

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: LA TÉCNICA DE LA “REASONABLE ACCOMODATION” PARA RESOLVER EVENTUALES CONFLICTOS EN EL ÁMBITO LABORAL.

Por: Carlos Roberto Santos Loyola*

Sumario

INTRODUCCIÓN. 1. LA BUENA FE CONTRACTUAL COMO PARÁMETRO DE VALORACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. 2. LA NECESARIA PONDERACIÓN Y “ACOMODACIÓN RAZONABLE” ENTRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS DERECHOS INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR. 2.1 La razonabilidad como límite del poder de dirección del empleador: el tratamiento en el ordenamiento laboral peruano. 2.2 La "acomodación razonable" del empleador frente a los derechos del trabajador como pauta exigible ante una inevitable ponderación del *ius variandi* del empleador: el tratamiento en el ordenamiento laboral peruano. 3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA LABORAL POR CREENCIAS RELIGIOSAS: ACERCAMIENTO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. 3.1 La objeción de conciencia al trabajo en sábado y lo resuelto en el caso "Rosado Adanaque". 3.1.1 La objeción de conciencia al trabajo en sábado frente a la modificación unilateral de las condiciones del trabajo o *ius variandi*: el caso "Rosado Adanaque". 3.1.2 Los escenarios de una objeción de conciencia sobrevenida y un eventual abuso del derecho. 3.2 La objeción de conciencia laboral por creencias religiosas : *ius resistentiae* o *solve et repele?*. AFINANANDO LA PREGUNTA A MODO DE CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

MARTÍN VALVERDE señala que hoy en día la discusión por los derechos fundamentales del trabajador no gira en determinar su mayor o menor incidencia en la relación laboral, puesto que la doctrina, la jurisprudencia, y la generalidad de los ordenamientos han convenido en postular la eficacia *interprivatos* de estos derechos en el marco de una relación contractual entre particulares como es el contrato de trabajo¹.

Es en este marco la doctrina laboral ha denominado a dichos derechos como "derechos inespecíficos" de los trabajadores o de "ciudadanía laboral", cuya

* Asistente de Cátedra e Investigación del Área Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio. "Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo"(Prólogo). Primeras Jornadas de Otoño de Dereito Social. Editorial Comares S.R.L., Granada, 1998, p.XVII. También resultan interesantes los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional peruano en reconocer una "eficacia directa" de dichos derechos en las relaciones entre particulares y en la relación laboral: Ver Fundamentos 6, 7, y 8 del Expediente N°1124-2001-AA/TC (Caso "Telefónica") y Fundamentos 5, 6, 7, 8 y 9 del Expediente N° 976-2001-AA/TC (Caso "Llanos Huasco").

titularidad no deriva de la relación laboral en sí misma sino de la propia condición de persona y ciudadano, derechos consagrados en la Constitución y que no siendo específicos de los trabajadores igualmente le son reconocidos al no perder su condición de ciudadanos, siendo posible en consecuencia poder invocarlos dentro del ámbito laboral².

La cuestión planteada respecto de esta incidencia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo versa sobre los límites a su ejercicio, esto es, responder en primer lugar hasta qué punto puede decirse que el trabajador ejercita esos derechos fundamentales de la misma forma que en cualquier otro ámbito de la vida social; y en segundo lugar -estando en el supuesto de configurar límites específicos- precisar hasta dónde alcanzan dichas limitaciones en los distintos derechos.

La asunción de dicho contrato no supone jamás la pérdida de sus derechos fundamentales, aún cuando se reconozca que tales derechos tengan que *co-honestarse* con los deberes propios del contrato de trabajo y con los intereses legítimos de la empresa³. Y es que si bien el contrato de trabajo se concierta entre personas, el objeto de dicho contrato no es la persona en sí sino la puesta a disposición de algunas funciones, "energías", que puede y quiere prestar para la obtención de un resultado, producto o servicio. Esta puesta a disposición tiene como correlato a las facultades de organización y dirección del empleador: su "poder privado". Dicha subordinación o dependencia ha sido, por decir lo menos, particularmente entendida por un sector de la doctrina que sustentaba la existencia de un deber de fidelidad del trabajador que operaba como freno del ejercicio de sus derechos fundamentales, haciendo exigible no sólo una actitud de diligencia y colaboración, sino de docilidad y conformismo frente al empleador "*que termina por ahogar los derechos de libertad*"⁴.

Aquella concepción, a medida que iba desarrollándose la teoría sobre la eficacia *interprivatos* de los derechos fundamentales, fue dejada de lado y esa suerte de sumisión disfrazada bajo denominaciones como -un exagerado-deber de fidelidad o lealtad del trabajador frente al empresario vendrá a ser sustituida, en principio, por la buena fe contractual como el criterio a tomar en cuenta respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. Se reconoce entonces que la inserción del trabajador en la organización empresarial modula o matiza peculiarmente sus derechos fundamentales siendo el trabajador quien a través de su propia voluntad, contribuye a crear el marco de la relación laboral supeditándose a las facultades e intereses empresariales, haciendo que la tutela de los derechos fundamentales se circunscriba a la posición que el propio sujeto se haya fijado. Ello conduce a decir que el ejercicio - y no la titularidad - de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de una

² Este reconocimiento se da en el marco de la llamada "constitucionalización" del Derecho Laboral. En: MARTÍN VALVERDE, Op. cit. p. XII y p. XVII.

³ GARCÍA MURCIA, Joaquín; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y Antonio MARTÍN VALVERDE. "Derecho del Trabajo". Tecnos, Madrid, Décima edición, 2001, p.625

⁴ Nos referimos aquí a la doctrina comunitaria de la empresa. En: SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. "Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español". En: Foro Jurídico N°2, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 221 y ss.

relación laboral se ve en alguna medida sacrificado, limitado o matizado en atención al adecuado cumplimiento de las obligaciones voluntariamente contraídas por él⁵.

Frente a la pregunta de los límites de dicho ejercicio resulta imposible configurar reglas que abarquen todas las situaciones, y es que en cuestiones de limitación al ejercicio de los derechos entre particulares ésta sea quizás su principal problemática: soluciones casuísticas, de ponderación y análisis riguroso de cada caso concreto. Sin embargo, nada obsta poder configurar parámetros de valoración del ejercicio de los citados derechos inespecíficos del trabajador, deviniendo, en principio, uno de estos criterios valorativos la buena fe contractual⁶.

En el presente trabajo trataremos sobre el criterio de la buena fe del trabajador, así como del criterio de la razonabilidad y de una "*reasonable accomodation*" (o "acomodación razonable") en el empleador, frente al ejercicio y eficacia de los derechos inespecíficos del trabajador en general, siendo el análisis particular respecto del derecho a la objeción de conciencia en el ámbito laboral, derecho sobre el que versa la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 0895-2001-AA/TC (caso "Rosado Adanaque"), que analizaremos al final de este trabajo.

1. LA BUENA FE CONTRACTUAL COMO PARÁMETRO DE VALORACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

Podemos entender a la buena fe contractual, entre las muchas acepciones que sobre ella se han vertido, como "*el modo sincero y justo con que uno procede en los contratos sin tratar de engañar a la persona con quien lo celebra*", siendo que el obrar de buena fe implica "*valorar con signo axiológico positivo la conducta de un sujeto que cumple con sus deberes, no comete en ellos fraudes ni inmoralidades*" y que "*todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica, deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, siendo este principio vedador de conductas abusivas*"⁷. Así entendida, la transgresión de la buena fe contractual es un término amplio que engloba la violación de deberes de conducta, configurándose en un deber de

⁵ MARTÍNEZ RANDULFE, Fernando. "Derecho a la intimidad y relación de trabajo : aproximaciones". En: "Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo", Op. cit., p.53

⁶ Se dice también que la buena fe funge de condicionante del ejercicio de los derechos fundamentales. Ver: SANGUINETTI, Wilfredo. Op. cit. p. 227; MARTÍN VALVERDE, Antonio. Op. cit. p. XXI. En el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral peruana (Decreto Supremo N° 003-97-TR) se habla de la buena fe dentro de los supuestos de falta grave, siendo que el inciso 'a' del artículo 25° señala dentro de dichas faltas "el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral". Más adelante veremos los peligros de una interpretación restrictiva de la buena fe y de tomarla como criterio exclusivo de valoración, habida cuenta de que el tenor de este artículo puede dar lugar a más de una manipulación frente a un conflicto con derechos fundamentales.

