EXP. N.° 05532-2014-PA/TC
LIMA
LAURA DENISSE VISQUERRA HOUGHTON

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de febrero de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, y con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en el Pleno del día 21 de febrero de 2017. Asimismo, se agrega el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, y los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Ramos Núñez que se adjuntan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Laura Denisse Vizquerra Houghton contra la resolución de fojas 374 , de fecha 10 de junio de 2014, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de diciembre de 2009, la recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Cencosud Perú SA, solicitando que se ordene su reposición laboral en el cargo de asistente de personal, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y demás beneficios que le correspondan desde la fecha de su cese. La demandante señala que se le despidió por la supuesta comisión de una falta grave, consistente en haber cursado un correo electrónico a terceras personas, el cual habría afectado la honorabilidad de la empresa E. Wong SA, cliente de su empleadora.

Alega haber sido despedida en represalia a un reclamo laboral realizado en el mes de julio de 2009, aunado al estado de gravidez en que se encontraba. Asimismo, sostiene que los correos electrónicos utilizados como medios probatorios para sustentar su arbitrario despido resultan inválidos por cuanto han sido obtenidos de forma ilícita, sin su consentimiento. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y a la intimidad.

La sociedad demandada propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda aduciendo que no despidió a la recurrente como consecuencia de su estado de gravidez, sino porque incurrió en falta grave al enviar un mensaje a través del correo asignado por su empleadora a diferentes destinatarios, en el cual se expone información falsa e inexacta que perjudica a su cliente E. Wong SA.

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 5 de mayo de 2010, declaró infundada la excepción propuesta por la demandada y, con fecha 3 de octubre de 2013, declaró improcedente la demanda, por considerar que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria, por lo cual no es posible dilucidar si se produjo el despido arbitrario o si existió causa justa de despido.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares fundamentos.

Mediante recurso de agravio constitucional, la demandante reitera los argumentos expresados en su demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición laboral de la recurrente en el cargo de asistente de personal, más el pago de remuneraciones devengadas y demás beneficios que le correspondan desde la fecha de su cese. Se alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y a la intimidad.

Consideraciones previas

2. De acuerdo a la línea jurisprudencial de este Tribunal respecto a las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, corresponde evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido incausado.

Análisis del caso concreto

3. De las cartas de preaviso y de despido, obrantes a folios 14 y 41, se aprecia que el despido de la accionante tiene directa vinculación, por un lado, con la supuesta utilización indebida del correo institucional proporcionado por la entidad emplazada a la accionante y, por otro lado, con la utilización por parte del empleador de los correos electrónicos cursados por la trabajadora demandante como instrumento para sustentar la falta grave por la cual fue despedida, medios probatorios que, conforme afirma la accionante, habrían sido obtenidos de manera ilícita, en franca violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

4. Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 01058-2004-AA/TC, ya este Tribunal Constitucional se ha pronunciado con relación al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, en los siguientes términos:

> 18. En efecto, conforme lo establece el artículo 2, inciso 10, de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.
>
> 19. Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos."

5. Asimismo, este Tribunal ha precisado que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico proporcionado por el empleador a sus trabajadores. En efecto, en la sentencia emitida en el Expediente 03599-2010-PA/TC ha sostenido:

> 5. [...] En buena cuenta, el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, como son el telefónico, el telegráfico o el informático, es decir, aquella comunicación que se mantiene a través de un determinado medio o soporte técnico.
>
> 6. En atención a lo expuesto, debe concluirse que el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones [...].
>
> 7. Por dicha razón, considero que el mensaje del correo electrónico o la conversación del comando o programa de mensajería instantánea obtenida con violación del

> derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por imperio del inciso 10) del artículo 2° de la Constitución es una prueba prohibida que no puede ser utilizada para iniciar un procedimiento disciplinario de despido, ni puede tener el valor de una prueba de cargo válida para sancionar a un trabajador.
>
> En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, la única forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución.

6. En el caso de autos, si bien en su escrito de contestación a la demanda la emplazada niega haber vulnerado el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, y sostiene que las impresiones de pantalla de los correos electrónicos utilizados como medios probatorios fueron presentados por la propia accionante, este Tribunal advierte que la demandada no ha aportado medio probatorio alguno para corroborar su dicho. Al contrario, se aprecia que en la carta de preaviso de despido se consigna lo siguiente:

> [p]ara acreditar la gravedad de las faltas incurridas, adjuntamos la impresión del correo enviado por vuestra persona de fecha 26 de octubre 2009 a las 10:54 a.m.; horas en la cual, lejos de advertirse la cantidad exacta de destinatarios, se acredita el mal uso de los bienes de la empresa [...]. De igual modo, con la finalidad de acreditar la reincidencia de su conducta negligente, adjuntamos la impresión del correo reenviado por vuestra persona con fecha 27 de octubre de 2009 a las 11 am, a Gabriela Verdera Portocarrero [...].

