

ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS AL EVALUAR LOS DERECHOS LABORALES INDEPENDIENTE

COMERCIO AMBULATORIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO N°. 00393-2013-PA/TC

Autor: Augusto Medina Otazu

I.- INTRODUCCION

Una evaluación histórica de los derechos humanos podemos ubicarlo dentro de cuatro¹ estadios, el primero de discriminación, el segundo tolerancia, el tercero de libertad y el último de igualdad. En el primero, los derechos fundamentales de las personas mayoritarias son las vigentes y los minoritarios prácticamente están ignorados y perseguidos generándose una discriminación; en el segundo, los mayoritarios toleran determinados derechos especialmente aquellos que no pone en peligro sus derechos; en el tercero, todos y todas reconocen que viven en una sociedad diversa y libre y esa diversidad más que un elemento negativo es positivo para la realización de todos y todas y la última, de igualdad de los derechos de todos y todas. Es así que en una sociedad plural no deberían existir barreras de acceso a la realización de los derechos al trabajo, en esa orientación se inscribe el artículo 22 de la Constitución Política: “*El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.*”

En el Perú la evolución que se acaba describir marcha en un sentido ascendente y en otros tiempos retrocede en su desarrollo, como diría Pérez Luño², va entre los extremos de “*tempus aedificandi y los tempus detruendi*”.

Por otro lado a veces podría considerarse que los mecanismos de discriminación inversa a favor de las personas con discapacidad resultan un tanto molesto en su reconocimiento porque trastoca el derecho de la igualdad formal. En la sentencia en comentario (Exp. N°. 00393-2013-PA/TC) el Tribunal Constitucional afirma en el fundamento 18:

(...), se colige que **la discapacidad que padece el demandante no puede ser utilizada para tratar de beneficiarse** de manera exclusiva y excluyente utilizando un espacio no propicio para la venta de artesanías; (...) (Subrayado mío)

Esta apreciación del Tribunal Constitucional, en principio resulta un poco insultante y subido de tono para las personas con discapacidad en general y nos muestra que aún muestra evolución se encuentra dentro del estadio de la tolerancia y no en el de libertad

¹ Marco A. Huaco Palomino. Derecho de la religión: el principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano. Primera edición agosto 2005. Fondo editorial de la Universidad San Marcos. Pag. 59

² Antonio Pérez Luño. Los Derechos Fundamentales. 3ra. Edición Madrid: Tecnos 1988. pag. 25 – 47.

y menos en el de igualdad, en el ejercicio de los derechos fundamentales. Es importante señalar que los ambulantes que ocupan espacios públicos con la complacencia o indiferencia del propio Estado le va generando en el administrado ciertas expectativas si los tiempos van pasando y se va respetando su situación de hecho. A este derecho adquirido la doctrina la ha denominado principio de confianza legítima y que no es menor su protección constitucional.

Pasaremos a realizar un análisis crítico de la sentencia del TC (art. 139 inc. 20 Const.) porque es también una manera de contribuir desde el lado académico a formar criterios, visibilizar derechos e implementar políticas públicas.

III.- REFERENCIA SOBRE EL CASO EN COMENTARIO.

La sentencia del TC, que pasamos a comentar, está referida al expediente 00393-2013-PA/TC, Cajamarca, emitida el 25 de agosto del 2014 por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera.

Con fecha 8 de abril de 2011, don Damián Tocas Leiva interpone demanda de Amparo contra el Complejo Turístico Baños del Inca, solicitando que se deje sin efecto la Carta N.º 036-2011/CACTB1, de fecha 3 de marzo de 2011; y que, en consecuencia, se ordene el inmediato reingreso a su puesto de trabajo en el interior del mencionado complejo. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales a su dignidad, a la igualdad, al trabajo y a la motivación de las resoluciones.

El recurrente manifiesta que es una **persona con discapacidad** (...) Expresa que hace más de veinte años **que trabaja en la venta de artesanías en distintos espacios al interior del mencionado complejo**; y, que desde el 18 de agosto de 2010, las autoridades lo ubicaron en un lugar estable; que sin embargo, **de manera arbitraria**, mediante la Carta N.º 036-2011/CACTBI, le manifiestan que **debe reubicarse** junto a los artesanos del distrito de Baños del Inca, lo cual necesariamente implica su salida del citado complejo, así como la lesión de los derechos invocados.

