador prevé la posibilidad de contratos con período de prueba.



En cuanto al contrato de trabajo eventual, el empleador no tiene el deber de preavisar la finalización del contrato, no procediendo indemnización alguna cuando la relación de trabajo se extinga con motivo de la finalización de la obra o tarea asignada, o del cese de la causa que le diera origen.

Por otro lado, en las modalidades de contrato de trabajo denominadas: a) por tiempo determinado como medida de fomento del empleo; b) por lanzamiento de nueva actividad; c) de práctica laboral para jóvenes; y d) de trabajo-formación, el empleador tiene el deber de preavisar con treinta días de anticipación la terminación del contrato, contrariamente, deberá pagar la indemnización sustitutiva prevista en la ley. En estas modalidades de contratación, con exclusión de los contratos de práctica laboral para jóvenes y de trabajo-formación, la extinción del vínculo al vencimiento del plazo pactado o sus respectivas prorrogas, otorga al trabajador el derecho al pago de la indemnización prevista.

Sigue siendo válido aquí el principio según el cual el contrato a plazo fijo no termina por el solo transcurso del tiempo, puesto que si hubiere vencido el término convenido y las prórrogas autorizadas, y el trabajador, con el consentimiento del empleador, continuare prestando sus servicios, se produce la conversión del contrato al de uno de plazo indeterminado.

#### **3.2.4. Terminación por quiebra o concurso del empleador**

De acuerdo con la doctrina, la quiebra o el concurso del empleador no produce la extinción del contrato, pero puede motivarla. En la legislación mexicana la quiebra sólo suspende el contrato de trabajo por un plazo máximo de sesenta días. Si, vencido el plazo, se decide la continuación de la empresa, subsiste también el contrato de trabajo. En caso de ser continuada por un sucesor, el contrato de trabajo se transfiere a éste.

Si el contrato de trabajo se extingue por motivo de la quiebra, haya mediado o no despido formal, el trabajador tiene derecho a la indemnización prevista para el caso de la extinción del contrato por fuerza mayor o por falta o disminución del trabajo, siempre que la quiebra se debiera a causa no imputable al empleador. De lo contrario, corresponderá la indemnización plena como en el caso de extinción del contrato sin justa causa.



### 3.3. El despido

Se define al despido como: la declaración unilateral de una de las partes, dirigida a otra y recibida, no aceptada, por ésta, que tiene por objeto la terminación del contrato. Según los motivos, el despido puede disolver el contrato inmediatamente (despido por justa causa) o sólo producir este efecto después de transcurrido un tiempo determinado (despido con preaviso).

El despido no está sujeto a formas. En cuanto a algunas disposiciones legales designen requisitos formales, éstos sólo se consideran establecidos a los fines de la prueba. Tampoco depende del uso de palabras determinadas, pero el despido, cualquiera que fuera la forma en que se le declare, debe dar a conocer de modo inequívoco la voluntad del declarante de poner fin al contrato.

La indicación de la causa del despido, que es indispensable, desde luego, en los despidos por justa causa, no es requisito de la eficacia en los despidos con preaviso, aunque los deberes de lealtad mutua y el principio de la buena fe, que también rige respecto de la extinción del contrato, puedan exigir la expresión del motivo. En algunos casos, la causa tiene una importancia especial también en los despidos comunes y entonces debe ser revelada por el empleador, la causa es indiferente en el caso de ser disuelto el contrato por el trabajador, excepto cuando se funda en justa causa.

En relación al despido también se define como el acto jurídico destinado a terminar la relación entre las partes, el despido no puede estar sujeto a condición pero es posible que al despido vaya unida la oferta de un nuevo contrato con condiciones modificadas. En caso de aceptación por el trabajador, puede existir retractación del despido y un nuevo acuerdo de partes con respecto a la continuidad de la relación de trabajo.

En relación al despido indirecto, la doctrina ha expresado que cuando el trabajador denuncia el contrato, es preferible hablar de disolución del contrato por voluntad del trabajador y no de despido. Pero se llama despido indirecto la disolución por parte del trabajador fundada en justa causa que estriba en una actitud del empleador que provocó la denuncia del dependiente.



El despido se refiere siempre a la terminación de la totalidad de la relación de trabajo. No es posible una declaración unilateral de voluntad mediante la cual sólo se eliminan ciertas cláusulas del contrato, por ejemplo, la referente a la remuneración.

En cuanto al despido con preaviso, se dice que el despido con preaviso, puede servir de medio para disolver cualquier clase de contrato de trabajo, sea éste por tiempo indeterminado o a plazo fijo, pero en este último caso sólo es admisible para la expiración del plazo.

En principio, el despido con preaviso no cabe en los contratos de trabajo eventual, sobre todo cuando la relación laboral se extingue con motivo de la finalización de la obra o tarea asignada o del cese de la causa que le diere origen, en cuyo caso no procede indemnización alguna. Pero si el distracto es atribuible al empleador y se produjo antes que estuviere agotada la eventualidad que justificó el contrato, el trabajador tiene derecho a la indemnización por ruptura ante tempus.

El despido con preaviso no supone, por regla general, la existencia de determinados motivos, pero depende de la observación de plazos precisos. Estos plazos no son uniformes. Rigen en primer término los establecidos en las leyes, que distinguen según el preaviso se da por el trabajador o por el empleador.