Es decir, es la propia empresa quien adjunta, en la carta de preaviso de despido, las referidas impresiones de pantalla, a fin de sustentar las faltas graves que imputa a la recurrente.

7. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional concluye que el registro de los correos electrónicos enviados por la accionante ha sido obtenido con violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, protegido por el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución.

8. En consecuencia, los registros de los correos electrónicos de fechas 26 y 27 de octubre de 2009, que sustentaron y justificaron el despido de la demandante, constituyen una prueba prohibida, por lo que su utilización en el procedimiento disciplinario de despido resulta inconstitucional, violatorio del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y, por ende, violatorio del derecho al trabajo de la demandante.

9. Sin perjuicio de lo antes resuelto, este Tribunal Constitucional advierte que la demandante afirma haber sido despedida debido a su estado de gravidez. Al respecto, ya este Tribunal ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo, proscrita por el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

10. En el presente caso, más allá del hecho de que su empleador conocía que la recurrente se encontraba embarazada, no obran en autos elementos probatorios que acrediten de manera fehaciente que la demandante ha sido despedida debido a su estado de gravidez.

11. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado los derechos constitucionales al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al trabajo, corresponde ordenar la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

12. Asimismo, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos y costas procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos constitucionales al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al trabajo; en consecuencia, **NULO** el despido del que ha sido objeto la demandante.

2. **ORDENAR** que Cencosud Perú SA reponga a doña Laura Denisse Vizquerra Houghton en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el

plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Emito el presente fundamento de voto, pues si bien, estoy de acuerdo con lo resuelto por mis colegas, he decidido unirme a las precisiones realizadas por el Magistrado Ramos Núñez, relativas al uso de correos electrónicos institucionales y su fiscalización y monitoreo de parte de los empleadores, así como la necesidad de manuales, protocolos y Código de Ética que regulen el uso del correo electrónico institucional.

S.

MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto porque, si bien comparto lo resuelto por mis colegas, estimo necesaria efectuar una serie de precisiones que no se han efectuado en la sentencia, y que son fundamentales en el presente caso.

a) Hechos que generaron la presentación de la demanda y delimitación de la controversia

La recurrente, Laura Denisse Visquerra Houghton, fue despedida por haber remitido un correo electrónico, desde su cuenta institucional (laura.vizquerra@ewong.com), en el que expresó su preocupación por un supuesto "robo de niños" en uno de los establecimientos del supermercado E. Wong. En la parte final del correo, se puede apreciar la siguiente firma "Laura Vizquerra Houghton. Grupo Wong- Cencosud Perú S.A. Teléfono 6260000-4282".

Al respecto, la entidad demandada alega que se trata de una difusión irresponsable de información, y que genera un grave perjuicio a la imagen de la empresa E.Wong, por lo que considera que el despido se encuentra justificado.

Corresponde, en consecuencia, determinar si es que el empleo del correo electrónico institucional de la recurrente, como medio de prueba para su despido, es o no compatible con la Constitución. Para ello, deben delimitarse los alcances del derecho a la privacidad, a fin de comprobar si es que el empleo de correos institucionales es, en todos los casos,

b) La expectativa razonable de privacidad (*reasonable expectation of privacy)* y los avances tecnológicos

A criterio de la entidad emplazada, el contenido del correo electrónico está dirigido a expresar ciertos temores de la demandante respecto de una serie de presuntos hechos que habrían acaecido en la sede del supermercado Wong, lo cual afectaría la buena laboral al imputar hechos no comprobados a un cliente con el que existían considerables relaciones comerciales.

La recurrente sostiene que los correos electrónicos han sido obtenidos de una manera irregular al no haber brindado su consentimiento para su utilización. Tal y como lo expone la mayoría de mis colegas, ello, siguiendo la jurisprudencia que ha trazado este Tribunal, supondría una vulneración del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, ya que el empleador se encontraría prohibido de conocer el contenido de los mensajes de correo electrónico o de las conversaciones de comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador [STC 03599-2010-PA/TC, fundamento 6].