El Presidente del Comité de Administración del Complejo Turístico Baños del Inca, con fecha 5 de enero de 2012, contesta la demanda alegando que el recurrente no es trabajador estable ni contratado; que tampoco es concesionario ni inquilino para la venta de artesanías en ambiente alguno del Complejo Turístico Baños del Inca, y que existe una zona autorizada por la Municipalidad Distrital de los Baños del Inca para el comercio ambulatorio de artesanías, en la cual el demandante tiene un puesto destinado previa tramitación de la autorización municipal de acuerdo a lo ordenado por la Ordenanza N.º 026-MDBI, de fecha 21 de enero de 2005.

En consecuencia el análisis discurrirá sobre una persona con discapacidad que ejerce el comercio ambulatorio sobre un espacio público por un tiempo prolongado; y, por otro el Estado a través del gobierno municipal pretende reubicarlo al ambulante en espacio construido para esos fines. Lo que se evaluará es el razonamiento del reordenamiento del comercio ambulatorio y con qué derechos puede colisionarse en ese afán.

II.- EL ESTADO DE DERECHO Y SU CONTENIDO MATERIAL. REGLAS Y PRINCIPIOS.

Es importante describir la actuación del Estado cuando pretende poner orden en una comunidad. Aquellos debates encendidos protagonizados por Hart y Dworkin al establecer que el Derecho operaba con reglas y por otro lado enfatizar que junto a las reglas existían también los principios; se miraba a las tesis defendidas por Hart como positivistas y a las de Dworkin iusnaturalistas, este debate aún sigue encendido entre Ferrajoli y Atienza.

Entonces dentro de esa orientación consideramos que la sentencia del TC que estamos comentando tiene una orientación de hacer vigente las reglas del derecho pero lamentablemente pone en riesgo algunos principios. Ese es el *quid* del asunto.

El principio de igualdad debe entenderse en sus dos concepciones tanto como igualdad formal e igualdad material. El desarrollo de la igualdad dentro de la concepción del Estado liberal de derecho puede resultar una limitante si no conjugamos con los criterios del Estado Social de Derecho que es el otro avance de la evolución histórica del Estado.

Un clásico como es el libro de Elías Díaz³ nos permite acercarnos a las definiciones del Estado y su evolución histórica. En esta evolución encontramos tres conceptos que han ido enriqueciendo el estado de derecho:

- Estado liberal de derecho
- Estado social de Derecho
- Estado democrático de derecho

El Estado Social de Derecho es una corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social: “Al lado de los derechos de libertad – dice Lucas Verduaparecen, como en Weimar, los derechos sociales”. Y paralelamente actúa como meta la consecución de un bienestar social que configura precisamente al Estado Social de Derecho como Welfare Statey como Estado material de Derecho frente al carácter meramente formal, que no muy fundadamente se atribuye a la formula institucional de liberalismo.

La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos:

- La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y
- La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.⁴

³ Elías Díaz. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Taurus Pensamiento. Santa Fe Bogotá, Colombia 1998. p. 44, 102, 146,

Carlos Fernandez Sessarego, comentando el artículo 1 de la Constitución expresa que el “Derecho fue creado para proteger, en última instancia, la libertad personal, a fin de que cada ser humano, dentro del bien común, pueda realizarse en forma integral, es decir, pueda cumplir con su singular “proyecto de vida”, el mismo que es el resultante de la conversión de su libertad ontológica en acto, conducta o comportamiento. El Derecho pretende, a través de su dimensión normativa eliminar, hasta donde ello sea posible, los obstáculos que pudieran impedir el libre desarrollo personal “proyecto de vida”, es decir, de lo que la persona desea ser y hacer de su vida”.⁵

En consecuencia el Tribunal Constitucional hace mal en referirse al principio de igualdad solo en su versión formal y no en su contenido material. En el fundamento 9 de la sentencia del TC analiza el artículo 2 inciso 2 de la Constitución referido al principio de igualdad nos expresa que la igualdad ante la Ley se configura básicamente como un límite al legislador y la igualdad en la aplicación de la ley “*se manifiesta como un límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, y exige que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales.*” (Resaltado mío)

El Tribunal Constitución no puede equiparar los derechos vulnerables de un trabajador ambulante informal que viene ocupando un espacio público con los derechos de los trabajadores ambulantes formales que no tienen la discapacidad y que ya se encuentran laborando en sus negocios preparados por el Gobierno Local. Ya observaremos que esta situación se encuentra respaldada en principios que debería garantizarse a las personas, puede ser que no se encuentren visibilizados y lo que se realiza con los comentarios es incorporarlos en nuestro sistema como parte de la implementación de los derechos fundamentales de carácter laboral.