Si bien durante el transcurso del preaviso subsisten las obligaciones mutuas de las partes, ya que, en principio, el contrato sólo se disuelve al terminar los plazos respectivos, el trabajador puede desvincularse con anticipación, esto es, antes del vencimiento de los plazos; en este caso pierde el derecho a la remuneración por el período faltante del preaviso, pero conserva el derecho a percibir la indemnización por despido que correspondiere. Se trata de un caso especial de renuncia del trabajador, permitida por la ley, la cual, sin embargo, sujeta la manifestación concerniente del trabajador a la forma prescrita, en general, para las renunciaciones de éste. A la inversa, el empleador puede liberar al trabajador de la obligación de prestar servicios durante el plazo de preaviso. Se entiende que la no aceptación de los servicios, en este supuesto, no exime al empleador del pago de las remuneraciones devengadas.



En ciertos casos, el preaviso puede no ser necesario sin que se exija, por otro lado, la existencia de justa causa para la terminación. Por ejemplo en el supuesto de quiebra del empleador puede producirse la extinción del contrato por el vencimiento del plazo de sesenta días sin que se hubiera decidido la continuación de la empresa. En caso de fuerza mayor, no se prescinde de la necesidad del preaviso, equiparada en sus efectos a la falta o disminución de trabajo, contrariamente a lo que al respecto de la fuerza mayor se disponía con anterioridad. La imposibilidad de continuar el contrato, derivada de un caso de fuerza mayor, podría razonablemente implicar la facultad de rescindir el contrato sin que se observen las reglas sobre el aviso anticipado, el cual, en algunos supuestos por lo menos, podría resultar sin objeto por la interrupción forzada y súbita de las actividades. Sin embargo, actualmente se refiere al despido dispuesto por causa de fuerza mayor, y no al hecho de la cesación de actividades, esto es, supone la disolución del contrato por voluntad de una de las partes, mientras que en el supuesto de la falencia la extinción del contrato puede ser causada por el hecho mismo de la quiebra cuando ésta implica la liquidación del negocio. Esta diferencia justifica que el preaviso debe concederse en el primer caso, en que los efectos de la fuerza mayor sobre la marcha de la empresa pueden ser desconocidos por el trabajador, y no en el segundo, en que la no continuación dentro del plazo determinado de la suspensión saca de toda duda al trabajador. Independientemente de la cuestión del preaviso, y de la indemnización sustitutiva en su caso, cabe contemplar la conveniencia o la necesidad de prever la indemnización del trabajador por antigüedad.

El despido con preaviso es una figura novedosa, que obliga a la comunicación escrita de la terminación del contrato de trabajo, pero no se encuentra prevista en nuestro Derecho del Trabajo.

### **3.4. El despido con justa causa**

Por este medio, cada parte puede disolver con efecto inmediato el contrato de trabajo, incluso un contrato a plazo fijo o para obra determinada, cuando la continuación no le es equitativamente exigible, no consienta la prosecución de la relación. El presupuesto de este despido es la existencia de una justa causa. No hay una definición legal de la justa causa en sí, sino que la ley solo exige que sea grave; se deja la apreciación al juez, quien al efecto debe



tener en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato y las modalidades y circunstancias personales de cada caso. En algunas legislaciones se ha conservado el término "injuria", a los efectos de caracterizar la justa causa del despido. Se usa este término, principalmente, en su acepción de daño material, físico o moral, producido por la conducta de una de las partes y que afecta gravemente la esencia de la relación de trabajo que estriba en el cumplimiento leal de los deberes mutuos. Este daño debe ser tan grave que ni siquiera la continuación de la relación por el término del preaviso puede consentirse. Pero, sobre todo, la injuria infligida debe hacer totalmente inícua la obligación de pagar indemnizaciones. Por otro lado, la justa causa no ha de consistir, necesariamente, en una violación culpable de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo; puede ser también, en determinados casos efecto de un estado de ineptitud o morbosidad del trabajador, o de cambios sustanciales en la empresa, ocasionados por la transferencia del establecimiento.

La legislación laboral guatemalteca solo regula el despido justificado en los contratos o relaciones de trabajo, celebrados a tiempo indefinido, pues en el caso de incumplimiento en contratos temporales o de excepción sólo regula el pago de daños y perjuicios.

Algunos estatutos profesionales (convenciones colectivas) contienen enumeraciones de justas causas, las cuales, en algunos casos, son ejemplificativas y, en otros, incluso revisten carácter taxativo, de modo que no se admite aducir otras. Como ejemplos de justas causas que posibilitan la rescisión inmediata del contrato por parte del empleador pueden mencionarse las siguientes:

- a) Daños producidos por dolo o culpa grave del trabajador, actos de fraude, abuso de confianza o comisión de otros delitos, incapacidad del trabajador previa a la iniciación del servicio que importa la posibilidad de cumplir el deber de prestación de trabajo, negociación por cuenta propia o ajena, sin expreso permiso del empleador, cuando afecta los intereses de éste;
- b) Todos los actos en perjuicio del empleador que merecieren la calificación de injuria grave (agravio grave), asimismo, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador, en tanto ese incumplimiento asuma el carácter de grave; inasistencias prolongadas o



reiteradas al servicio; en las mismas condiciones: falta de puntualidad o de dedicación;  
graves faltas al deber de fidelidad; desobediencia grave o reiterada;