⁷ LASTRA LASTRA, José Manuel. "La buena fe en el trabajo: ¿un principio que se difumina? En: Revista de Derecho Laboral N°206, Montevideo, Uruguay. También OTADUY GUERIN, Jorge. "La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados". Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1995 p. 257 y ss.

corrección en el cumplimiento de las obligaciones básicas derivadas del contrato de trabajo.

De plano resultaría cuestionable recurrir exclusivamente a un término tan indeterminado como la buena fe, con un contenido ético indiscutible y la vez difícil de definir de manera objetiva como ocurrió en alguna jurisprudencia, que versa sobre el tratamiento y la valoración de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, del Tribunal Constitucional Español; alguno de cuyos fallos citaremos para explicar los alcances y peligros en la aplicación estricta de este criterio.

Dicho Tribunal entendió que si bien no es posible defender un genérico deber de lealtad y esa suerte de "significado omnicompreensivo" de sujeción del trabajador al interés empresarial, eso *"no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección"* (Sentencia 120/1983).

Siendo concretos, lo que se pretende y logra con la aplicación unívoca de este criterio es el considerar como esencial para la resolución de un posible conflicto entre los derechos del trabajador y el interés del empresario, el objeto del contrato: aquellas obligaciones asumidas deben cumplirse siempre "de buena fe".

Desde esta perspectiva cabe distinguir dos supuestos⁸:

1. *Prestaciones expresamente pactadas o necesariamente conexas con el objeto del contrato.* En este caso, si la restricción viene impuesta por las tareas pactadas, está dada ya una justificación y no hay más que discutir: quien en un momento las acepta no puede invocar su derecho fundamental para desdecirse, para eximirse de su realización. Por citar ejemplos evidentes de este razonamiento puede verse las Sentencias 88/1985, 6/1988 y 129/1989, entre otras⁹.

2. *Prestaciones no pactadas, ni necesariamente conexas con las pactadas.* En este caso, no prevalece el interés empresarial y no puede legitimarse la restricción del derecho fundamental: el ejercicio del derecho no afecta a las obligaciones contractualmente asumidas. Por ejemplo, ver la Sentencia 99/1994, el famoso caso del "deshuesador" de jamones que tiene que ir al set de televisión a demostrar las bondades del producto y que cuestiona que dicha prestación no estaba contenida en su contrato. El Tribunal español le dio la razón y considero que prevalecía su derecho a la propia imagen por cuanto no estaba pactado en su contrato de trabajo el tener que hacer promociones, es decir, se supedita la eficacia de un derecho al hecho que no se había asumido dicha obligación¹⁰.

⁸ MARTÍNEZ RANDULFE, Fernando. Op. cit., p. 54

⁹ SANGUINETTI, Wilfredo. Op. cit., p. 227

¹⁰ SANGUINETTI, Wilfredo. Op. cit., p.228

La principal crítica hecha a este criterio de valoración es que resulta ser demasiado unilateral ya que olvida de toda exigencia al empresario de esa misma buena fe que en la práctica pudiese significar un facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales en la medida de lo posible; y más aún, contractualiza todos los conflictos que pudiesen presentarse por aplicación de los derechos fundamentales en el trabajo, afirmándose que prima siempre lo que las partes hayan pactado, y amparando únicamente los derechos inespecíficos cuando éstos no atenten manifiestamente contra la lógica contractual de la buena fe. Se privilegia entonces el cumplimiento o acatamiento de los deberes del trabajador, supeditando o matizando con ello el ejercicio de sus derechos fundamentales, resultando un efecto a todas luces contraproducente¹¹.

Aplicando este criterio podemos concluir que todo exceso o extralimitación en el ejercicio de los derechos fundamentales vulnera la buena fe contractual y por ende, los deberes y prestaciones voluntaria y previamente asumidos por el trabajador (el objeto del contrato).

No podemos negar, eso sí, que la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones libremente asumidas por el trabajador puede actuar como criterio delimitador del ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales, pero sin que eso signifique desconocerlos o minimizarlos a tal punto que resulten inoperantes o inexistentes en la práctica, no realizando una razonable y necesaria ponderación, supeditando radicalmente los derechos al incumplimiento o no de lo pactado.

Queda sin embargo pendiente la pregunta por los límites, de cuándo resulta limitado o no un derecho del trabajador. Pues bien, determinar la frontera entre la normalidad y el exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales no puede determinarse *a priori* y de manera general. No sabemos cuándo y en qué medida el trabajador será a quien se le restrinja el ejercicio de sus derechos en aras del cumplimiento de sus compromisos contractuales, y cuándo y en qué medida será el empresario el que deba ver sacrificado su interés en aras del desarrollo de los primeros. El problema entonces viene por establecer en qué medida el contrato de trabajo limita el ejercicio de los derechos fundamentales, y cuándo y en que medida son los derechos fundamentales los que pueden imponer matizaciones al cumplimiento del contrato¹².

Acercarnos a una respuesta supone reafirmar que el problema del límite al ejercicio de los derechos, exige una ponderación de cada caso entre el derecho en conflicto con el interés empresarial en el peculiar contexto en el que se invoca una tutela, cual es la relación laboral y los deberes que incardina. Somos de la opinión que frente al ejercicio de determinado derecho fundamental del trabajador (y una posible alegación de vulneración por un acto empresarial) lo que se antepone en estricto no es un contrato de trabajo o una obligación voluntariamente asumida, sino un "poder particular": el poder el

¹¹ SANGUINETTI, Wilfredo. Op. cit., p. 227

¹² MARTÍN VALVERDE, Antonio. Op. cit., p. XXI

empleador, y en último término la libertad de empresa. Este es el verdadero conflicto medular que subyace a la inevitable ponderación entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empleador.

2. LA NECESARIA PONDERACIÓN Y “ACOMODACIÓN RAZONABLE” ENTRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS DERECHOS INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR

Resultaría absurdo considerar que los derechos fundamentales de por sí son límites totales y absolutos al poder de dirección del empleador, ya que como señalamos el conflicto que pudiera presentarse entre ellos nos remite a una necesaria ponderación, al ser ambas libertades o derechos igualmente garantizados y protegidos constitucionalmente, no siendo ninguno de ellos ilimitado.

Podemos encontrar el fundamento de ese poder de dirección que asume el empleador en la libertad de empresa garantizada por el Estado consagrada en el artículo 59º de la Constitución Política del Perú; ya que al ser la empresa célula básica de la producción en un sistema capitalista, las necesidades de productividad y competitividad resultan en reconocer al empresario una suma de derechos, facultades y "poderes". Así, el ejercicio de la libertad de empresa concede al empleador el derecho a tomar decisiones económicas primarias tales como fijación de objetivos, estrategias de funcionamiento, disposición de los medios personales y materiales de la empresa, entre otros¹³. En suma, *"el poder de dirección del empleador 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 esta"*¹⁴.

A partir de la libertad de empresa, y refiriéndonos al poder de dirección que concurre también con la atribución de fiscalizar y sancionar, el empleador cuenta con facultades que le permiten regular, reglamentar, dirigir, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo: el empleador determina el cómo, el cuándo y el cuánto de la prestación laboral pero eso sí, dentro de determinados límites.