Asimismo resulta confuso la apreciación establecida en el fundamento 10 al afirmar que:

La igualdad, en tanto principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, toda vez que no se proscribe todo tipo de diferencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que la igualdad será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. (Subrayado mío)

Este razonamiento no me parece que este referido a establecer mecanismos de afirmación positiva a favor del trabajador con discapacidad, por cuanto va dirigido en sentido contrario, es decir establecer que las diferencia de hecho que se viene produciendo entre los trabajadores ambulantes formales y el trabajador con discapacidad no amerita una justificación objetiva y razonable para mantener esa

⁴ Expediente 0008-2003-AI/TC, Caso más de 5,000 ciudadanos del 11 de noviembre del 2003. f. 12.

⁵ La Constitución Comentada. Tomo I. Gaceta Jurídica. Comentario del artículo 1 por Carlos Fernández Sessarego.

situación diversa (de privilegio podría decirse) es decir mantener al trabajador ambulante con discapacidad en el espacio público y a los demás ambulantes en un espacio preparado para el comercio ambulatorio.

Razonando como lo viene haciendo el Tribunal Constitucional el trabajador con discapacidad es un intruso dentro de ese reordenamiento del comercio ambulatorio que viene aplicando el gobierno municipal. Entonces para ese caso solo cabe la aplicación fría de la ley y por ello se constitucionaliza los actos administrativos del municipio.

Pero fijémonos, con fines comparativos, el razonamiento jurídico establecido por la Corte Interamericana con relación a la distinción y los peligros de la discriminación:

(...) no pueda afirmarse que exista discriminación en **toda diferencia de tratamiento del Estado** frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado **una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma**, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, **no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana**.⁶ (subrayado mío)

No podemos decir que se encuentran en una situación de equiparidad entre los comerciantes formales que están agrupados en la Asociación de Artesanos del Complejo Turístico Baños del Inca que reclaman que el trabajador salga del espacio público y dicho pedido es incorporado por el gobierno municipal para poner en movimiento toda la maquinaria del *ius imperim*. De ninguna manera mi crítica académica contra los esfuerzos del Estado para poner orden en una comunidad, en ello estoy totalmente de acuerdo sino mi diferencia es a qué costo se realiza esta situación. Aquí podríamos decir que estamos en una ponderación de derechos fundamentales o estamos en una subsunción de derechos.

De haber optado el Tribunal Constitucional por la ponderación le tocaba valorar en igualdad de condiciones los derechos constitucionales del gobierno municipal (que a su vez incorpora a intereses de los demás comerciantes) y por otro los derechos fundamentales del trabajador con discapacidad. Creo que de haberse valorado adecuadamente los derechos del trabajador con discapacidad la sentencia debía ser declarado fundada. Al parecer muy tenuemente ha discurrido por ese camino al afirmar la sentencia en el fundamento 17:

*A lo expuesto, resta añadir que si bien la reubicación cuestionada por el demandante no lesiona per se derecho constitucional alguno, a entender de esta Sala del Tribunal, **sí resulta relevante en el presente caso establecer los ajustes razonables en el lugar de trabajo** que debe considerar la emplazada, lo que comprende, entre otras cosas, que **en la zona destinada a la venta** de*

⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 47; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 57. Puede verse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

artesanías, don Damián Tocas Leiva sea ubicado en un puesto cercano al ingreso de dicha zona, ya que ello permitirá que el demandante, pese a ser una persona con discapacidad, pueda tener el mismo acceso al público que desee adquirir artesanías en el Complejo Turístico Baños del Inca. (Subrayado mío)

¿LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES SON DERECHOS PROGRAMATICOS COMO DICE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

En el fundamento 7 de la Sentencia en comentario nos expresa el Tribunal:

El derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población **acceda a un puesto de trabajo**. Si bien hay que precisar que **la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo** y según las posibilidades del Estado. (Resaltado mío)

En esta parte veremos los derechos de libertad y los de solidaridad que es la evolución histórica de los derechos humanos y que ha sido explicado por Vasak como parte de una explicación académica y luego fuera tomado y difundido por Bobbio⁷

El trabajo es un derecho fundamental que en estos tiempos de modernidad se ha convertido en la manera más efectiva, para desarrollarnos en todos los ámbitos. En la evolución de los derechos humanos no todos los derechos han logrado catapultarse a ese nivel, han tenido que pasar por una serie de tamices que impedían su realización.