- c) Mala conducta reiterada y grave;
- d) Abandono del servicio; en general, el abandono, como acto de incumplimiento del trabajador;
- e) Falta de lealtad y respeto, vida deshonesto, desaseo personal;

El trabajador está facultado para rescindir el contrato de trabajo con justa causa en casos como los siguientes:

- a) En el caso de ejercicio abusivo o arbitrario del derecho de dirección del empleador, cambio de tareas, de lugar o tiempo de trabajo, se da al trabajador la posibilidad de considerarse despedido sin causa, despido indirecto. El caso de transferencia del establecimiento no es, por sí solo, motivo de rescisión del contrato para el trabajador. Sólo, si la transferencia implica daños tan graves para él, que la continuación de la relación laboral no le es equitativamente exigible, puede configurar justa causa;
- b) Atraso o falta de pago; modificaciones inadmisibles del contrato de trabajo;
- c) Insultos o faltas de respeto; actos lesivos de la dignidad del trabajador;
- d) Incumplimiento grave de las obligaciones de previsión, seguridad, ocupación, etc;
- e) Suspensión dispuesta por el empleador que exceda del término legal, no aceptada, o que resulta injuriosa para el trabajador;

Relativo a cuando debe tenerse por consumado el despido, en todos los casos, el despido debe declararse de tal modo que haya una relación inmediata en el tiempo entre el hecho o la situación generadora del despido y su declaración. De lo contrario, puede considerarse el



derecho como renunciado o extinguido en la oportunidad. El despido debe comunicarse por escrito a la otra parte, con expresión suficiente clara de los motivos. No se admite la modificación posterior de la causa de despido consignada en la comunicación inicial, una vez iniciada la demanda por la parte contraria, tampoco la alegación de otras causas existentes en el momento del despido, pero desconocidas entonces por el denunciante. En cambio, es posible invocar hechos pretéritos, no para justificar el despido, sino como antecedentes de la conducta del trabajador, los cuales podrían influir en la apreciación de la causa señalada en la denuncia.

Las partes no pueden anular ni restringir, por convenio colectivo o contrato individual, las posibilidades indicadas por la ley para la rescisión del contrato por justa causa. En cambio, en los casos en que estas causas no se hubieran establecido expresamente como únicas o exclusivas, es admisible fijar o precisar por contrato determinado hechos que conforme a las intenciones de las partes deberían considerarse como justas causas. Sin embargo, también en esta hipótesis la valoración y la calificación definitiva depende del juez.

La decisión de disolver el contrato, invocando justa causa, debe ser tomada libremente por la parte denunciante. La coacción ejercida por un tercero, (el personal o consejo de la empresa, un sindicato, etc.), para que se despida a un trabajador, por ejemplo por no ser afiliado, también amenazando con medidas de presión huelgas u otras, no eximen al empleador de la responsabilidad por un despido que no se funde en justa causa en la persona del trabajador. Sin embargo, cuando al empleador sólo queda la alternativa entre despedir o sufrir graves e irreparables daños en caso de negativa, puede caber el despido por fuerza mayor, reduciéndose la obligación indemnizatoria a la mitad.

El despido por justa causa disuelve el contrato, aun cuando la causa aducida no pudiera probarse o no se aceptara como tal en el juicio, excepto los casos en que el despido infundado resulta nulo, pero en este caso la parte que la hubiese invocado responde por los daños y perjuicios. Las consecuencias patrimoniales de semejante despido son lógicamente iguales a las que ocasiona el despido sin justa causa, en que incluso se hubiera incumplido el requisito del aviso previo. Sólo en caso de despido injustificado, declarado en el transcurso de un contrato a plazo fijo o para obra determinada, se considera que además de la indemnización legal por despido debe pagarse el daño real sufrido por la ruptura anticipada, ante tempus del contrato y



la pérdida correspondiente de remuneraciones, conforme a lo que se aprecie prudencialmente según las circunstancias del caso.

En nuestro Código de Trabajo es presupuesto procesal demostrar la justa causa en la que se fundó el despido, pues de lo contrario, el patrono corre con la responsabilidad que deriva de la terminación del contrato, que se traduce al pago de las indemnizaciones por tiempo de servicio y por daños y perjuicios.

### **3.5. La protección contra el despido**

En relación a los mecanismos de protección contra el despido, se ha dicho que la protección contra el despido parte de la idea de que la relación de trabajo, igual que otras relaciones jurídicas de duración (matrimonio, locaciones urbanas y rurales, sociedades mercantiles, etc.), necesita ser defendida contra una disolución intempestiva o de mala fe. Esto vale, sobre todo, para la relación de trabajo por tiempo indeterminado (y excepcionalmente, en caso de ruptura ante tempus, también para el contrato a plazo fijo, inclusive para los supuestos de modalidades promovidas y no promovidas del contrato de trabajo. Por regla general, esta relación constituye para el trabajador la base económica de su existencia, de modo que la protección contra su disolución injustificada o abrupta adquiere una importancia especial. Al efecto, la doctrina contemporánea, siguiendo diversos modelos técnicos que ofrece la teoría y el derecho comparado, ha creado varias posibilidades que las partes, y naturalmente, el trabajador en primer término, pueden usar para protegerse contra despidos arbitrarios o inoportunos. Estas posibilidades van desde la nulidad y la consiguiente reincorporación, hasta la obligación graduada de indemnización.

Las normas de protección contra el despido limitan sólo el derecho de despido del empleador; no afectan el derecho de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador.

La protección contra el despido, en su conjunto, ha figurado, el concepto de la estabilidad en el empleo, como principio dominador del contrato de trabajo. Si bien la ley, por lo general, no circunscribe el derecho del despido en sí, y, sobre todo, no lo hace depender de causas determinadas, excepto para algunos grupos de trabajadores, sino que sólo relaciona con la



causa invocada o su falta, la obligación de indemnización, esta misma responsabilidad indemnizatoria del empleador contribuye a que el derecho de despido sólo se ejerza dentro de ciertos límites de razonabilidad. Pero también hay casos en que la ley sujeta la eficiencia del despido a ciertos requisitos (causas taxativamente enumeradas), lo que significa una ampliación de la estabilidad.

### **3.6. Despido nulo**

En algunos casos, el despido dispuesto por el empleador es tenido por nulo, sea por falta de cumplimiento de los requisitos previstos por la ley o porque la ley ha establecido la sanción de la nulidad cuando la justa causa invocada no es reconocida como tal o es inexistente. La consecuencia de la nulidad es la subsistencia del contrato. El trabajador tiene derecho a ser reincorporado, en principio, además de percibir las remuneraciones devengadas en el intervalo entre el despido y la reanudación del trabajo.

### **3.7. El sistema indemnizatorio como castigo al despido injusto**

Se conocen dos clases de indemnizaciones: la indemnización por falta de preaviso, o en caso de deficiencia de éste cuando tal aviso debe darse, y la indemnización por antigüedad. No procede ninguna de estas indemnizaciones cuando el despido obedece a justa causa cuya existencia no se discute o, al ser controvertida, queda comprobada y reconocida judicialmente.

Cuando no se da el preaviso, o no se lo da con arreglo a lo que la ley aplicable establece, debe pagarse a la otra parte una indemnización equivalente a la retribución que corresponda al período legal de preaviso. Esta indemnización debe pagarla tanto el empleador como el trabajador, cuando este último incurra en la misma omisión, ya que el preaviso es obligatorio para ambas partes.

En caso de declararse la cesantía sin preaviso en el transcurso del mes, debe pagarse también lo adeudado por los días que faltan hasta el último día del mes en que el despido se produjo.



La indemnización por antigüedad está a cargo exclusivo del empleador y debe pagarse en todos los casos de despido, con preaviso o sin él, salvo los fundados en causa justa. Mientras el pago de la indemnización sustitutiva de preaviso se explica por la falta en que incurrió una de las partes, la naturaleza jurídica de la indemnización por antigüedad también llamada por despido, se discute. Se trata de una prestación asistencial destinada tanto a compensar al trabajador por el desgaste sufrido por el efecto del tiempo de servicio, como a procurarle un amparo inmediato del que podría necesitar al perder el empleo. Sin embargo, esta última previsión está a cargo de un seguro social de paro forzoso o desocupación.

En la legislación de trabajo guatemalteca, la indemnización por antigüedad es precisamente la que se contempla en el caso del despido injustificado y se denomina indemnización por tiempo de servicio.

### **3.8. El régimen del despido justificado del servidor público**

El régimen del despido del servidor público o trabajador del Estado en Guatemala, tiene como presupuesto legal para justificarse la existencia de una causal en que el trabajador haya encuadrado su conducta y que a la vez permita al empleador justificar la terminación del contrato de trabajo que lo une con el trabajador.

De esto se advierte que el contrato de trabajo de un trabajador del Estado, sólo puede terminar si existe justa causa que permita al empleador terminar el mismo. Así lo establece la Ley de Servicio Civil, cuando se refiere a los servicios por oposición y sin oposición para ingresar al servicio público, excluyéndose únicamente al denominado servicio exento, que es aquel que permite el ingreso al servicio público sin calificación de credenciales o méritos y, que no se encuentra sujeto a todas las disposiciones que la ley de servicio civil regula para los servicios sin y con oposición. En estos dos últimos servicios existe calificación de credenciales o méritos, y la diferencia estriba en que por el servicio sin oposición ingresan al servicio público todos los trabajadores que hayan sido contratados para desempeñar puestos en donde se requiere la calidad de profesional liberal.



De todo lo anterior se advierte que la única manera que acoge el régimen de despido previsto en la Ley de Servicio Civil para terminar el contrato de trabajo, es la existencia de causa justificada, lo cual evidencia una enorme preeminencia del principio de estabilidad en las relaciones del trabajo del Estado.

### **3.9. Causales de terminación justificada para el despido de un servidor público**

De conformidad con la Ley de Servicio Civil, son causas que justifican la terminación del contrato de trabajo del servidor público o trabajador del Estado, las siguientes:

- a) Que el servidor publico se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho, contra su jefe o los representantes de éste en la dirección de las labores;
- b) Que el servidor publico se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho, contra uno de sus compañeros de trabajo;
- c) Que el servidor publico fuera del lugar en donde se ejecutan las labores y en horas que no sean las de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho, contra su jefe o los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que, como consecuencia de ellos, se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;
- d) Que el servidor público cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del Estado, de alguno de sus compañeros de labores, o en perjuicio de tercero en el lugar de trabajo, asimismo, cuando cause intencionalmente, por descuido o negligencia, daño material en el equipo, máquinas, herramientas, materiales, productos y demás objetos relacionados, en forma inmediata e indudable con el trabajo;
- e) Que el servidor público falte a la debida discreción según la naturaleza de su cargo, así como cuando revele los secretos que conozca por razón del puesto que ocupe;



- f) Que el servidor deje de asistir al trabajo, sin el correspondiente permiso o sin causa debidamente justificada, durante dos días laborales completos o durante cuatro medios días laborales en un mismo mes calendario. En este caso, al reanudar sus labores debe el servidor público justificar la inasistencia si no lo hubiera hecho antes;
- g) Que el servidor público se niegue de manera manifiesta a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados, para evitar accidentes o enfermedades;
- h) Cuando el servidor público se niegue de manera manifiesta a acatar las normas o instrucciones que su jefe, o su representante le hayan transmitido en la dirección de las labores;
- i) Que el servidor público viole las prohibiciones a que está sujeto o las que se establezcan en los manuales o reglamentos internos de la dependencia en que presta sus servicios, siempre que se le aperciba una vez por escrito;
- j) Que el servidor público incurra en negligencia, mala conducta, insubordinación, marcada indisciplina, ebriedad consuetudinaria o toxicomanía en el desempeño de sus funciones;
- k) Que el servidor público sufra la pena de arresto mayor o se le imponga prisión correccional por sentencia ejecutoriada;
- l) Que el servidor público incurra en actos que impliquen cualquier otra infracción grave en contra de la Ley de Servicio Civil y sus reglamentos.

### **3.10. Consecuencias del despido de un servidor público**

La consecuencia del despido justificado de un servidor público, se traduce en que éste pierde todos los derechos que le confiere la Ley de Servicio Civil y su Reglamento, exceptuándose únicamente lo relativo a jubilaciones, pensiones y montepíos. Debe entenderse también, que el



despido con justa causa, exime también de toda responsabilidad para con el trabajador, esto quiere decir, que por motivo del despido justificado, el Estado queda exento de pagar al servidor público la indemnización por tiempo de servicio y la indemnización por daños y perjuicios.

### **3.11. Rehabilitación del servidor público**

El despido con justa causa de un trabajador del Estado, además de las consecuencias antes relacionadas, deja inhabilitado a éste para ingresar nuevamente al servicio público por un plazo de tres años. Durante éste plazo, la persona deberá observar buena conducta, como presupuesto para tener derecho al examen de habilitación posteriormente al concluir el plazo de la inhabilitación y tener la posibilidad de ingresar nuevamente al servicio público.

La rehabilitación, entonces, solo puede producirse después de haber transcurrido los tres años por los que se inhabilitó al servidor público. Esta rehabilitación supone un nuevo ingreso al servicio público con todos los derechos y garantías de los que se gozó anteriormente. No obstante todo lo anterior, la Ley de Servicio Civil, establece como excepciones a la rehabilitación, los casos de aquellos servidores públicos que hubieren sido condenados por sentencia firme, por la comisión de los delitos de traición, violación de secretos, infidelidad en la custodia de documentos, usurpación de funciones, exacciones ilegales, cohecho, malversación de caudales públicos, fraude, falsedad y falsificación de documentos públicos, asesinato y en general, todos aquellos delitos contra el patrimonio del Estado.

De todo lo anterior se advierte que la inhabilitación del servidor público puede ser temporal o definitiva; pues la primera admite la posibilidad de rehabilitarse al servicio público, mientras que la segunda la excluye.

### **3.12. El procedimiento de despido del servidor público**

El proceso para el despido de un servidor público, se conforma por una serie de pasos administrativos, que culminan con la comunicación de la terminación del contrato de trabajo. Sin embargo, algunos de estos pasos administrativos en la práctica no se observan, sobre todo, porque en todos los casos de despido no se da intervención a la Oficina Nacional de Servicio



Civil, sino hasta después de que el contrato se ha dado por terminado, y se ha interpuesto el recurso de apelación contra la decisión del despido, por el trabajador despedido.

Adicionalmente el proceso de despido rige sólo para los trabajadores que hayan ingresado al servicio público por medio del servicio por oposición, pues en el caso de el servicio sin oposición se estima que existe libertad de nombramiento y remoción.

El procedimiento de despido se describe de la siguiente manera:

- a) La autoridad nominadora formula cargos al servidor público infractor; esto quiere decir que mediante comunicación escrita le imputa la comisión de la falta o faltas de trabajo en que haya incurrido;
- b) La autoridad nominadora corre audiencia por un plazo perentorio al servidor público, para que se manifieste sobre los cargos imputados, y proponga prueba de descargo a su favor;
- c) La autoridad nominadora traslada copia de la comunicación de la audiencia al trabajador público infractor, a la Oficina Nacional de Servicio Civil;
- d) El Director de la Oficina Nacional de Servicio Civil autoriza a la autoridad nominadora para que suspenda en sus funciones al servidor público, mientras se dilucida el trámite del despido;
- e) El Director de la Oficina Nacional de Servicio Civil hace del conocimiento del servidor público afectado, la decisión de la autoridad nominadora;
- f) La comunicación debe entenderse que es únicamente para efectos de permitir al servidor público el hacer uso de su derecho de apelación ante la Junta Nacional de Servicio Civil, para buscar que se examine la decisión del despido;



- g) El servidor público afectado interpone recurso de apelación ante la Oficina Nacional de Servicio Civil, dentro de los tres días siguientes a la comunicación del despido;
- h) El Director de la Oficina Nacional de Servicio Civil eleva el trámite del recurso a la Junta Nacional de Servicio Civil, ésta da audiencia al apelante por cuarenta y ocho horas para que haga uso del recurso;
- i) La Junta Nacional de Servicio Civil, dispone de treinta días para resolver, y dentro de este plazo debe recabar del Director de la Oficina Nacional de Servicio Civil, el envío de los antecedentes que contengan el record del servidor público, así como la de cumplir con las investigaciones y diligencias que considere indispensables para un mejor juicio.
- j) Sí se dicta la resolución de la apelación dentro de los treinta días que manda la ley o en el caso de que transcurrido aquel plazo la resolución no se haya dictado, se tendrá por agotada la vía administrativa y por resuelta negativamente la petición.
- k) Agotada la vía administrativa mediante el uso del recurso de apelación, el servidor público que ha sido despedido, puede acudir ante los tribunales de trabajo y previsión social, a promover el juicio ordinario por despido injusto en única instancia.

En la práctica se inobservan las etapas relacionadas a la autorización que tendría que extender la Oficina Nacional de Servicio Civil para la comunicación del despido y suspensión de las labores, pues usualmente la autoridad nominadora despide y la Oficina de Servicio Civil se entera de esta acción de personal, hasta el momento en que el trabajador despedido apela la decisión.

Como puede advertirse, este procedimiento de despido lleva implícita la protección de las garantías del derecho de defensa y el debido proceso, lo cual constituye una garantía invaluable para el servidor público.



## CAPÍTULO IV

### 4. La vulneración de la garantía de igualdad en materia de indemnización por tiempo servido para los trabajadores del servicio público

#### 4.1. Convenio Internacional de Trabajo sobre la discriminación (empleo y ocupación)

##### Convenio OIT 111/58

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 de junio de 1958 en su cuadragésima segunda reunión; después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la discriminación en materia de empleo y ocupación, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión; después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional; considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, y considerando además que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adopta, con fecha 25 de junio de 1958, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958:

**Art. 1º- 1.** 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.

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por



el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

**Art. 2º-** Todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

**Art. 3º-** Todo miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a:

a) Tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política.

b) Promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política.

c) Derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política.

d) Llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional.

e) Asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional.

f) Indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.



**Art. 4º-** No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.

**Art. 5º-** 1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias.

2. Todo miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

**Art. 6º-** Todo miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a aplicarlo a los territorios no metropolitanos, de conformidad con las disposiciones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

**Art. 7º-** Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al director general de la Oficina Internacional del Trabajo.

**Art. 8º-** 1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el director general.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el director general.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.



**Art. 9º-** 1. Todo miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al director general de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

**Art. 10.-** 1. El director general de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los miembros de la Organización.

2. Al notificar a los miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el director general llamará la atención de los miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

**Art. 11.-** El director general de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al secretario general de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

**Art. 12.-** Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.



**Art. 13.-** 1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) La ratificación, por un miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso iure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el art. 9º, siempre que el nuevo convenio revisor, haya entrado en vigor.

b) A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los miembros.

Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

**Art. 14.-** (De forma)

## **4.2. Regulación de la indemnización por tiempo servido**

### **4.2.1. La norma contenida en el Artículo 61 numeral 7 de la Ley de Servicio Civil**

**"Artículo 61. Derechos de los servidores públicos.** Los servidores públicos en los servicios por oposición gozan, de los derechos establecidos en la constitución, en el texto de esta ley y además de los siguientes:

**...7.** A recibir indemnización por supresión del puesto o despido injustificado directo o indirecto, equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos y si los servicios no alcanzaren a un año, a la parte proporcional al tiempo trabajado. Su importe se debe calcular conforme al promedio de los sueldos devengados durante los últimos seis meses, a partir de la fecha de supresión del puesto. Este derecho en ningún caso excederá de cinco sueldos.

El pago de la indemnización se hará en mensualidades sucesivas, a partir de la supresión del puesto hasta completar la cantidad que corresponda. Es entendido que si en razón del derecho preferente contemplado en el Artículo 46 de esta ley, el servidor despedido reingresare al



servicio público con un salario igual o superior al que devengaba, el pago de la indemnización será suspendido a partir de la fecha de toma de posesión del nuevo cargo. Si el salario fuere inferior, será el pago de la indemnización por el término necesario para cubrir la diferencia en el número de meses al cual se tiene derecho de indemnización.

Quedan excluidos de este derecho los servidores públicos que puedan acogerse a la pensión o jubilación, pero disfrutarán de la expresada indemnización hasta que se emita el acuerdo de pensión o jubilación correspondiente. Las entidades encargadas de esos trámites, quedan en la obligación de resolverlos en un término máximo de cuatro meses.”

Como se aprecia de la norma transcrita con anterioridad, la ley especial que rige las relaciones de trabajo entre el Estado y sus trabajadores, que es precisamente la Ley de Servicio Civil, establece con total claridad que la indemnización que corresponde al despido injustificado se debe calcular con base al promedio de los sueldos devengados durante los últimos seis meses de la relación laboral, pero, el monto total a pagar en concepto de esa prestación no podrá exceder de cinco sueldos. Esto implica que si la base de cálculo es a razón de un mes de salario por año de servicios prestados a todos los servidores públicos en caso de despido injustificado se les podrá hacer efectivo como máximo, en concepto de indemnización por tiempo de servicio, el equivalente a cinco años de servicios, sin importar el número total de años que hayan laborado y que por supuesto haya sido superior a los cinco años que prevé la ley. En consecuencia se advierte que esta norma establece un límite para el pago de la indemnización por tiempo de servicio de los trabajadores del servicio público lo que, en todo caso, evidencia una marcada desigualdad con los trabajadores del servicio privado, a quienes la ley en el caso de esta misma prestación les reconoce como base de cálculo de la misma, es decir un mes de salario por servicio prestado, pero sin límite alguno.

De ahí, entonces, la evidente desigualdad, pues, un servidor público que antes de ser despedido haya laborado al servicio de su patrono por veinte años, verá reducida su indemnización al equivalente de sólo cinco años de servicio, por lo cual se le discrimina, pero sobre todo, no se le justiprecia el tiempo que ha servido al Estado.



#### **4.2.2. La norma contenida en el Artículo 110 de la Constitución Política de la República**

**“Artículo 110. Indemnización.** Los trabajadores del Estado, al ser despedidos sin causa justificada, recibirán su indemnización equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos prestados. Este derecho en ningún caso excederá de diez meses de salario.”

Del texto de la norma antes transcrita se establece que esta disposición constitucional aunque superó a la norma ordinaria contenida en el numeral 7 del Artículo 61 de la Ley de Servicio Civil, mantuvo la discriminación y por consiguiente, la desigualdad entre la forma en que se calcula y se paga la indemnización por tiempo de servicio a los trabajadores del servicio público y entre la forma en que se calcula y se paga la indemnización por tiempo de servicio a los trabajadores del servicio privado. Esto se origina de que la norma analizada establece también un límite de diez meses de salario para el pago de la indemnización, lo que significa que aunque el trabajador del servicio público, labore más de diez años al servicio del Estado, únicamente se le reconocerá el equivalente a diez años de servicios como máximo.

Aquí se observa nuevamente la desigualdad que presenta la vigencia de esta disposición que aunque supera en el tema del tiempo de servicio a pagar a los servidores públicos, a la Ley de Servicio Civil, de todas formas, regula una situación idéntica como lo es el pago de la indemnización por despido injustificado de los trabajadores del Estado en condiciones notoriamente desiguales a como se regula en el Código de Trabajo y en la propia Constitución en el Artículo 102 inciso o), el pago de esa misma prestación a favor de los trabajadores del servicio privado. Esta desigualdad que confronta con la garantía de igualdad desafortunadamente no puede exponerse dentro del planteamiento de una acción de inconstitucionalidad, derivado de que la jerarquía que corresponde a esta norma es constitucional y por dogmática jurídica no puede atacarse de inconstitucional a lo dispuesto en la propia Constitución.



#### **4.2.3. La norma contenida en el Artículo 78 del Código de Trabajo**

**“Artículo 78. Reformado por el Artículo 2 del Decreto Número 64-92 del Congreso de la República.** La terminación del contrato de trabajo conforme a una o varias de las causas enumeradas que el artículo anterior, surte efectos desde que el patrono la comunique por escrito al trabajador indicándole la causa del despido y éste cese efectivamente sus labores, pero el trabajador goza del derecho de emplazar al patrono ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de que pruebe la justa causa en que se fundó el despido. Si el patrono no prueba dicha causa, debe pagar al trabajador:

- a) Las indemnizaciones que según este Código le pueda corresponder; y
- b) A título de daños y perjuicios, los salarios que el trabajador ha dejado de percibir desde el momento del despido hasta el pago de su indemnización, hasta un máximo de doce (12) meses de salario y las costas judiciales.”

Del contenido de la norma transcrita con anterioridad, permite establecer con absoluta claridad la existencia de la condición desigual entre la forma en que se regula para los trabajadores del servicio público, el pago de la indemnización por tiempo servido y la forma en que se regula el pago de esa misma prestación para los trabajadores del servicio privado. Así, puede advertirse que aunque la base de cálculo de la prestación es también a razón de un mes de salario por año de servicios prestado, su pago no tiene límite alguno, pues se deberá pagar de conformidad con todo el tiempo de servicio que el trabajador haya cumplido al servicio de su patrono.

#### **4.3. La confrontación de la garantía de igualdad**

La confrontación que la norma 61 numeral 7 de la Ley de Servicio Civil y la norma 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala presentan con la garantía constitucional de igualdad contenida en el Artículo 4 de la Constitución de la República de Guatemala, se observa cuando a una misma situación como lo es el pago de la indemnización por tiempo de servicio que corresponde por despido injustificado a los trabajadores del servicio público y a los



trabajadores del servicio privado, se da un tratamiento normativo diferente al que para los trabajadores del servicio privado establecen las normas 102 inciso o) de la Constitución Política de la República de Guatemala y 78 del Código de Trabajo. En consecuencia al regular de manera diferente, situaciones idénticas se viola el principio de igualdad y se conculca la garantía del mismo nombre, discriminando y reduciendo los derechos de los trabajadores del servicio público.