Ahora bien, la ponderación de la que hablamos se caracteriza en ser un método, conocido también en la doctrina estadounidense con el nombre de *balancing*, utilizado para contrapesar los intereses involucrados en un caso concreto de conflicto de derechos o libertades, dando primacía a alguno de ellos o buscando su equilibrio. En ese sentido, se intenta arribar a un punto ideal de equilibrio material entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa del empleador que supongan que ambos derechos sean coordinada y armónicamente ejercidos, procurando que ninguno resulte más

¹³ ARCE ORTIZ, Elmer. "La nulidad del despido lesivo de los derechos constitucionales". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 95.

¹⁴ MARTÍN VALVERDE, Antonio. "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Revista de Política Social. Madrid. Instituto de Estudios Políticos N° 137, 1983, p. 194. Citado por: ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit., p. 95

sacrificado que el otro, una suerte de "conciliación hasta donde sea posible" entre ambos derechos. Y es que al no ser ningún derecho ilimitado, tanto la libertad de empresa como las libertades inespecíficas de los trabajadores necesariamente tendrán limitaciones recíprocas y en función a una concurrencia pacífica en el ámbito laboral¹⁵. Las soluciones a las que se arriben aplicando esta técnica, necesariamente serán casuísticas, atendiendo a los particulares intereses y al caso -derecho fundamental, diríamos- concreto, siendo imposible llegar a soluciones generales y previamente establecidas.

Ciertamente todo ejercicio de ponderación tiene como presupuesto la existencia de un conflicto de derechos, pero dicho conflicto no debe entenderse presente siempre en cualquier escenario de la ya aludida concurrencia de derechos. En otras palabras, no consideramos que haya un conflicto cuando estemos ante un ejercicio regular del poder de dirección o *ius variandi* (con la eventualidad de tener por contraparte una invocación abusiva de algún derecho inespecífico del trabajador), pero sí lo habrá cuando dicho ejercicio del *ius variandi* no resulte del todo razonable y decante en limitaciones arbitrarias e irrazonables a los derechos del trabajador.

Ahora bien, responder el cómo debe llevarse a cabo la ponderación, supone primero preguntarnos: ¿cuándo podemos decir que estamos frente a un ejercicio regular del poder de dirección, y que no signifique restringir innecesariamente un derecho?.

A partir de aquí intentaremos delinear la razonabilidad del *ius variandi* en particular y justificar la acomodación razonable como reflejo de ella.

2.1 La razonabilidad como límite del poder de dirección del empleador: el tratamiento en el ordenamiento laboral peruano

El artículo 9º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Perú¹⁶ expresamente señala como límite del ejercicio de los atributos del poder de dirección del empleador a la razonabilidad, pauta o criterio objetivo que enmarca la actuación del empleador dentro de lo que puede decirse "regular".

Y es que si el poder de dirección goza de un amplio margen de discrecionalidad no debe ello suponer arbitrariedad en la toma de decisiones, siendo dicha razonabilidad un límite legal al empleador e incluso constitucional en tanto verse sobre cuestiones de restricciones a los derechos fundamentales. Este artículo señala también a la razonabilidad y a las necesidades del centro de trabajo como límite a lo que en doctrina se conoce como el *ius variandi* del

¹⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit., p. 107

¹⁶ Artículo 9º.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. (El subrayado es nuestro).

empleador, definida por ERMIDA¹⁷ como aquella facultad derivada del poder directivo de modificar de modo no esencial la forma y modalidad de la prestación del trabajador. TOYAMA MIYAGUSUKU¹⁸ señala que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en determinar si dicho artículo nueve alude solamente al *ius variandi* en sentido estricto o comprende también los casos de modificación sustancial, resultando criticable tal amplio margen establecido en dicha norma, que refleja una contradicción entre el carácter tuitivo del Derecho Laboral y la amplia autotutela que se le otorga al empleador para ejercer dichas facultades, mas aún cuando no toma en cuenta un eventual perjuicio del trabajador.

La razonabilidad no tiene un uso ni un significado unívoco en la doctrina ya que, por ejemplo, es usada como parámetro objetivo de valoración en cuanto a la restricción de derechos fundamentales en general, llamándosele "principio" o "test" de razonabilidad en los escenarios constitucionales donde es invocada como oposición de lo arbitrario¹⁹. En el ámbito de la ley laboral, la razonabilidad se establece como un marco límite del poder de dirección del empleador, por medio del cual puede determinarse si estamos ante un ejercicio regular o arbitrario de sus facultades, como es el *ius variandi*.

En general, un examen de razonabilidad abarca en un primer momento un análisis de fines o de causalidad, y en un segundo momento un análisis de medios para lograrlos. En ese sentido, debemos preguntarnos en principio si el fin que se persigue es o no lícito y si obedece o no a causas objetivas de justificación; para luego preguntarnos si los medios elegidos son o no proporcionales en función a su finalidad.

Así, este último examen o juicio de la proporcionalidad de los medios empleados implica tres niveles de análisis:

1. Juicio de Idoneidad: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto.
2. Juicio de Necesidad: si la medida es imprescindible, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito y con similar eficacia.
3. Juicio de Equilibrio: si la medida es ponderada o equilibrada a la finalidad que se busca, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

De esta manera, a tenor de lo establecido en el artículo 9º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en principio una decisión del

¹⁷ ERMIDA, Oscar. "Modificación de condiciones de trabajo por el empleador". Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 31

¹⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La modificación de las condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano". En : Materiales de Enseñanza de Derecho Laboral Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Ciclo 2003-2, p. 127 y ss.

¹⁹ Así pues se señala respecto del término razonabilidad que "*hay quienes lo utilizan como sinónimo de proporcionalidad, quienes consideran que es parte de esta última y quienes afirman que razonabilidad y proporcionalidad son dos principios autónomos aunque íntimamente relacionados*". En: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derechos Fundamentales y Proceso Justo". Ara Editores, Lima, 2001, p. 165 y 166.

empleador será razonable si existe una proporcional adecuación entre el fin perseguido y el medio seleccionado para lograrlo. Y es que lo que se busca en buena cuenta con la aplicación de este criterio es que las decisiones o medidas resulten lo suficientemente justificadas, y a la vez, lo menos arbitrarias posibles.

Sin embargo, la exigencia expresa a tomar en cuenta "la necesidad de la empresa" y la no mención al perjuicio del trabajador, podría dar lugar a interpretaciones restrictivas no sólo para limitar un posible cuestionamiento de una modificación que se sostenga únicamente en ello, sino más aún, que pueda ser usada como un argumento para limitar de manera ostensible los derechos fundamentales del trabajador frente a una invocación de "ejercicio regular" del poder empresarial *o ius variandi* que sólo tome en cuenta la buena marcha de la empresa.

En otras palabras, el empleador claramente podría apoyarse en sostener una "posición neutral" o meramente "empresarial" en la toma de sus decisiones y de esa manera cualquier invocación de vulneración de los derechos fundamentales no podría afectar o vincular ni a su organización ni a las decisiones que en ella tome, puesto que no puede imponérsele al empresario que asuma un comportamiento o tome una decisión que no se derive de una mera necesidad empresarial que vincule su particular interés. Estamos hablando de lo que se conoce como el "principio de neutralidad" que ha de informar el comportamiento empresarial respecto del ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, y que no es más que otra noción o manifestación complementaria de la buena fe contractual, entendida en sus extremos y que contribuye más a una limitación que al fomento de la efectividad de los derechos en el ámbito laboral²⁰.

2.2 La "acomodación razonable" del empleador frente a los derechos del trabajador como pauta exigible ante una inevitable ponderación

Si se asumiese una interpretación menos unilateral de la buena fe²¹ de manera que resultase más vinculante con el empleador, nada obstaría para afirmar que puede exigírsele en función a ella el deber de no entorpecer el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, más aún, de poder facilitar dicho ejercicio en la medida de lo posible y mientras la organización productiva no se vea perjudicada.