Uno de los límites que tuvo que pasar el “trabajo” para acceder a ese nivel ha sido considerarlo como parte de los derechos de segunda generación conjuntamente con la seguridad social, salud, educación, pensiones, etc, llamados derechos colectivos. Prácticamente era ponerlo en un nivel disminuido respecto de los derechos de primera generación como son la vida, la libertad entre otros denominados derechos individuales.

La realización de los derechos de primera generación, se decía bastaba con la inacción del Estado (obligaciones negativas) en cambio los derechos de segunda generación se requería que el Estado actuara para su realización. En palabras gruesas los derechos de primera generación no significaban gasto alguno (era auto aplicativo) y en los de segunda generación si requería inversión para dotar de colegios en la educación, hospitales para la salud, puestos de trabajo para que puedan laborar los trabajadores, etc. (obligaciones positivas o prestacionales)

Se manifestaba que los derechos de primera generación son de realización inmediata y los de segunda generación su realización es progresiva por cuanto son derechos programáticos que no pueden realizarse en lo inmediato. Esa diferencia como vemos remitía muchas veces a las “calendas griegas”⁸ la realización de los derechos de segunda generación.⁹

⁷ J. Alan Arias Marin. Globalización y Debate Multicultural. Un nuevo imperativo Comparativo. p. 16. Puede ser visto en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/9/art/art1.pdf>

⁸ La expresión "para las calendas griegas" significa citar a alguien para una fecha que no llegará, y por ende, negarse a hacer lo que se desea o se exige de nosotros. La expresión procede de las calendas, nombre con que los romanos llamaban al primer día del mes. Normalmente en esta fecha se efectuaba el pago de las deudas en Roma. Como los griegos no tenían calendas; de ahí que la expresión venga a decir

Este discurso también estuvo presente en el sistema regional cuando se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) (artículo 26), sobre derechos progresivos, señaló:

*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)*

Para enmendar esta situación, por cuanto la progresividad de la realización de los derechos podía ser entendida en términos de tiempo, igual si transcurría 5 o 50 años, así que tuvo que emitirse el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). Este nuevo instrumento internacional en el Preámbulo señala categóricamente:

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Cascajo Castro dice que es necesario superar la concepción programática que le había endilgado, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho.¹⁰

Ahora se considera que los derechos civiles y políticos así como los derechos económicos, sociales y culturales requieren para su efectividad de obligaciones positivas y negativas del Estado.¹¹ Victor Abramovich y Christian Courtis recogiendo la propuesta de Van Hof¹² expresa que existen 04 niveles de obligaciones estatales respecto de cualquier grupo de derecho que venimos reflexionando:

- Obligaciones de respetar, deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho.

que no se cumplirá ningún compromiso ni se atenderá demanda nunca. Ver en Entre Dichos por Angel Luis Gallegos: http://aliso.pntic.mec.es/agalle17/cultura_clasica/entre_dichos/calendas.html

⁹ El Tribunal Constitucional ha considerado en uno de sus fallos, que la Undécima Disposición Final de Constitución, está referida a los derechos económicos, sociales y culturales por cuanto establece disposiciones que exigen nuevos o mayores gastos públicos y por ello su aplicación es progresiva. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 1417-2005-AA/TC, f 13.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. 2945-2003-AA/TC Lima, caso Meza García del 20 de abril del 2004. f. 14. Donde se menciona a José Luis Cascajo Castro. *La tutela constitucional de los derechos sociales. Cuadernos y Debates N° 5. Madrid. 1998, pág. 53.*

¹¹ Ver: Victor Abramovich y Christian Courtis. Apuntes sobre la Exigibilidad de los Derechos Sociales. en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>

¹² Ver: Victor Abramovich y Christian Courtis. Apuntes sobre la Exigibilidad de los Derechos Sociales. en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>

- Obligaciones de proteger, consiste en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes.
- Obligaciones de asegurar. Pretende asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo
- Obligaciones de promover el derecho en cuestión. Es el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

En el escenario ya no existe división de derechos de primera o segunda generación que en la práctica resultaba una categorización y además no se puede indicar que unos se realizan por la inacción y otros por la acción, todo ello nos lleva a configurar la indivisibilidad e integración de todos los derechos humanos. Una persona para su realización en una comunidad requiere todos los derechos, donde el Estado actúe con obligaciones positivas y negativas.