#### **4.4. La reforma a la Ley de Servicio Civil, como forma de extinguir la confrontación a la garantía de igualdad**

En vista de que no puede atacarse de inconstitucionalidad la norma contenida en el Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala por ser esta norma también de jerarquía constitucional y que la norma 61 inciso e) de la Ley de Servicio Civil ha sido derogada implícitamente por la norma 110 relacionada, por ser más favorable, resulta entonces como única salida procedente promover la reforma del numeral 7 del Artículo 61 de la Ley de Servicio Civil a fin de que con la reforma se iguale el pago de la indemnización por tiempo servido de los servidores públicos en la misma forma en que se calcula para su pago aquella prestación para los trabajadores del servicio privado, sólo así puede terminarse con esta desigualdad evidente que hasta hoy ha generado un daño incalculable para los trabajadores del Estado, daño del cual, evidentemente es responsable el Estado de Guatemala por ser el promulgador de un texto constitucional con el cual se hizo discriminar a un grupo de trabajadores en perjuicio de otros.



## CONCLUSIONES

1. La norma contenida en el Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece el Derecho a la Indemnización por Tiempo de Servicio para los Trabajadores del Estado, constituye la norma mínima en relación a esa prestación, susceptible de ser superada por otra que aunque de distinta jerarquía resulte ser más favorable para los trabajadores del Servicio Público.
2. Los trabajadores del servicio privado gozan de una indemnización por tiempo de servicio tarifado, pero sin límites de tiempo servido.
3. La forma de cálculo para la indemnización por tiempo de servicio de los servidores públicos, establecida en el Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala, discrimina a los trabajadores del Estado con relación a los trabajadores del servicio privado.
4. Aunque el tratamiento normativo que se da a la prestación de indemnización por tiempo de servicio es desigualitario y por consiguiente confrontativo de la garantía constitucional de igualdad, no puede oponerse acción de inconstitucionalidad contra aquella disposición por su carácter constitucional.
5. La confrontación con la garantía constitucional de igualdad que presenta el texto de la norma contenida en el Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala, sólo puede superarse por medio de reformar el Artículo 61, Numeral 7 de la Ley de Servicio Civil, lo que permitiría igualar a los trabajadores del servicio público con los trabajadores del servicio privado en relación a la indemnización por tiempo de servicio.
6. Las sentencias dictadas por los tribunales de trabajo, en las que se hace condenas a pagar indemnización por tiempo de servicio a favor de trabajadores del servicio público, discriminan a éstos últimos, pues dan a una misma situación un tratamiento diferente al que con relación a eso mismo reciben los trabajadores del servicio privado.



- 7.** Siendo la situación que busca indemnizarse, la terminación injustificada del contrato de trabajo o relación de trabajo en los casos de servidores públicos y trabajadores del servicio privado, su tratamiento normativo obligatoriamente debe ser el mismo, pues si no, no existe igualdad.
  
- 8.** Una vez reformado el Numeral 7 del Artículo 61 de la Ley de Servicio Civil, se deroga implícitamente en su aplicación el Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por poseer la reforma un carácter más favorable para los trabajadores del servicio público..



## RECOMENDACIONES

1. Debe reformarse el Numeral 7 del Artículo 61 de la Ley de Servicio Civil, con el objeto de suprimir la desigualdad que existe entre los trabajadores del servicio público y los trabajadores del servicio privado, en relación a la indemnización por tiempo de servicio por despido injustificado.
2. Debe hacerse posteriormente, una reforma integral de la Ley de Servicio Civil para igualarla en derechos y garantías con el Código de Trabajo, en relación a los trabajadores del servicio público con los trabajadores del servicio privado.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- Borrajo Dacruz, Efrén. "Introducción al Derecho del Trabajo." Editorial Tecnos. Madrid, España. 1988.
- Buezo Cordón, Julio César. "Indemnización por despido de los trabajadores del Estado. Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1977.
- Cabanellas, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1988
- Hebe, Liliana. "Instituciones del Derecho del Trabajo." Editorial Hamurabí, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- Lafer, Celso. "Igualdad para los trabajadores públicos". Editorial Guadarrama, Madrid, España. 1993.
- Las Heras, Horacio. "Garantías del Contrato de Trabajo". Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Lega, Carlo. "La Terminación Injustificada del contrato de trabajo del servidor público." Editorial Scntía, Roma, Italia. 1993.
- Marías, Julián. "La filosofía del despido." Editorial Revista de Occidente, Madrid, España. 1993.
- Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales". Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1984
- Pacay Yalibat, Edgar Raúl. "La relación laboral y su terminación en el sector público guatemalteco". Tesis de Grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1981.
- Raso Delgue, Juan. Garantías constitucionales y contrato de trabajo, de la Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1999.

## **LEGISLACIÓN:**

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código de Trabajo. Decreto 330 del Congreso de la República, 1947

Ley de Servicio Civil. Decreto 1748 del Congreso de la República 1968