En ese sentido, y bajo el nombre de "*reasonable accommodation*", la jurisprudencia estadounidense entendió la exigencia de una ponderación razonable por parte del empleador del marco contractual previamente existente frente al ejercicio de los derechos de los trabajadores, construcción cuya primera aparición se da con ocasión de un conflicto con la libertad de conciencia en el ámbito laboral²²; escenario donde también resulta interesante

²⁰ SANGUINETTI, Wilfredo. Op. cit., p. 228

²¹ ESCOBAR ROCA, Guillermo. "La objeción de conciencia en la Constitución Española". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 228

²² Nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense de 1963 recaído en el caso *Sherbert versus Verner* (374 US 398), y también la encontramos presente en la *dissenting opinion* (voto singular)

una enmienda de 1972 al Civil Rights Act (Ley de Derechos Civiles) que en el marco de la protección de la libertad religiosa en el contexto de las relaciones laborales se sostiene: "el término (religión) incluye todos los aspectos de la práctica y observancia religiosa (...), a menos que un empleador demuestre que es incapaz de acomodar razonablemente la práctica y la observancia religiosa de un empleado o futuro empleado sin gravamen excesivo (*undue hardship*) para la marcha de la empresa"²³.

Básicamente lo que establece esta técnica o juicio de ponderación, que por cierto no resulta sólo exigible en casos de libertad de conciencia o libertad religiosa, es partir de una búsqueda de compatibilización de los derechos fundamentales del trabajador frente a la satisfacción de las necesidades empresariales con un límite: el propio funcionamiento de la empresa que no podría verse afectado más allá de lo razonable.

No basta entonces una mera justificación de la razonabilidad de las limitaciones efectuadas -limitaciones derivadas de las decisiones y medidas dispuestas por el *ius variandi*- que se pretendan imponer a los derechos de los trabajadores en aras de la satisfacción del interés empresarial, sino que se exige que éstas sean estrictamente necesarias o imprescindibles para la atención del mismo. Entonces, las limitaciones de los derechos fundamentales sólo serán posibles si constituyen la única manera de salvaguardar ese interés, siendo que "*no basta con que la orden sea, prima facie, legítima: es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador (...) sea verdaderamente la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial*"²⁴.

Esta suerte de "juicio de la indispensabilidad" complementa y potencia la exigencia de necesidad que se incluye dentro del examen de razonabilidad ya visto, lo que nos lleva a decir que la limitación sólo procede mientras no exista otra manera de satisfacer el interés empresarial, o lo contrario, dicha medida no procede si es innecesaria, inadecuada, o desproporcionada al fin que se busca; ya que "*si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho (...) habrá que emplear estas últimas y no aquellas más agresivas o afectantes*"²⁵. Los parámetros de la razonabilidad se mantienen, refuerzan y también limitan esta acomodación razonable: el funcionamiento de la empresa no podría verse distorsionado más allá de lo razonable como consecuencia de esta exigencia, siendo que "la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva"²⁶.

del Juez Marshall en el caso T.W.A. versus Hardison de 1977 (432 US 63) donde es expresa la referencia a una "acomodación razonable" respecto de las creencias de los trabajadores. En : ESCOBAR, Guillermo. Op. cit., p. 121

²³ ESCOBAR, Guillermo. Ídem.

²⁴ SANGUINETTI, Wilfredo. Op. cit., p. 229. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 99/1994 del 12 de abril.

²⁵ Ídem, 48/2000 del 10 de abril.

²⁶ Ídem, 99/1994 del 12 de abril.

Y es que, si dentro de determinadas condiciones, puede asegurarse la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador que suponga una integración o modificación del contenido obligacional del contrato de trabajo²⁷ y que evite una innecesaria restricción a un derecho fundamental, resultará exigible dicha acomodación razonable, reflejo o complemento de la explicada razonabilidad.

No olvidamos acotar que los problemas por el abuso en la invocación de los derechos y los posibles injustificados incumplimientos que intentasen legitimarse por un mal uso de esta figura deberán atenderse al análisis de cada caso concreto. En el siguiente punto veremos cómo la acomodación razonable es exigible más aún en cuestiones de creencias religiosas en el ámbito laboral.

Con este necesario marco teórico, pasemos a analizar la sentencia del Tribunal Constitucional peruano.

3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA LABORAL POR CREENCIAS RELIGIOSAS: ACERCAMIENTO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

La sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente N° 0895-2001-AA/TC y publicada el 16 de marzo del 2003, constituye la primera oportunidad en la que este Alto Tribunal declara que en el ordenamiento jurídico y constitucional peruano existe un derecho fundamental a la objeción de conciencia, cuya protección y tutela, a tenor de la sentencia, resultará también exigible en el ámbito de las relaciones labores²⁸.

²⁷ SANGUINETTI, Wilfredo. Op. cit., p.229

²⁸ Desborda los alcances de este trabajo analizar cómo el Alto Tribunal peruano sostiene que en el ordenamiento constitucional de este país es posible reconocer el derecho a la objeción de conciencia como un "contenido nuevo" o manifestación de un "derecho escrito", cual es la libertad de conciencia (y libertad religiosa) consagrada en el inciso tres del artículo dos de la Constitución peruana. Ver al respecto los Fundamentos 3, 4, 5, 6 y 7 de la referida sentencia. Sin embargo, ello no obsta dedicar unas líneas a la caracterización de este derecho fundamental, haciendo hincapié que las ideas aquí vertidas resultan opinables tanto como las variedad de posturas existentes frente a este derecho.

La objeción de conciencia es en sentido estricto la oposición al cumplimiento de un deber jurídico que en una situación concreta resulta incompatible con las convicciones morales de una persona; esto es, una oposición individual generada por una contradicción con la conciencia, un conflicto de conciencia. No significa una oposición al cumplimiento por una mera idea, capricho, oportunidad o conveniencia, sino supone un conflicto y oposición por motivos morales. Dicha decisión conlleva una íntima relación entre conciencia, identidad, autonomía personal y un carácter moral, que significa entre otras cosas el afectar cuestiones trascendentes, de principio, juicios de valor fundamental. Y es que la conciencia en un sentido amplio se alimenta, entre otras cosas, de ideas, filosofías, ideologías y creencias, siendo dentro de estas últimas donde las creencias religiosas ocupan un lugar clave en la conformación del carácter moral de esa conciencia, salvo mejor parecer.

De esta manera, la libertad religiosa aparece ligada fuertemente con la libertad de conciencia, siendo los menos discutibles aquellos casos de objeción de conciencia por motivos o creencias religiosas, donde el conflicto moral o de principios es, por decirlo menos, en la mayoría de los casos sobreentendido. La libertad de conciencia (o la libertad religiosa) también se vulnera cuando se le obliga a realizar actos contrarios a sus creencias o que le generen un conflicto de conciencia, legitimando así el ejercicio de un derecho a la objeción de conciencia, y siendo necesaria la ponderación con los bienes, derechos o intereses (detrás de los deberes objetados) con los que entra en conflicto. En cualquier caso el centro del problema se desplazará siempre a la razonabilidad de la ponderación en el conflicto concreto, siendo el análisis casuístico inevitable la mayor de las veces. A mayor abundamiento: ESCOBAR, Guillermo, Op. cit., Capítulos I y III.

En la relación laboral este derecho experimenta importantes modulaciones, sea por los deberes que se objetan como por el sujeto frente a quien se objeta, el empresario. Y es que resulta indiferente para el objetor que la norma o deber objetado que vulnera su conciencia provenga de un poder público o de un sujeto particular, que generalmente es respaldado por normas habilitantes garantizadas en última instancia por el Estado²⁹, como es el caso del poder de dirección del empleador y las órdenes o directivas que emanen del mismo.

La principal peculiaridad de la objeción de conciencia laboral será que a primera vista aparece el trabajador voluntariamente asumiendo compromisos y deberes en un contrato, y en tanto libres parecieran ser no objetables, siendo que en todos los casos el problema se reconduce a una ponderación del supuesto concreto, y en algunos más a una comprobación.

Así, por objeción de conciencia laboral entendemos la oposición del trabajador al cumplimiento de los deberes derivados de la relación laboral, sean estos deberes provenientes del poder de dirección empresarial o del contenido obligacional. En suma, los deberes objetados provienen directa o indirectamente de un compromiso previo (el contrato de trabajo) adoptado por el objetor³⁰.

3.1 La objeción de conciencia al trabajo en sábado y lo resuelto en el caso "Rosado Adanaque"

Lucio Valentín Rosado Adanaque, médico de profesión y adventista del Séptimo Día, llevaba trabajando desde 1988 en el Hospital Nacional de ESSALUD (Seguro Social del Perú) "Almanzor Aguinaga Asenjo" de la ciudad de Lambayeque. Lo particular del caso es que desde el inicio de la relación laboral, y conociendo de su opción religiosa que prohíbe el trabajar en sábado, las autoridades del referido nosocomio le permitieron no asistir a laborar dicho día, a diferencia del resto del personal médico, permitiéndole poder completar sus horas de trabajo los restantes días de la semana. Así, no tenía ningún problema en armonizar su opción religiosa con sus obligaciones laborales.

Sin embargo, grande fue la extrañeza del Doctor Rosado cuando al recibir con antelación su rol mensual de trabajo correspondiente a febrero de 2001 -nótese

Por lo demás, resulta interesante citar un caso de objeción de conciencia laboral ocurrido en Argentina, pero no por creencias sino por razones que podemos clasificar como políticas, como el contenido en el caso "Armella contra Aerolíneas Argentinas" (Expediente 62.502/2000) donde un trabajador de dicha aerolínea se negó atender a un pasajero que fue miembro de la dictadura militar en ese país, aduciendo una "cuestión de conciencia", y gestionando al mismo tiempo que fuera atendido por otra persona.

El Tribunal, falló a favor del trabajador estableciendo que *"el trabajador puede perfectamente preservar su conciencia y principios sin afectar los intereses de la empleadora, lo que sucede hablando a otro compañero de trabajo para que atienda al pasajero, o a un superior para que disponga quién debe hacerse cargo de la atención o incluso, decirle al cliente en cuestión, que no puede atenderlo por cuestiones de conciencia, pero que otra persona de la misma sección le suministrará el servicio correspondiente"*. (Voto del Magistrado de la Fuente).

²⁹ ESCOBAR, Guillermo. Op. cit., p. 45

³⁰ El análisis que efectuaremos en este específico tipo de objeción laboral religiosa bien puede, en la medida de lo posible, trasladarse a otros supuestos, sean creencias o prácticas religiosas que entren en conflicto con deberes laborales y con el interés empresarial, de ahí que no consideremos excluyentes los argumentos aquí vertidos. Ver: ESCOBAR, Guillermo. Op. cit., p. 366

que el Amparo fue interpuesto en enero de ese mismo año- da cuenta de que se le había programado para laborar también los días sábados, recibiendo como única justificación por parte de las autoridades el tener "necesidades institucionales". El médico decide entonces interponer un Amparo el 31 de enero de 2001, buscando de esa manera evitar que se le obligue a incumplir sus preceptos doctrinarios, prestar servicios en dicho día considerado por su religión como "día de reposo", como también el evitar generar inasistencias injustificadas que eventualmente podrían desembocar en un despido, considerando que dicha medida vulneraba sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia, a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión³¹.

Como es de conocimiento general, la negativa a trabajar en día sábado resulta para algunas religiones legal y socialmente reconocidas uno de sus preceptos centrales e inviolables de su doctrina, siendo la Iglesia Adventista del Séptimo Día la que seguramente mayor importancia brinda a esta prohibición configurándose como quizás el principal mandamiento de su doctrina³², consideración que nos exime de analizar si estamos o no ante una religión, reconociendo por otro lado la fuerte e indiscutible carga moral y de principio que esta creencia en particular ostenta³³. Justo es reconocer en este caso la presencia del derecho de todo trabajador al descanso semanal es concurrente con la objeción de conciencia. Dicho derecho al descanso laboral encuentra pleno reconocimiento constitucional en el artículo 25º de la Carta Política peruana, como también resulta entendido que la programación y determinación del día en que se hará efectivo se encuentra en las amplias prerrogativas reconocidas al empleador³⁴.

Así, y como hemos venido postulando a lo largo de este trabajo, creemos que el poder de dirección o *ius variandi* del empleador deberá modularse de acuerdo con el derecho de libertad religiosa, teniendo necesariamente que ponderar las medidas a tomar y permitiendo aplicar la cláusula de la

³¹ Aclaremos que aquí no se discute si ha habido o no discriminación para con el Doctor Rosado, lo que resultaría ser un agravante de la situación y la nulidad de un eventual despido (de acuerdo con el inciso 'd' del artículo 29º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), sino el análisis se centra en la razonabilidad y justificación o no de la medida.

³² Los adventistas sostienen que no debe trabajarse el día sábado ya que para ellos constituye su "día de reposo", que en puridad según su doctrina comienza la puesta de sol del viernes y termina en el atardecer del sábado; dato que no altera el análisis y que no fue tomado en cuenta en las sentencias revisadas.

³³ Consideramos pertinente aclarar que "*si bien la mera existencia de una confesión o secta no ha de ser suficiente para la admisión de su carácter religioso, resulta evidente que al menos las asociaciones religiosas legal y socialmente reconocidas son titulares del derecho a la libertad religiosa; y la constatación de que una norma moral incluida en la doctrina propugnada, lo cual es frecuente, colisiona con un deber jurídico impuesto, son elementos que permiten constatar con bastante fiabilidad la presencia de una objeción objetiva de conciencia*". En : ESCOBAR, Guillermo. Op. cit., p. 191 y p. 192. Sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa recomendamos ver la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancias y discriminación fundadas en la religión o las convicciones" de 1984, documento de las Naciones Unidas en cuyo artículo 6º se contiene un listado de las conductas que se pueden incluir dentro de dicha libertad, siendo relevante el inciso 'h' que señala el "*observar días de descanso y celebrar festividades y creencias (...)*".

³⁴ El segundo párrafo del artículo 25º señala: "Los trabajadores tienen derecho al descanso semanal y anual remunerados". Ver también lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en la nota 16 de este trabajo.

"acomodación razonable" frente a las creencias religiosas de los trabajadores siempre que sea viable.

Esta exigencia, por cierto, no resulta ajena a la producción normativa de la Organización Internacional del Trabajo, siendo el Convenio OIT N° 106 relativo al descanso semanal, ratificado por la casi totalidad de países al menos en esta parte del continente teniendo el caso peruano como fecha de ratificación el 1 de julio de 1988, Convenio en cuyo numeral 4 de su artículo 6º establece que en la determinación del día de descanso: "*Las tradiciones y las costumbres de las minorías religiosas serán respetadas, siempre que sea posible*"³⁵.

La apuesta por la "acomodación razonable" resulta indudablemente clara, frente a situaciones como por ejemplo la de los adventistas y otras religiones, casos donde deberá exigirse la entrada de este juicio de ponderación en el ejercicio del poder de dirección al momento de determinar los días de descanso semanales, sean éstos sábados, domingos o cualquier otro día, en aquellos casos donde sea posible hacerlo.

Por aplicación de dicho juicio vemos que si se demostrara que no es posible asignar, sin menoscabo de la buena marcha de la empresa, al trabajador a funciones compatibles con sus convicciones, el resultado de dicha ponderación deberá reflejarse en la calificación jurídica, por ejemplo, de la comisión de una falta grave y de un eventual despido: si el trabajador continúa negándose a asistir los sábados a trabajar por resultar dicho deber incompatible con su conciencia, lo más lógico es que por ello el empleador lo despida, siendo la licitud de dicho despido y sus consecuencias donde deberá centrarse la ponderación³⁶, dependiendo de cada caso concreto su aplicación.

Aun así, ello no nos limita poder distinguir tres situaciones que pensamos resultan ser las más comunes o previsibles, tanto en su tratamiento como en los criterios a tomar en cuenta en cada uno de ellos, siendo la acomodación razonable el juicio que deberá buscarse viabilizar siempre que sea posible: la modificación unilateral de las condiciones de trabajo frente a la objeción de conciencia religiosa (el caso "Rosado Adanaque"), la objeción de conciencia sobrevinida (el cambio de religión del trabajador) y el "abuso" de la objeción de conciencia en el ámbito laboral.

3.1.1 La objeción de conciencia al trabajo en sábado frente a la modificación unilateral de las condiciones del trabajo (ius variandi): el caso "Rosado Adanaque"

En este supuesto de modificación, el deber concreto objetado no aparece expresamente formulado en el contrato laboral sino que resulta derivado del *ius variandi* empresarial (una alteración de las condiciones inicialmente pactadas),

³⁵ Mencionado también por ESCOBAR, Guillermo. Op. cit., p. 154. Es relevante acotar que esta consideración debe comprenderse en el marco de la interpretación constitucional de dicho derecho al descanso semanal, a tenor de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú a cuyo contenido nos referimos.

³⁶ ESCOBAR, Guillermo. Op. Cit. p. 381

y porque podría considerarse "implícito" o "previsible" dentro de las obligaciones asumidas.

Como se desprende de la sentencia³⁷, ESSALUD tuvo siempre conocimiento de la condición de adventista del Doctor Rosado desde el comienzo de la relación laboral, programando sus horarios de tal modo que no fuera los sábados a trabajar como el resto de médicos. Sin embargo, de un momento a otro y alegando simplemente "necesidades de la empresa", se le establece un horario diferente donde necesariamente está incluido su "día de reposo".

Con acierto, el Tribunal no reconoce justificado el cambio de programación de las labores del médico, estableciendo que "si en principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas, para que con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión (...) para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad"³⁸; y más adelante señalará que *"la vaga referencia a las "razones de necesidad institucional" que la emplazada (ESSALUD)...parecen ser desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes" y que "la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio de programación laboral obedezca a intereses superiores de la organización hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente..."*³⁹.

Nos atrevemos a considerar implícito en el análisis del Tribunal el juicio de la acomodación razonable, ponderación que se hace necesaria más claramente aún por haber tenido el hospital un conocimiento previo de la religión del médico, haber consentido dicho hecho y haber "razonablemente acomodado" al Doctor Rosado durante varios años, siendo imperativa la necesidad de justificar el cambio de decisión, tanto más cuanto la razonabilidad es un límite al *ius variandi* y la acomodación razonable una exigencia refleja de ella. Eso sí, hubiera sido muy interesante que el Tribunal se pronunciase sobre cómo se hubiera podido justificar dicho cambio y qué parámetros serían los atendibles para poder establecer como insuficiente una mera referencia a "razones de necesidad institucional" por parte de ESSALUD.

Resultan también muy interesantes los argumentos esgrimidos en contra de la sentencia, contenidos en los Votos singulares de los Magistrados Rey Terry y Revoredo Marsano, argumentos que en general bien podrían representar una postura restrictiva sobre la objeción de conciencia laboral al trabajo en sábado⁴⁰.

³⁷ Antecedentes de la sentencia.

³⁸ Fundamento 8 de la sentencia.

³⁹ Fundamento 9 de la sentencia.

⁴⁰ El Magistrado Rey Terry señala que no puede considerarse un trato privilegiado amparándose en una opción de carácter religioso aunque pudiera completarse en los otros días el total de la jornada ordinaria, y que por ejercicio del *ius variandi* el empleador puede efectuar cambios en las actividades laborales sin incurrir en discriminación y sólo en procura de alcanzar cumplidamente los objetivos establecidos en la entidad a su cargo.

Sobre el Voto de Rey Terry, podemos decir que si bien es cierto que el objetor reclama un trato diferente del resto de médicos no objetores, no puede entenderse ello como incompatible con el principio de igualdad, por la sencilla razón que dicho principio admite un trato diferenciado mientras haya una justificación objetiva y razonable, y en el caso de autos la presencia de un derecho a la libertad de conciencia o la libertad religiosa resulta suficiente como razón objetiva de ese trato diferente.

Más aún, dicho argumento no contempla lo que se ha venido configurado en la doctrina de la objeción de conciencia como la llamada "prestación sustitutoria"⁴¹, y que en el caso vendría a ser el hecho de que el Doctor Rosado venía cumpliendo las horas del sábado en el resto de días de la semana, garantizando así el principio de igualdad y evitando que pueda sostenerse una discriminación con el resto de médicos, sustituyéndose razonablemente el "deber objetado" por otro. En segundo lugar, decir que el empleador se guía únicamente en alcanzar "los objetivos establecidos" es el mismo argumento que en su momento calificamos como el llamado "principio de neutralidad", desvinculando enormemente los derechos del trabajador (y un eventual perjuicio) con las decisiones empresariales que entendidas así nunca podrán calificarse de vulneradoras de derecho alguno, o discriminatorias en el peor de los casos⁴².

El principal argumento de la Magistrada Revoredo podemos entenderlo dentro de la cuestión de la previsibilidad o predictibilidad del trabajador derivada de la buena fe contractual, es decir, hasta qué punto el trabajador puede entender como previsible(s) o implícita(s) alguna(s) prestación(es) no expresamente establecidas al momento de celebrar el contrato de trabajo, y consecuentemente, comunicar a su empleador que la opción religiosa que

Por su lado, para la Magistrada Revoredo Marsano es razonable deducir que el Doctor Rosado al aceptar trabajar en un hospital conocía que debía ceñirse a la organización laboral que imponían sus autoridades, no habiendo condicionado su contratación a no trabajar los días sábados, siendo él y no el Hospital quien sabía del impedimento antes de celebrar el contrato laboral. Considera además que es obvio que los pacientes no eligen los días en que se enferman y, por lo tanto, era evidente que hay necesidad de servicio médico también los días sábados siendo el sacrificio del médico justificado, señalando además que "en teoría entonces si se establece que un profesional tiene del derecho de no laborar ciertos días por necesidades de culto todos los médicos de un mismo centro de salud podrían exigir no trabajar el mismo día de la semana basándose en que optaron por la misma religión"; y más aún, acceder a la solicitud del Doctor Rosado devendría en una suerte de "desorden público" puesto que todos los adventistas (y hasta católicos arguye) del sector privado y también público podrán reclamar el no trabajar su "día de reposo", perjudicando la salud de la población, lo cual resulta ser, en sus palabras, inaceptable.

⁴¹ ESCOBAR, Guillermo. Op. cit., p. 237

⁴² Y ya refiriéndonos al voto singular de la Magistrada Revoredo Marsano, si bien es cierto que, como señala, teóricamente podría ocurrir que muchos adventistas interpusiesen amparos por afectación de su libertad religiosa y reclamando un derecho a la objeción de conciencia al trabajo en sábado, en nuestra opinión, ello no parecería ser un argumento determinante como para negarle tutela legítima a un caso tan evidente de ser arbitrario e injustificado como el caso del Doctor Rosado, eximiéndole en consecuencia de la obligación de ir los sábados a trabajar.

Creemos que la reflexión debería centrarse, entre otros puntos, en la excesiva flexibilidad con que el ordenamiento laboral peruano regula el ius variandi del empleador, permitiendo establecer cualquier tipo de modificación sustancial o no sustancial en las condiciones de trabajo, dándole así un amplísimo margen de actuación y permitiendo de ese modo interpretaciones que al final de cuentas limitan aún más el ejercicio de los derechos inespecíficos de los trabajadores.

tuviere podría de algún modo perjudicar o contravenir la organización productiva⁴³.

Creemos que en el caso “Rosado Adanaque” no es necesario analizar dicha previsibilidad porque el Hospital desde el momento de asumir el contrato tuvo conocimiento de la condición de adventista del médico, no interesando si el Hospital lo supo con anterioridad a la celebración del contrato, porque al final de cuentas da su consentimiento desde un principio y posteriormente decide modificar su decisión sin demostrar la necesidad o el agotamiento de la acomodación razonable. Pero sí resulta relevante el análisis en aquellos supuestos donde el empleador desconoce de la opción religiosa del trabajador que, por ejemplo, labora únicamente de lunes a viernes, y sobre el cual se piensa operar una modificación de jornada a los sábados. Aquí si resultará interesante establecer la importancia o no de la previsibilidad o predictibilidad del trabajador, por ejemplo, un médico que trabaja de lunes a viernes y nunca se tomó en cuenta o supo de su religión, podría argumentarse que le era previsible que se lo programe el sábado porque los pacientes ciertamente no eligen los días en que se enferman; o en el caso de un mozo en las mismas circunstancias con mayor razón al ser los días sábados los de mayor concurrencia.

En nuestra opinión, reducir el análisis en estos casos en ver si el trabajador le comunicó o no de su opción religiosa cuando le resultase "previsible" o "predecible" una eventual modificación de las condiciones de trabajo, y subordinar el tutelar o no la libertad religiosa (o la objeción de conciencia religiosa) a la ocurrencia de dicha comunicación, resulta peligroso ya que bien podría constituirse en una suerte de "caja de Pandora" donde el determinar cuándo le resultaba previsible o razonable la modificación y cuándo por consiguiente debía comunicarle de su opción, genera inseguridad al subordinar la tutela del derecho exclusivamente a una simple comunicación.

No estamos de ninguna manera negando la importancia de la previsibilidad o de la buena fe, ni mucho menos diciendo que carece de eficacia. Lo único que intentamos decir es que al menos en los casos donde sea el empleador quien unilateralmente decida un cambio que no estaba expresamente contemplado y que genere un conflicto con alguna creencia, la previsibilidad es un factor importante a tomar en cuenta pero no el determinante, siendo oportuno señalar que la última consideración esbozada varía ostensiblemente en los casos de objeción de conciencia sobrevenida como veremos luego.

Y es que cuando se piensa que es carga del trabajador el comunicar la opción religiosa cuando le sea "predecible" un cambio, con todos los problemas que acarrearía definir cuándo puede o no predicarse esta característica en diferentes labores, se suele olvidar que correlativamente el empleador tiene el

⁴³ Aplicando este criterio al supuesto de la sentencia : hasta qué punto le era previsible al Doctor Rosado un cambio de horario de sus labores para el día sábado y de esa manera tener que comunicar de su condición de adventista?.

Sobre lo apuntado acerca de la previsibilidad, recurrimos a lo expuesto por el Profesor Jorge Toyama Miyagasku en su cátedra del curso “Derecho Laboral Individual” en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el ciclo de estudios 2003-II.

deber de informar al trabajador no sólo de sus condiciones de trabajo iniciales, como de la modificación en las mismas; y es que al final de cuentas será siempre el empleador quien tendrá de primera mano las medidas a tomar. Si tomamos en cuenta dicho deber de información estaremos no sólo protegiendo el interés de la parte débil de la relación laboral sino también no centrándonos tanto en lo que debe hacer el trabajador cuanto en las obligaciones implícitas del empleador.

Tal como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER, dicha información *"sitúa al trabajador en condiciones de cumplir correctamente sus propios deberes y de controlar la exactitud del cumplimiento, y le permite conocer anticipadamente elementos derivados del ejercicio de una facultad o poder empresarial o de disponer de informaciones necesarias para el ejercicio de los derechos"*, y que *"la transparencia y la certeza de su propia situación es la base segura sobre la que el trabajador podrá ejercitar adecuadamente los derechos que derivan de su contrato de trabajo"*⁴⁴.

Será pues en cada caso en concreto donde tendrá que analizarse tanto si dicho deber de informar por parte del empleador se cumplió, como si al trabajador podía serle predecible un cambio de condiciones que deviene inarmónica para con su prácticas religiosas, integrantes de su esfera íntima mientras sean irrelevantes al trabajo, y se buscará ponderar aplicando en la medida de lo posible el juicio de la acomodación razonable. Ciertamente, en los casos donde se demuestre lo irregular de la medida, el trabajador no tendría por qué soportar un cambio unilateral de condiciones, siendo difícil poder justificar el despido en una falta grave por inasistencia al trabajo, que podría entenderse como justificada en el mejor de los casos, o quizás una eventual inasistencia pueda al menos calificarse como una falta leve, siendo ello también a lo que deberá apuntar la ponderación del caso concreto.

3.1.2 Los escenarios de una objeción de conciencia sobrevenida y un eventual abuso del derecho

No es gratuito poder considerar como problemáticas las figuras de la objeción de conciencia sobrevenida ocurrida por un cambio de religión (siguiendo el tenor del análisis diremos que hay una conversión a la religión adventista) y el abuso del derecho a la objeción de conciencia (o mala fe o intención de aprovecharse, por ejemplo), dado el amplísimo margen de discrecionalidad en la apreciación y valoración de dichos supuestos, donde la ponderación cede a la comprobación; circunstancia sobre la cual se centrará el análisis de cada caso en concreto. Brevemente caracterizaremos cada una de estas figuras donde el tratamiento será distinto respecto de los supuestos anteriormente analizados.

En el supuesto de objeción sobrevenida hay un compromiso contractual expreso de realizar determinadas actividades en día sábado, sobre el cual en principio parece excluirse la posibilidad de objetar de manera legítima. Así, no

⁴⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. "El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo". En : Relaciones Laborales 2000-I (Compendio), La Ley-Actualidad S.A., Madrid, p. 275 y ss.

parece posible que quien se compromete expresamente en trabajar los días sábados puede después alegar objeción de conciencia sobrevenida, que haya ocurrido una conversión al adventismo por ejemplo, sobre dicho compromiso. Sin embargo, hemos venido sosteniendo que nunca el trabajador pierde sus derechos por la asunción de un contrato de trabajo, en otras palabras, no podemos justificar una suerte de "tácita renuncia" al derecho de objetar, mas aún a la luz del artículo 23 tercer párrafo de la Constitución peruana⁴⁵, y siendo la objeción de conciencia manifestación del derecho a la libertad de conciencia y religiosa, debe incluirse dentro de lo que en ese artículo se dispone.

De esa manera, quien libre y voluntariamente acepta deberes que en un principio no le generan conflicto alguno, no pierde por ello la titularidad del derecho a objetar esos mismos deberes. Pero no olvidemos que es el propio trabajador quien va a reclamar que el empleador modifique su prestación, que no le obligue más a ir los sábados a trabajar; siendo así, y aplicando también el juicio de la acomodación razonable, mientras la empresa demuestre que no sea posible adscribir al trabajador a otras funciones, o a otros días compatibles con sus creencias, la calificación de la falta grave y de un eventual despido serán inevitables.

Por ejemplo, piénsese en una empresa donde la única persona que maneja determinadas máquinas especiales desde el inicio iba todos los días incluido sábados, pero se volvió adventista, no siéndole posible a la empresa contratar a otro ingeniero ni reprogramarlo en otros días. De plano es claro que la empresa no tiene que soportar los cambios de religión de sus trabajadores, menos aún cuando dichos cambios no sean posibles de acomodarlos razonablemente sin perjudicar la organización productiva.

Además la cuestión toma otro sentido cuando entra a tallar la predictibilidad o previsibilidad del trabajador, pues es en estos supuestos donde resulta plenamente exigible dicho deber de comunicar el cambio de religión, tanto porque expresamente está contenida en la prestación el asistir los sábados, y más aún cuando depende del propio trabajador el comunicar que el cambio de religión podría impedir la prestación ordinaria de servicios. Si no media una comunicación razonablemente oportuna no sólo no es posible alegar que el empleador está limitando su derecho a observar su "día de reposo", sino que no cabe en este caso atribuirle al mismo una obligación a evitar en la toma de sus decisiones la desinformación de hechos que nunca le fueron comunicados. Es más, podría incluso dar lugar a la figura del abuso del derecho, dado que podría alegarse que está ejerciéndose de manera caprichosa o de mala fe la objeción de conciencia, no dando lugar obviamente ni a una tutela judicial ni a una acomodación razonable, inviables en este supuesto.

En suma, consideramos que existe una "zona gris" entre algunos casos de objeción sobrevenida y el abuso de derecho, ya que el problema no se reduce tan solo a establecer si comunicó o no comunicó el cambio de religión, sino también a calificar como razonable o no la oportunidad de tal comunicación y hasta la oportunidad del propio cambio de religión, entre otros muchos datos

⁴⁵ El artículo 23° tercer párrafo señala : "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

que cada caso pueda brindar, lo que amplía enormemente el margen de discrecionalidad en la valoración y genera inseguridad en la tutela a la objeción de conciencia.

Y es que en los casos que consideramos como supuestos de abuso de derecho, entre seguramente muchos otros más, quien objeta lo hace por comodidad, por capricho, o simplemente para eludir el cumplimiento del deber, ejerciendo la objeción sin verdadero interés propio, sin haber conflicto de conciencia⁴⁶.

El evidente problema que se plantea aquí es la dificultad objetiva de comprobación de los casos en donde se produce el abuso de derecho, siendo la conciencia impenetrable y de fuero interno (argumento esgrimido también por aquellos que niegan un derecho general a la objeción de conciencia). Pero ello no es óbice para poder reconocer métodos indiciarios y objetivos en la apreciación de la falta de sinceridad en la alegación de un conflicto de conciencia, tales como : la actitud previa del falso objetor (por ejemplo a pesar de ser adventista asistía a todos los campeonatos sabatinos de fútbol, o realizó varias veces horas extras dicho día), la propia pertenencia a una confesión o religión (por ejemplo, un católico ejerciente que se niega a trabajar los sábados por comulgar sólo con esa norma de la iglesia adventista), entre otros.

3.2 La objeción de conciencia laboral por creencias religiosas : *ius resistentiae* o *solve et repele* ?

La oposición al cumplimiento del deber que incardina el derecho a la objeción de conciencia se peculiariza cuando es ejercido en el ámbito laboral, al punto de preguntarnos si una eventual desobediencia del deber objetado podría dar lugar a reconocer que estamos frente a un legítimo supuesto del llamado "derecho de resistencia" o *ius resistentiae*.

Al respecto, en la sentencia analizada anteriormente el Tribunal Constitucional peruano se limita a establecer, sin precisar la existencia de posibles excepciones, que *"la eximencia solicitada por el objetor deber ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso facto al objetor el derecho de abstenerse al cumplimiento al deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente"*⁴⁷.

Consideramos apresuradas y demasiado genéricas dichas afirmaciones, al no distinguir posibles supuestos específicos en donde al presentarse una grosera e irrazonable situación restrictiva de la libertad de creencia (y de objeción de conciencia) pudiera prescindirse de un procedimiento de declaración para reconocerle legítima eficacia a la oposición y al incumplimiento; supuestos, pensamos, cuya regulación por cierto debieran estar contenidos en alguna ley de la que hoy carecemos.

⁴⁶ ESCOBAR, Guillermo. Op. cit., p. 225

⁴⁷ Fundamento 7 de la sentencia referida.

La tarea de ponderar si determinado incumplimiento, por ejemplo inasistir los sábados en el caso del objetor adventista, califica o no como falta grave, falta leve, justificada o no justificada, ciertamente sería irrelevante en algunos casos si pudiese reconocerse en determinadas situaciones de desobediencia por objeción de conciencia, un valor de *ius ressitentiae*⁴⁸. En principio, creemos que la objeción de conciencia en general comparte con el derecho de resistencia un carácter de excepcionalidad: no cualquier orden supone un conflicto moral, no en cualquier caso hay un verdadero conflicto de conciencia, por solo citar dos argumentos. Y es que en algunos supuestos donde la imposición sea irrazonable o no justificada el procedimiento de declaración del objetor no será consustancial o condición de eficacia del derecho a la objeción de conciencia, y la declaración judicial se limitará a reconocer como legítimo, justificado y no posible de sanción, el incumplimiento efectuado.

Nada obsta reconocer dentro de aquellos supuestos la afectación a la libertad religiosa (objeción de conciencia) originada por una irrazonable acción unilateral del empleador, como el caso "Rosado Adanaque". Dada la radicalidad que dicha medida supondría para con las convicciones religiosas de un trabajador adventista por ejemplo, sería absurdo pretender que asista todos los sábados de todos los meses que demore el proceso donde se le declare judicialmente objetor así como la eximencia de la obligación. No resulta consecuente no reconocerle la posibilidad de desobedecer la medida irrazonablemente impuesta evitando, por qué no decirlo, su propia humillación, mas aún cuando la medida o modificación se haya dictado sin poner en práctica una medida menos lesiva, cuando ello fuere posible.

Consecuentemente, en otros casos de objeción laboral donde, como vimos, la comprobación judicial sea determinante, la tutela al derecho a objetar e incumplir un deber quedará siempre expedita, previa declaración judicial expresa que reconozca en el trabajador a un objetor de conciencia.

AFINANDO LA PREGUNTA A MODO DE CONCLUSIÓN

Si la llamada "constitucionalización" del Derecho Laboral ha contribuido a un reconocimiento de derechos inespecíficos de los trabajadores, poco significado tendría ello si frente a invocaciones legítimas de restricciones irrazonables por parte del empleador, y al tener que ponderarlos, se les limite a tal extremo que devengan casi en inexistentes o invisibles. Los derechos fundamentales, como

⁴⁸ Como es de conocimiento general, el "derecho de resistencia" entendido como mecanismo de defensa de los interés y derechos legítimos de un trabajador, contradice el llamado principio del solve et repele que postula la presunción de legitimidad de toda medida dictada por el empleador, no pudiendo el trabajador cuestionar dichas medidas, teniendo como única vía de defensa el cumplimiento de lo ordenado y el reclamo posterior; es decir, un control de legalidad ex-post que condiciona el que se determine si la medida fue o no irregular; y es que en estas materias, ni el juicio de valor del empleador ni el del trabajador son en sí mismos determinantes.

NEVES MUJICA señala que debe admitirse el "derecho de resistencia" del trabajador frente a las ordenes arbitrarias del trabajador cuando éstas afecten derechos fundamentales. En : NEVES MUJICA. Javier, Introducción al Derecho Laboral, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 33.

la libertad de conciencia y la libertad religiosa, no sólo deben inspirar respeto sino antes bien actuaciones positivas de protección que permitan y faciliten su ejercicio en la medida de lo posible, mas aún en el ámbito laboral donde muchos de ellos necesariamente están comprometidos. La buena fe, la razonabilidad y una acomodación razonable contribuyen en esa tarea no buscando únicamente una justicia del equilibrio, dan un paso más allá para así intentar lograr relaciones armónicas entre empleadores y trabajadores. Afinemos la pregunta por los límites al ejercicio de los derechos inespecíficos en la relación laboral: acomodación razonable, ¿por qué no?.

Lima, marzo de 2,006