En consecuencia el Tribunal hace mal en considerar a los derechos laborales como derecho programáticos por cuanto es retroceder en los debates a situaciones que ya se estaban superando.

III.- LOS DERECHOS LABORALES Y LA VINCULACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Los derechos laborales de los trabajadores dependientes en sí mismo resulta un espacio de conflicto entre el empleador y el trabajador por la “superioridad” jurídica y económica que se configura por la Ley y realidad respectivamente. Los mecanismos para lograr equilibrar esa disparidad se encuentra dentro de las instituciones del derecho individual y colectivo como la estabilidad laboral, sindicalización, negociación colectiva, huelga entre otros.

Pero si miramos los derechos de los trabajadores independientes los conflictos pueden resultar de diferentes niveles y los mecanismos para lograr el equilibrio no son los suficientes toda vez que no es lo mismo lidiar con un empleador, que con el aparato del Estado.

El trabajo independiente es generador de mayores riesgos que el trabajo dependiente por las condiciones de trabajo inseguras en las que opera. Los factores de riesgo bio-psicosociales que afectan a los trabajadores informales, se agravan por las condiciones de inseguridad personal en la calle y en la casa. Además, la actividad informal expone a los familiares que participan en forma directa o indirecta en ella.¹³

Si derechos laborales de las personas con discapacidad que laboran como trabajadores dependientes resultan harto difícil en su implementación con mayor razón es más complejo la implementación de los derechos de las personas con discapacidad que laboran en forma independiente.

En ese escenario es conjugar la voluntad internacional en un dialogo con las políticas de Estado; no resulta fácil tamaña empresa toda vez que el operador debe trabajar con un

¹³ Puede apreciarse las ideas esbozadas en el Plan Regional de Salud de los Trabajadores. OMS. EEUU. 2001. Pág. 16. El documento puede ser visto en:
http://www.who.int/occupational_health/regions/en/oehamplanreg.pdf?ua=1

engranaje normativo donde la ponderación y subsunción podría tener limitaciones o deficiencias a la hora de su aplicación.

IV.- DERECHOS LABORALES ESPECIFICOS Y NO ESPECIFICOS

Merece destacar que el derecho laboral no sólo brinda protección del trabajador dentro de los esquemas tradicionales, sino también abarca otros espacios de protección vinculados a su condición de ciudadano; es decir el ser humano en el centro del trabajo goza de los derechos laborales pero ello no genera limitación alguna para gozar de los derechos que le corresponde a un ciudadano, al que la doctrina la ha denominado “derechos inespecífico”¹⁴.

Al respecto, Palomeque López afirma que los derechos inespecíficos son: otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenido.¹⁵

Junto a los derechos tradicionales del derecho laboral se ha ido gestando derechos fundamentales y derechos humanos que también ha implicado su aplicación dentro del derecho laboral. Es decir el derecho tradicional del derecho laboral como vacaciones, remuneraciones, horario de trabajo, sindicación, huelga, negociación colectiva, principios como la irrenunciabilidad de los derechos laborales, *indubio pro operario*, etc también actúan con el derecho a la libre expresión, derecho a la dignidad, el debido proceso, libertad religiosa, derecho a la identidad, derecho al honor, entre otros. Además es importante mencionar que algunas instituciones del derecho laboral, por la importancia de su protección, han sido elevadas a la categoría de derechos humanos por el sistema internacional.¹⁶

En el artículo 23 de la Constitución se afirma que “*ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*”, “Ésta es una declaración lo suficientemente amplia como para asegurar la aplicación de la totalidad de los derechos consagrados por la norma

¹⁴ “La discusión sobre los derechos inespecíficos laborales tiene una aparición tardía en respecto a los derechos fundamentales del trabajo. Si bien el proceso de constitucionalización de los derechos (o libertades) frente al Estado fue anterior al de los derechos laborales, la discusión sobre aquellos en la relación de trabajo ha sido posterior y aún en proceso, siendo uno de los factores el acogimiento no muy lejano de la oponibilidad de los derechos fundamentales frente a los particulares, y entre ellos al empleador en una relación de trabajo” Palomeque Lopez, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa, Derecho del Trabajo, 9na edición, Centro de Estudios Ramón Aceres S.A., Madrid, 2001, Pág.147-148. Puede ser visualizado en Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional de Juan Carlos Cortés Carcelén en:

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/contenido_web_amag/contenido48/57-75.pdf

¹⁵ La referencia se puede encontrar en: Raúl Eduardo Mucha García. Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores. Derecho y Cambio Social. <http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm>

¹⁶ Al respecto puede leerse en Miguel Canessa Montejó. La singularidad de los derechos humanos laborales. http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_12/doc_boletin_12_01.pdf

fundamental y además bastante precisa en cuanto a sus efectos, ya que proscribire, sin excepciones, toda limitación a ejercicio de los mismos establecida como contenido de una relación de trabajo o surgida en el seno de ésta.”¹⁷

En consecuencia en el trabajo se garantiza los derechos específicos e inespecíficos con lo que cubre la totalidad de derecho por un lado del trabajo y por otro la del ciudadano.

Esta coherencia jurídica debe también tener una coherencia en el desarrollo constitucional y en la institucionalidad que se ha creado para tal fin.

V.- RESGUARDAR EL DERECHO A LA POSESION QUE TIENE FINALIDAD GARANTIZAR EL DERECHO AL TRABAJO. Y CÓMO RESGUARDAR CUANDO EL DERECHO A SU VEZ CORRESPONDE A UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

Si bien resulta relevante que la justicia pueda pronunciarse sobre los derechos fundamentales de una persona con discapacidad, reconociéndole derechos reforzados pero es necesario no obviar, no invisibilizar otros derechos de la persona con discapacidad que forma parte también del catálogo de derechos en general.

En el presente caso se nos presenta a un trabajador ambulante que viene expendiendo sus productos en una zona que, como parte de la reestructuración del comercio ambulatorio, ha sido declarado como no apta para tales labores y se le ha retirado del lugar en forma compulsiva. Sin embargo la pregunta que podemos señalar es si la reestructuración del comercio ambulatorio puede hacerse sin tomar en consideración los intereses de los que vienen ocupando la zona.

Las normas legales para que logren mayor legitimidad deben formar parte de un dialogo entre el Estado y los Ciudadanos por cuanto ese mecanismo forma parte del accionar democrático del Estado.

En esta parte es importante recurrir a otro pronunciamiento realizado por el Tribunal Constitucional (Exp.N.º 1495-2003-AA/TC, Cono Norte de Lima, Asociación de Comerciantes José León Pinelo del 15 de julio del 2003) cuando respecto de un pretendido desalojo de unos ambulantes que venían ocupando (derecho de posesión) un espacio en la vía pública, hacen referencia que el despojo:

- . Si bien el **derecho de posesión** no es de carácter constitucional y susceptible de ser tutelado mediante la acción de amparo, conforme lo dispone el artículo 12º de la Ley N.º 23506, y que **el despojo del mencionado derecho podría afectar el derecho al trabajo** de la recurrente, este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre este extremo. (f. 2) (Subrayado mío).

Igualmente la referida sentencia plantea que el desalojo de la vía pública luego de haber estado ocupando más de 10 años, puede resultar una vulneración al derecho especialmente vinculado al trabajo, si bien en esa aseveración no es categórico pero puede traslucirse en su fundamentación:

¹⁷ Wilfredo Sanguinetti Raymont. La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993. Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Arequipa 1, 2 y 3 de noviembre 2006. Impreso Grafica S.A. Lima, noviembre del 2006. p. 72.

Las recurrentes sustentan su demanda en la hipotética amenaza contenida en la carta notarial del 20 de marzo de 2002, otorgándoseles un plazo de 72 horas – contados a partir de su notificación el día 22 del mismo mes y año– para desocupar las zonas donde ejercen el comercio ambulatorio desde hace aproximadamente diez años. Sin embargo, de autos se advierte que la demanda se presentó más de dos meses después –el 4 de junio de 2002–, **no habiendo sido corroborada** –hasta la fecha, y salvo mediante la precitada carta notarial– **con acto administrativo alguno que ordene el desalojo.** Consecuentemente, para este Colegiado la amenaza invocada no reúne los requisitos de cierta e inminente realización. (f. 3) (subrayado mío)

Puede apreciarse que si bien sobre la vía pública no puede ejercerse ningún derecho que luego derive en propiedad, sí podría plantearse la posesión en tanto y en cuanto sirva para respaldar otro derecho fundamental como es el trabajo.

Queda claro que la Municipalidad tiene facultad de ordenar el comercio ambulatorio y me parece que eso no se encuentra en discusión por cuanto así está prescrito en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades artículo 83 numeral 3.2, que expresa como una función de la Municipalidad Distrital:

Regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial.

Seguramente en base a tales facultades el Municipio Distrital de Baños emitió la Ordenanza Municipal N.º 026-MDBI, de fecha 21 de enero de 2005 que ordena el comercio ambulatorio.

Sin embargo es necesario incorporar los argumentos del demandante que han sido recogidos por la sentencia del TC y que se han incorporado como antecedentes de la demanda:

Expresa que **hace más de veinte años que trabaja en la venta de artesanías en distintos espacios al interior del mencionado complejo;** y, que desde el 18 de agosto de 2010, las autoridades lo ubicaron en un lugar estable; que sin embargo, de manera arbitraria, mediante la Carta N.º 036- 2011/CACTBI, le manifiestan que debe reubicarse junto a los artesanos del distrito de Baños del Inca, lo cual necesariamente **implica su salida del citado complejo,** así como la lesión de los derechos invocados. (subrayado mío)

Si tomamos en cuenta que la Ordenanza Municipal fue emitida en el año 2005, por otro lado la carta de despojo data del 2011 sin embargo la posesión del espacio público del demandante para el trabajo independiente se realiza desde hace 20 años, es decir antes que fuera emitida la Ordenanza Municipal por lo que cabe algunas preguntas al respecto:

- ¿La aprobación de la Ordenanza Municipal mereció un debate con los sectores involucrados que se encontraban ejerciendo el comercio ambulatorio? ¿Por qué no surtió sus efectos la Ordenanza Municipal y por qué se tuvo que esperar desde el 2005 hasta el 2011 para proceder al desalojo del demandante?.

- ¿Cómo se procede a implementar las políticas públicas en un distrito? ¿Acaso basta con utilizar el *ius imperium* que tiene el Estado para tal fin? ¿No era mejor recurrir a la Autoridad que significa legitimar su fuerza con la argumentación y el convencimiento?.

Para que una norma jurídica sea obligatoria, no basta con que esté estructurada, sino es también preciso que satisfaga los requisitos de validez. La validez de una norma de Derecho puede verse desde tres puntos de vista: El de la validez formal o técnico jurídica (vigencia), el de la validez social (eficacia o efectividad) y el de la validez ética (fundamento).¹⁸

Baltasar Garzón un jurista con el alma de Juez, expresa con objetividad: “(...) nos encontramos día tras día con sujetos que se consideran investidos de *imperium* y no de *auctoritas* (...)”¹⁹

Cómo puede resultar, que la realidad muestre a un trabajador con discapacidad ejerciendo el trabajo ambulatorio por más de 20 años en un espacio público con la contemplación del gobierno municipal y que de la noche a la mañana el Estado se dé cuenta de tal situación y pretenda hacer valer sus intereses a costa de vulnerar derechos como el debido proceso.

Una importante sentencia de la Corte Colombiana reconoce el derecho al debido proceso para recuperar el espacio público:

Sobre el debido proceso, es importante precisar que para poder desalojar a alguien, se requiere una actuación administrativa, un proceso policivo o judicial, y si ello no ocurre, se viola el debido proceso. También se necesita en esta tutela hacer un estudio sobre la confluencia del derecho al trabajo y el derecho al espacio público para llegar a afirmar que prevalece el último sin perjuicio de darle cabida a la llamada CONFIANZA LEGITIMA.²⁰

Entonces no se trata de jalar del lomo a un trabajador y llevarlo donde le corresponde estar sino se trata que la comunicación normativa dialogue con el espíritu del trabajador ya sea en su versión individual o como colectivo.

Eso es lo central y creo que hace mal el Tribunal Constitucional al afirmar que el trabajador que es una persona con discapacidad está utilizando esta situación para lograr privilegios. En realidad lo que está haciendo el demandante es ejercer su inmunidad que le corresponde a cualquier ser humano para que no sea investido por el Estado creyendo que los ciudadanos somos *capitis dominutio* respecto de los gobernantes.

Esta situación se complica cuando tales arbitrariedades pretenden ser constitucionalizados por el Supremo Interprete de la Constitución y peor aún si el

¹⁸ Miguel Reale. Introducción al Derecho. Ediciones. Pirámide. Madrid p. 97

¹⁹ Baltazar Garzon.- Un mundo sin miedo.Edit. Plaza Janes.Primer edición en la Argentina marzo 2005, pag. 28.

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, T-438/96 puede verse en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-438-96.htm>

trabajador es una persona con discapacidad y creo que ello vacía de contenido a las acciones positivas que deben propenderse a favor de las personas con discapacidad.

PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA COMO SOPORTE DEL DERECHO LABORAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES (AMBULANTES)

El principio de Confianza Legítima es un mecanismo que debió observar el Tribunal Constitucional a la hora de resolver la situación del trabajador ambulante con discapacidad, que venía ocupando un espacio público. Presentó cuatro sentencia y una posición doctrinaria que nos ilustran que su pertinencia en el presente caso no debía haber sido obviado. Veamos:

1. El principio de Confianza Legítima fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe, el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación.²¹
2. El Tribunal Supremo Español estableció en la sentencia del 4 de junio del 2001²² que mediante el principio de confianza legítima, la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. Es decir, la racionalidad, congruencia y objetividad, otros tantos principios generales de aplicación al Derecho Administrativo conducen a exigir a la Administración una actuación acorde con las expectativas o esperanzas que ha despertado en los particulares. De lo contrario, se quebraría el principio de buena fe, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima.

Las alteraciones normativas han de ser previamente conocidas por los destinatarios naturales de la norma en cuestión, han de respetar los derechos adquiridos a partir de un razonable sistema de disposiciones transitorias y deben producirse en un marco de servicio objetivo al interés general.

3. La Corte Constitucional Colombiana ha tutelado en mayor medida a un trabajador ambulante, garantizándole incluso estipendios que sirvan mientras dure el proceso de reubicación y además debe realizarse previamente capacitaciones y otros

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. T – 900/99. La sentencia puede verse en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-900-99.htm#_ftn8

²² Puede verse los comentarios a la sentencia en Jaime Rodríguez Arana. El Principio General de Derecho de Confianza Legítima. En dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4596172.pdf

beneficios. Ha señalado la sentencia que el accionante se encuentra amparado por el principio de confianza legítima y por tanto es deber del Municipio tomar medidas transitorias para que este pueda acomodarse a la nueva situación. El Municipio deberá reubicarlo en un sitio donde pueda laborar, otorgándole las debidas garantías para el ejercicio de su oficio, de acuerdo con los planes de reubicación que ya existen en el Municipio. Con el fin de que el comercio que venía ejerciendo el accionante de manera informal se formalice. Sin embargo, lo anterior, debe ser precedido por un cuidadoso estudio de las condiciones y características de la realidad del actor, de manera que, adicional a la reubicación, se pueda incorporar a las demás medidas de transición contempladas por el Municipio para los vendedores informales, como beneficios, capacitaciones y demás.

Finalmente, teniendo en cuenta las ya mencionadas condiciones del accionante, especialmente que la única fuente de ingresos de éste y de su familia es la actividad comercial que ejercen en el bien objeto de la restitución, se ordenará al Municipio que les entregue un subsidio de manutención hasta que se concreten los planes de reubicación de trabajo. Esto con el fin de facilitar la transición del accionante frente al cambio abrupto de condiciones.²³

4. En el Tribunal Constitucional Peruano ha recogido el principio de la Confianza Legítima en un Voto de Fundamento del Magistrado Eto Cruz en la sentencia Exp. N°. 00011-2010-PI/TC presentado por 32 Congresistas de la República contra una Ordenanza de la Municipalidad de Lima. En este Voto, se recoge la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana señalando que si unos ocupantes del espacio público, creen, equivocadamente claro está, que tienen un derecho sobre aquél porque el Estado no solamente les ha permitido sino facilitado que ejecuten actos de ocupación, y han pasado muchos años en esta situación que la Nación y el Municipio contribuyeron a crear, es justo que esos ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado social de derecho.
5. Finalmente el famoso tratadista García de Enterria, nos expresa que el principio de confianza legítima, no impide, al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero si, le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podían legítimamente confiar los afectados. Esa modificación legal, obliga a la administración a proporcionarles en todo caso tiempo y medios, para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que dicho de otro modo implica una condena de los cambios bruscos adoptados por sorpresa y sin las cautelas aludidas.

Toda esta situación nos muestra que en la sentencia que venimos comentando el Tribunal Constitucional no ha incorporado principios que podrían verse afectado con el desalojo del trabajador ambulante más aún cuando el trabajador es una persona con discapacidad.

²³ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-437/12 . La sentencia puede verse en: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anexo/Direito_fundamental_a_moradia.pdf