Sin embargo, considero que esta línea jurisprudencial debe ser matizada. Los correos electrónicos brindados por el empleador son herramientas de trabajo, y, como ellas, se someten a las políticas de fiscalización que se decidan iniciar. En ese sentido, no considero, en principio, que exista una expectativa razonable de privacidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por un trabajador a través de las cuentas de correo y los ordenadores que han sido proporcionados por los empleadores.

Al respecto, es pertinente recordar, para esta clase de casos, la doctrina de la "expectativa razonable de privacidad (*reasonable expectation of privacy*)", la cual fue elaborada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso *Katz vs. U.S* (1967), y que tiene un origen más remoto en el conocido trabajo de los juristas Warren y Brandeis titulado "The right to Privacy" [Warren y Brandeis. The Right to Privacy. Harvard Law Review, vol. IV, Nro. 5, de 15 de diciembre de 1890]. Esta doctrina, desarrollada inicialmente para evaluar las actuaciones de los órganos de persecución penal y las formas de obtención de la prueba, fue con posterioridad trasladada a otros ámbitos, y ha sido empleada, entre otros organismos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para analizar posibles vulneraciones del derecho a la vida privada o familiar [ver, entre otros, Halford v. United Kingdom, Copland v. United Kingdom].

Sin embargo, también estoy convencido que, en el Perú, no todas las entidades del Estado o instituciones privadas cuentan con un desarrollo prolijo de las políticas de uso de los correos electrónicos. Esta clase de directivas, que deberían encontrarse plasmadas en manuales, reglamentos internos o códigos de ética, permitirán que los trabajadores tengan un conocimiento certero en relación con las herramientas informáticas de las que disponen. En ese sentido, pretendo que las pautas que indicaré a continuación sean consideradas como un punto de partido que permita considerar que estas comunicaciones no deberían ser, al menos en principio, protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la privacidad.

c) Políticas de uso de los correos electrónicos institucionales y expectativas de privacidad

En la actualidad, una gran cantidad de entidades del Estado y empresas privadas utilizan correos electrónicos institucionales. Se trata de plataformas brindadas por el empleador, y que tienen por propósito facilitar los intercambios de información con otros trabajadores e incluso con terceras personas. Como resulta evidente, el solo hecho que el empleador brinde esta clase de herramientas de trabajo genera, según entiendo, una presunción de falta de expectativa razonable de privacidad.

En ese sentido, resta preguntarse respecto de los supuestos en los que resultaría constitucional la fiscalización y monitoreo de los mensajes electrónicos desde las cuentas de correo institucionales. Al respecto, advierto que, a nivel de derecho comparado y derecho internacional, se han tomado en cuenta distintos factores para evaluar si es que la información contenida en estos correos puede ser (o no) protegida por el derecho a la privacidad.

En primer lugar, existe cierto nivel de consenso en relación con las facultades que posee el empleador de fiscalizar y monitorear lo concerniente al empleo de las herramientas de trabajo. Por lo general, el correo electrónico es utilizado como medio para desarrollar, con un mayor nivel de eficiencia, las prestaciones laborales. Consecuentemente, la fiscalización en relación con su uso deviene en una necesidad que se desprende de la tutela de los legítimos intereses del empleador de que las labores se estén prestando de manera eficiente y acorde con los objetivos y fines de la institución. Ahora bien, no considero que este solo hecho nos permita hablar de una fiscalización permanente e irrestricta. Considero que del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la privacidad emanan una serie de obligaciones que condicionan las políticas utilizadas por el empleador.

En ese sentido, y como segundo punto, considero que las entidades (tanto públicas como privadas) que empleen plataformas electrónicas deben regular el uso de las herramientas de trabajo en algún manual, reglamento o directiva interna de trabajo. Del mismo modo, estas normas deben ser puestas en conocimiento del trabajador antes de la firma del contrato respectivo, a fin que tome conocimiento de las políticas laborales y, así, pueda definir su situación. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha precisado que "[l]a expresa prohibición convencional del uso extra-laboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe" [STC 2907-2011, F.J 4]. El control de la utilización del correo electrónico al que hace referencia el tribunal español se relaciona con una consiguiente reducción de la expectativa razonable de privacidad del demandante.

Evidentemente, el avance de la tecnología ha generado, a su vez, la necesidad de adoptar nuevas regulaciones que sean compatibles con el avance de los tiempos. En este escenario, es indispensable que los empleadores conozcan con cierto grado de certeza los límites y restricciones que tienen sus políticas de control y fiscalización en el centro de labores. Pero, del mismo modo, también lo es que los trabajadores estén informados respecto de sus deberes en el trabajo y las consecuentes prohibiciones respecto de ciertas conductas en dicho ambiente. Esta clase de circunstancias también ha sido advertida, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional de España, el cual ha enfatizado que

> la apreciación, a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet [...]. Sin embargo, en el supuesto que ahora nos ocupa, el régimen jurídico aplicable en la empresa respecto al uso de las herramientas informáticas de su propiedad hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador [...] [STC 2907-2011, F.J 4].

Por otro lado, también se puede tomar en cuenta, a fin de determinar si es que el uso del correo electrónico institucional estará (o no) protegido por el derecho a la privacidad es el relativo a la estipulación de su incorrecto empleo como falta dentro del centro de labores. Es necesario distinguir este supuesto del anterior: mientras que, en el primero, se hace referencia únicamente a la forma de uso del correo institucional, aquí se hace referencia a la estipulación de su indebido uso como una falta en el trabajo. Esto denotará que no existe alguna expectativa razonable de privacidad que el trabajador pueda demandar, pues se le está comunicando que un incorrecto empleo de las herramientas brindadas por el empleador puede acarrear la imposición de una sanción. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional de España ha indicado que

> la habilitación por la empresa de esta herramienta informática como medio para llevar a cabo el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo y el hecho de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estuviera tipificado en el Convenio colectivo aplicable como infracción sancionable impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial [STC 2907-2011, F.J 5.C].

En términos similares, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una reciente decisión, desestimó una demanda en contra de Rumania por una presunta vulneración del derecho a la vida privada de Bogdan Mihai Bărbulescu. En ese caso, el Tribunal valoró el hecho que la conducta imputada al demandante, consistente en el empleo de programas de mensajería instantánea en el ordenador proporcionado por su centro de labores, se encontraba regulada en el Código de Trabajo de Rumania [TEDH. Caso Bărbulescu v. Romania. Sentencia de 12 de enero de 2016, párr. 56].

Consecuentemente, en esta clase de supuestos tampoco se puede esperar con que el trabajador cuente con una expectativa razonable de privacidad respecto de los correos electrónicos registrados en un ordenador, más aun si es de la misma empresa.

d) Análisis del caso

He expuesto las razones por las cuales considero que el uso de correos electrónicos institucionales puede ser fiscalizado y monitoreado por los empleadores. Corresponde, entonces, indicar si, a propósito del caso de Laura Denisse Visquerra Houghton, se ha configurado alguna vulneración del derecho a la privacidad.

De conformidad con los criterios expuestos, se debe determinar si es que la entidad emplazada contaba con algún manual o protocolo para el uso del correo electrónico institucional y, además de ello, si es que su incorrecto empleo ha sido o no regulado como falta.

Al respecto, de la revisión del expediente es posible apreciar una captura de imagen de la bandeja de entrada de la cuenta de correo electrónico laura.vizquerra@ewong.com. De su tenor, puedo advertir que el contenido de los correos electrónicos es, en esencia, de

carácter personal, sin que se advierta o se haya demostrado en este caso alguna sanción previa a la recurrente por el incorrecto uso de su correo electrónico institucional. Esto demuestra que no existía alguna norma o directiva que sancione el uso personal de dicha plataforma.

En consecuencia, advierto que, en este caso, no se puede emplear la impresión del correo institucional de la recurrente como prueba para efectuar su despido, por lo que la demanda debe ser declarada como **FUNDADA**, con su consecuente reposición en su anterior puesto de trabajo.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 05532-2014-PA/TC
LIMA
LAURA DENISSE VISQUERRA HOUGHTON

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría por lo siguiente:

La parte demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente. Empero, como he señalado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal Constitucional, considero que nuestra Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta. El artículo 27 de la Constitución dice lo siguiente:

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

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que corresponde indemnizar –no reponer– al trabajador despedido arbitrariamente. No hay nada inconstitucional en ello, ya que el legislador está facultado por la Constitución para definir la *adecuada protección contra el despido arbitrario*.

Por demás, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido injustificado. No contradice sino corrobora la norma constitucional.

Así, la reposición no tiene base en la Constitución ni en las obligaciones internacionales del Perú. Deriva solo de un error –de alguna manera tenemos que llamarlo– de este Tribunal Constitucional, cometido al resolver el caso Sindicato Telefónica el año 2002 y reiterado lamentablemente desde entonces. La persistencia en el error no lo convierte en acierto.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL