

Universidad Católica De Santa María
Facultad De Ciencias Jurídicas Y Políticas
Escuela Profesional De Derecho



***“ANÁLISIS DE LA ORIENTACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE REPOSICIÓN DE
TRABAJADORES SUJETOS AL RÉGIMEN LABORAL DE LA
ACTIVIDAD PRIVADA EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA
CONSECUENTE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO LABORAL DE
IGUALDAD ANTE LA LEY. PERÚ. 2017”***

Tesis Presentada por el Bachiller:

Gabriel Alejandro Ramos Zantalla

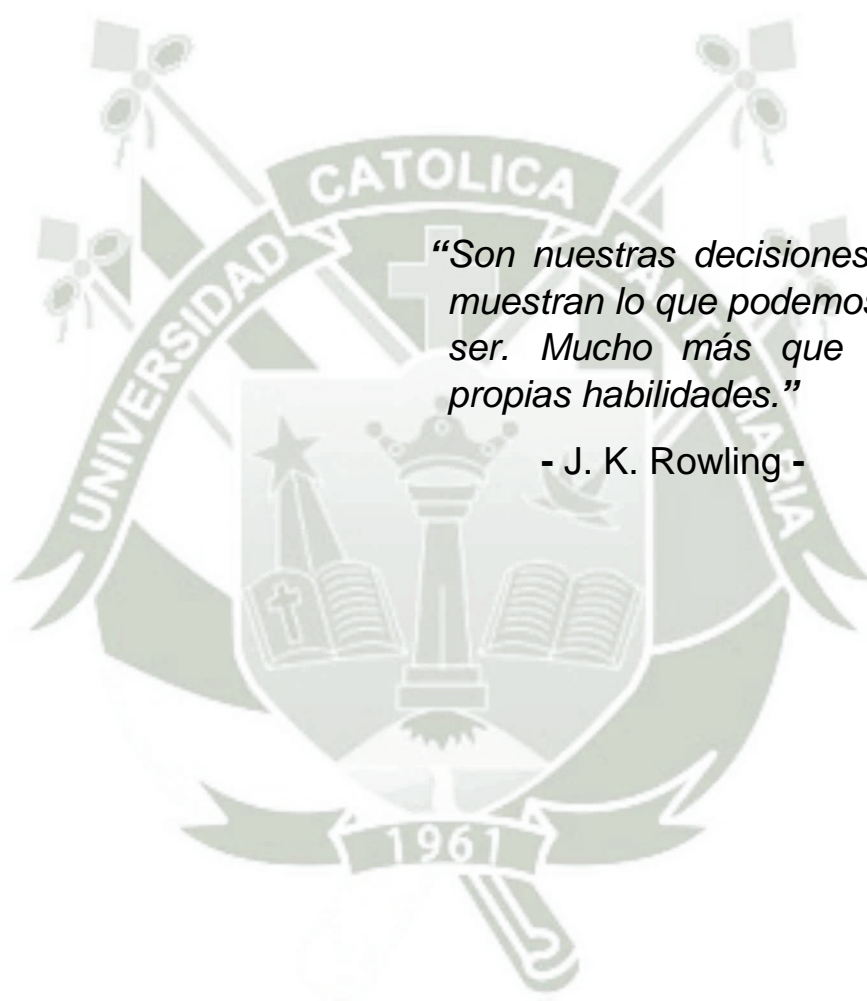
Para Obtener el Título Profesional de Abogado

Asesor:

Mgter. Mauricio Matos Zegarra

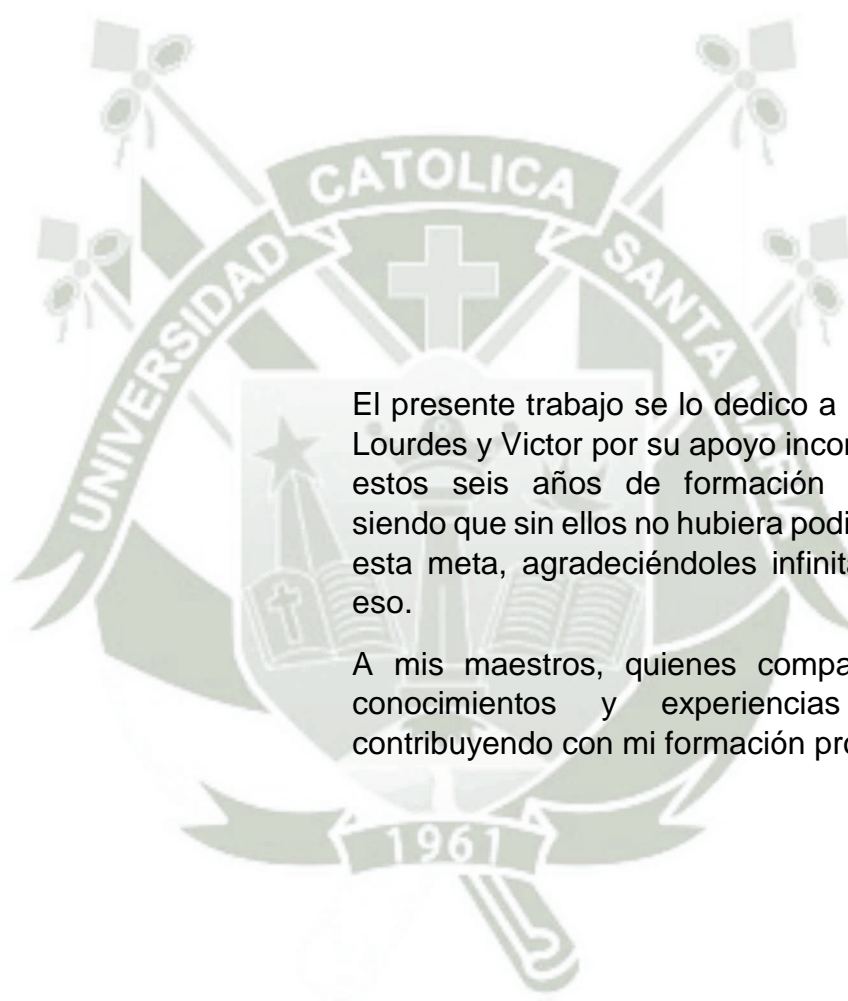
Arequipa – Perú

2017



“Son nuestras decisiones las que muestran lo que podemos llegar a ser. Mucho más que nuestras propias habilidades.”

- J. K. Rowling -



El presente trabajo se lo dedico a mis padres, Lourdes y Victor por su apoyo incondicional en estos seis años de formación profesional, siendo que sin ellos no hubiera podido alcanzar esta meta, agradeciéndoles infinitamente por eso.

A mis maestros, quienes compartieron sus conocimientos y experiencias conmigo, contribuyendo con mi formación profesional.

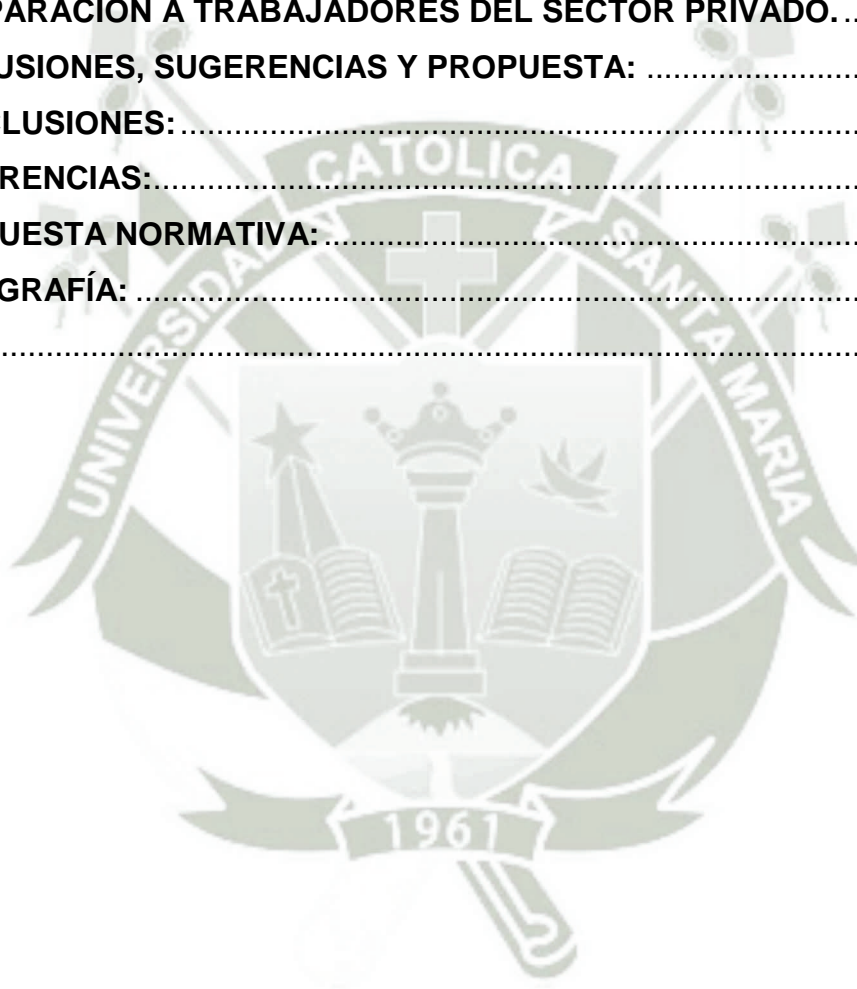
ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
RESUMEN	9
Palabras Clave:	10
ABSTRACT	11
Key Words:	12
CAPÍTULO I: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LABORALES, REGÍMENES LABORALES EN EL PERÚ, DESPIDO Y REPOSICIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	13
1. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993:	13
1.1. EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ:	13
1.2. PROTECCIÓN ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN:	14
1.3. PRINCIPIOS LABORALES CONSTITUCIONALES:	18
1.3.1. PRINCIPIO TUTIVO:	19
1.3.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD:	19
1.3.3. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS LABORALES:	28
1.3.4. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA INSALVABLE SOBRE EL SENTIDO DE UNA NORMA – IN DUBIO PRO OPERARIO	30
1.4. LOS DOS GRANDES Y MÁS ANTIGUOS REGÍMENES LABORALES EN EL PERÚ (276 – 728):	31
1.4.1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA:	37
1.4.1.1. SERVIDOR PÚBLICO Y FUNCIONARIO PÚBLICO:	38
1.4.1.2. LA PROTECCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS SUJETOS A LA CARRERA ADMINISTRATIVA (D.LEG. N.º 276).	44
1.4.2. RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA:	45
1.5. LA ESTABILIDAD LABORAL	46
1.5.1. EL DESPIDO:	48
1.5.2. CLASIFICACIÓN DE DESPIDOS:	53
a) DESPIDO NULO:	53
b) DESPIDO ARBITRARIO:	56
c) DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO:	57

d) DESPIDO INDIRECTO:.....	61
CAPÍTULO II: EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL PERÚ.	64
1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE MÁXIMO DE LA CONSTITUCIÓN:.....	64
2. EL PRECEDENTE VINCULANTE:	68
2.1. ANTECEDENTES:.....	68
2.2. NATURALEZA	69
2.3. EN NUESTRO ORDENAMIENTO:.....	71
2.4. PRESUPUESTOS PARA ESTABLECER UN PRECEDENTE VINCULANTE:	73
2.5. APLICACIÓN Y TIPOLOGÍA DE UN PRECEDENTE VINCULANTE: 74	
2.6. ELEMENTOS DE UNA SENTENCIA QUE CONTIENE PRECEDENTE VINCULANTE:	78
2.7. CONCEPTOS RELACIONADOS AL PRECEDENTE VINCULANTE: 81	
a) EL STARE DECISIS:.....	81
b) EL OVERRULING:	82
PROSPECTIVE OVERRULING:.....	83
c) DISTINGUISH O DISTINGUISHING:	84
d) DIFERENCIA CON JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NACIONAL:	87
e) LA JUSTICIA ORDINARIA Y EL PRECEDENTE VINCULANTE. ...	90
CAPÍTULO III: PRECEDENTE CONSTITUCIONAL DEL EXPEDIENTE N° 05057-2013-AA/TC COMO VULNERATORIO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LAS INTERPRETACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	93
1. ALCANCES DE LA DACION DEL PRECEDENTE:.....	93
2. ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO:	94
3. DISPOSICIONES O REGLAS JURÍDICAS EN EL PRECEDENTE VINCULANTE DEL EXPEDIENTE N° 05057-2013-AA/TC:.....	96
4. ¿VULNERATORIO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY? .	101
4.1. ¿TRATO DIFERENCIADO VS. TRATO DISCRIMINATORIO?	107
4.2. TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL PRECEDENTE VINCULANTE EN CUESTIÓN:.....	108

4.3. EXAMEN DE LA REGLA CONTENIDA EN EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE HUATUCO HUATUCO:.....	110
5. IMPLICANCIAS DE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO – DERECHO A LA IGUALDAD.	115
6. ¿CÓMO SUPERAR LA VULNERACIÓN A PRINCIPIOS COMO EL PRINCIPIO – DERECHO DE IGUALDAD EN PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?	117
6.1. EL DISTINGUISHING EN EL PRECEDENTE VINCULANTE EXP N°. 05057-2013 - PA/TC - ROSALÍA HUATUCO HUATUCO.....	118
6.2. SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE HUATUCO POR LA TÉCNICA DEL DISTINGUISH.	121
6.3. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL PRECEDENTE HUATUCO POR DISTINGUISHING:	122
a) Despido Nulo vs. Despido Arbitrario:	122
b) Régimen Laboral Público:.....	123
c) Obreros:.....	123
d) CAS:	125
e) Ley Servir:	125
f) Artículo 40° de la Constitución:.....	128
g) Declaración de existencia de una relación laboral indeterminada:	129
h) Declaración de existencia de relación laboral indeterminada con beneficios y/o indemnización:.....	129
7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LOS JUECES NACIONALES SOBRE PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES.....	130
7.1. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:.....	130
7.2. COMPATIBILIDAD DE DISPOSICIONES INTERNAS CON LA CADH Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH.	132
7.2.1. EL SISTEMA INTERNACIONAL E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:	132
7.2.2. APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: ..	134
7.2.3. APLICACIÓN DE UN INSTRUMENTO DE CONTROL PARA LA PREVALENCIA DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO INTERNO Y LA CADH:.....	135

7.3. APLICACIÓN EX OFFICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:	136
7.4. DISPOSICIONES SUJETAS A CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:	139
7.5. PRECEDENTE VINCULANTE INCONVENCIONAL:	142
7.6. ROL DEL JUEZ NACIONAL:	144
8. ANÁLISIS DEL PRECEDENTE VINCULANTE CONTENIDO EN EL EXPEDIENTE N° 05057-2013 – AA/TC JUNIN Y SU INCONVENCIONALIDAD EN EL EXTREMO QUE LIMITA EL EJERCICIO DE DERECHOS A TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO EN COMPARACIÓN A TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO.	145
CONCLUSIONES, SUGERENCIAS Y PROPUESTA:	149
CONCLUSIONES:	149
SUGERENCIAS:	152
PROPUESTA NORMATIVA:	153
BIBLIOGRAFÍA:	155
ANEXO:	161



INTRODUCCIÓN

La presente investigación se realiza, actualmente, en un escenario preocupante para un sector de trabajadores en particular; me refiero a los trabajadores sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N°. 728 en el Sector Público, pues como consecuencia de un precedente constitucional vinculante emitido por el supremo intérprete de la Constitución, nuestro Tribunal Constitucional, se han recortado derechos y vulnerado principios jurídicos fundamentales de este sector laboral. Mediante esta investigación se pretende analizar la posición que actualmente este órgano autónomo adopta con relación a la protección restitutoria contra el despido de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada dentro de la administración pública, como consecuencia de la emisión del Precedente Vinculante del Caso Rosalía Huatuco, contenido en la sentencia del expediente N°. 05057-2013-PC/TC Junín. Asimismo, se pretende determinar si la premisa normativa instituida como regla jurídica, de no amparar la reposición laboral en caso de despido arbitrario – incausado – fraudulento por parte de este sector de trabajadores por no acreditarse el ingreso a su puesto de trabajo bajo un concurso público de méritos, en una plaza vacante y presupuestada, vulnera el principio fundamental contenido en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú, y en el artículo 26.1 de la misma carta constitucional. Asimismo, es fundamental, a través de un análisis previo, dar a conocer si, de comprobarse tal vulneración, el juez laboral ordinario puede desconocer y apartarse de dicho precedente vinculante en base a instrumentos tanto nacionales como internacionales que amparen su accionar. Finalmente, a través de un análisis de lo señalado precedentemente, establecer algunas implicancias jurídicas y sociales que trae consigo la aplicación de dicho precedente en todo el ordenamiento jurídico.

RESUMEN

Hace algunos años, el Tribunal Constitucional mediante su sentencia contenida en el expediente EXP. 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco) emitió un precedente vinculante altamente cuestionado por la doctrina nacional, pues se establecieron lineamientos de protección contra el despido arbitrario/incausado/fraudulento –considerados por muchos– transgresores del Derecho al Trabajo. Dicho precedente, en su fundamento 18º establecía que: *“(…), en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo N° 728, en el Ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen con el Sector Público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo N° 728 para el Sector Privado”,* de tal modo que elimina la reposición como medida de protección adecuada contra el despido arbitrario, entendiendo también a sus subtipos al despido incausado y al despido fraudulento, y limita al litigante a solicitar una indemnización, lo que puede traer consigo la vulneración de varios derechos y principios, dentro de los que puede encontrarse el principio-derecho de igualdad recogido en nuestra Constitución Política, pues quienes no ingresaron a laborar al sector público bajo el régimen laboral de la actividad privada mediante un concurso público, a una plaza presupuestada y vacante no tienen derecho a solicitar una protección restitutoria (reposición), sino solamente una protección resarcitoria (indemnización), situación dispareja en relación a los trabajadores del sector privado quienes pese a no haber ingresado a su cargo mediante concurso público, tienen derecho a la reposición.

En este sentido, se ha acreditado que dicho fundamento 18º del precedente vinculante del expediente N° 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco) vulnera el principio-derecho de igualdad, considerado un

principio general del derecho y a la vez un derecho fundamental amparado nacional, y sobre todo, internacionalmente. Llegando a acreditar ello mediante la técnica del test de proporcionalidad que el Propio Tribunal Constitucional ha venido aplicando para analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de una norma cuestionada por vulnerar derechos establecidos en otra. Asimismo, y como consecuencia de tal vulneración, se ha ofrecido al juez laboral, la posibilidad de adoptar medidas para evitar dicho acto de injusticia producto de un trato discriminatorio, esto mediante la aplicación, en primer lugar, del distinguishing, como técnica proveniente del derecho anglosajón, para diferenciar aquellos casos en los que dicho precedente vinculante debe surtir total eficacia de aquellos en los que no correspondería. Finalmente recurrimos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente a la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por nuestro país, en cuyo contenido regula el principio-derecho de igualdad, por lo que, aplicando control de convencionalidad, dicho juez ordinario puede apartarse del precedente vinculante más cuestionado en los últimos años sin apartarse de la legalidad de su accionar eximiéndolo de responsabilidad.

Palabras Clave: reposición, despido arbitrario, despido incausado, despido fraudulento, régimen laboral de la actividad privada, trabajador, sector público, sector privado, protección, igualdad, no discriminación, distinguishing, Convención Americana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

In the year two thousand thirteen, the Constitutional Court through its sentence contained in the file N°. 05057-2013-13A / TC (Huatuco Case) issued a binding precedent highly questioned by national doctrine, cause protection guidelines against arbitrary / uncaused / fraudulent dismissal -considered by many- violators of the Right to Work were established. This precedent provided that: "*(...), in the cases in which the denaturation of the temporary contract or civil contract, it won't be able to order indefinitely reinstatement., cause this modality of Legislative Decree No. 728, in Public Administration, requires a public tender of merit in respect of a vacant budgeted position of indeterminate duration. This rule is limited to contracts that are made with the Public Sector and does not apply to the contracting regime of Legislative Decree No. 728 for the Private Sector*", in such a way that eliminates the reinstatement as a measure of adequate protection against arbitrary dismissal, including, unfair dismissal, fraudulent dismissal, and limits the litigant to claim compensation, which may lead to violation of several rights and principles, within which can be found the principle-right of equality contained in our Political Constitution, cause those who did not start working in public sector under the private activity labor regime by a public tender, to a budgeted and vacant place are not entitled to request a restitutory protection (reinstatement), only a compensatory protection (compensation), situation unrelated to private sector workers who despite not having entered his position by a public tender, have right to reinstatement.

In this sense, it has been established that fundament 18 ° ground of the binding precedent of file No. 05057-2013-13A / TC (Huatuco Case) violates the principle-right of equality, considered a general principle of the right and at the same time a fundamental right protected national, and above all, internationally. Proving this through the technique of proportionality test that the Constitutional Court itself has been applying to analyze the suitability, necessity and proportionality in the strict sense of a norm questioned for violating rights established in another. Likewise, and as a consequence of this breach, the labor judge has been offered the possibility of taking measures to avoid such an act of injustice as a result of discriminatory treatment, this through the application, in the first place, of

distinguishing, as a technique derived from Anglo-Saxon law, to differentiate those cases in which said binding precedent should be fully effective for those in which it would not correspond. Finally, we resort to the Inter-American System of Human Rights, specifically the American Convention on Human Rights, ratified by our country, whose content regulates the principle-right of equality, so that by applying conventionality control, said ordinary judge can depart from the precedent binding question in the last years without departing from the legality of its action exempting it from liability.

Key Words: reinstatement, arbitrary dismissal, unfair dismissal, fraudulent dismissal, private activity labor regime, worker, public sector, private sector, protection, equality, no discrimination, distinguishing, American Convention on Human Rights.



CAPÍTULO I: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES LABORALES, REGÍMENES LABORALES EN EL PERÚ, DESPIDO Y REPOSICIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993:

1.1. EL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ:

“Estamos ante un derecho que aparece recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos. De los instrumentos más relevantes para efectos de apreciar los alcances del derecho comentado, tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos destaca que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias así como protección contra el desempleo (artículo 23°); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlo, debiendo figurar la orientación y formación profesional, la ocupación plena y productiva (artículo 6°); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el derecho del trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna, que importa orientación vocacional para alcanzar un pleno empleo, proyectos de capacitación y programas de atención familiar (artículo 6). (...).

Para el Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22° de la Constitución, importa la imposibilidad de no ser despedido sino por causa justa, de tal manera que cualquier despido sin expresión de causa, resulta atentatorio con la Constitución: *‘Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, 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. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa' (Expediente N° 1124-2001-AA/TC)”¹.

1.2. PROTECCIÓN ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN:

Es imprescindible dar un alcance sobre lo que señala nuestra Constitución y los tratados internacionales acerca de la protección que todo trabajador debe tener bajo la circunstancia de ser despedido sin causa justa.

“Lo que se exige en la Constitución es una protección adecuada contra el despido, y ésta existe: el pago de la indemnización. No se vacía de contenido a la estabilidad laboral si no se sanciona con la reposición los casos de despidos incausados. El contenido esencial de la estabilidad laboral supone una protección que, en función al mandato constitucional y a las normas internacionales tiene contenido diverso (reposición, indemnización, seguro de desempleo y otra forma de protección) y no único (como lo declara el Tribunal). Sin perjuicio de lo indicado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que cada legislación determinará la forma de protección contra el despido arbitrario. (...) Pues bien, expresamente, el artículo 7.d del Protocolo Adicional anota que cada legislación establecerá el mecanismo de protección contra el despido arbitrario. En suma, se delega a cada país la posibilidad de regular la protección que estime conveniente ante un despido arbitrario”². Y ¿qué hizo el legislador al momento de establecer criterios de protección ante el despido sin causa justa? Pues optó por el otorgamiento de una indemnización a todos los trabajadores despedidos

¹ GACETA JURÍDICA – CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, La Constitución Comentada – Tomo I, Primera edición diciembre 2005; Edit. Gaceta Jurídica S.A.; p. 521-522

² Ibidem.

de manera arbitraria. Es así que el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que *“El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°”*. Por otro lado, el artículo 38° al que se hace mención establece que *“la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. (...)”*. Es decir, la posibilidad de la reposición en casos de despido arbitrario no era posible.

En el año 2001, surge una nueva posición respecto a lo que en un primer momento se estableció en la ley, pues el Tribunal Constitucional deja de lado lo referente a que como protección única frente al despido arbitrario sea la indemnización, estableciendo en la sentencia del EXP. N.° 1124-2001-AA/TC – LIMA (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL) lo siguiente:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. (...) El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución contiene un “mandato al legislador” para establecer protección “frente al despido arbitrario”. (...) Sin embargo, cuando se precisa que ese

desarrollo debe ser “adecuado”, se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. (...) Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. (...). Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibile. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”. No prevé la posibilidad de

reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a) El artículo 34º, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

[...]

c) La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado “d” del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4º del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos

constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.”³

Como se ha podido apreciar, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que esta disposición contenida en una Ley constituye una regla inadmisibles para la propia Constitución pues ataca el núcleo duro del derecho al trabajo. En ese sentido, y además de tomar al despido arbitrario como un despido incausado tal como lo manifiesta el supremo intérprete de la Constitución en los fundamentos de la sentencia precedente, será un derecho para el trabajador elegir, de forma alternativa, entre una reposición o una indemnización cuando el caso se trate de alguno de estas clases de despido (el mismo a los ojos del propio Tribunal). Esta tipología será desarrollada a lo largo del presente capítulo.

1.3. PRINCIPIOS LABORALES CONSTITUCIONALES:

Tal como manifiesta Alonso García, los principios son "aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho"⁴.

De acuerdo a la perspectiva de Plá Rodríguez, los Principios del Derecho del Trabajo constituyen "líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos"⁵.

De acuerdo al artículo 26° de la Constitución Política del Perú de 1993, se establece claramente que:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter

³ STC del expediente N.° 1124-2001-AA/TC

⁴ GARCÍA, Manuel Alonso. Derecho del Trabajo, Barcelona, 1960, t. I, Pág. 247.

⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, Pág. 9

irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

Sin embargo, no podemos dejar de nombrar al principio rector sobre el cual se funda el derecho laboral, el principio tuitivo.

1.3.1. PRINCIPIO TUITIVO:

El principio protector dentro del derecho laboral, pues resulta ser la base de los principios laborales constitucionales debido a la naturaleza del derecho laboral mismo. Tiene como fundamento la posición de disparidad o desigualdad de posiciones existente entre el empleador y el trabajador, la cual se manifiesta en la subordinación que ejerce este hacia aquel.

Esta desigualdad puede manifestarse antes de iniciada la relación laboral (pues la gran mayoría de personas no tiene mayor poder de negociación respecto a las cláusulas del contrato de trabajo ya que básicamente se trata de un contrato de adhesión), durante su ejecución (por la existencia misma del poder de subordinación que tiene el empleador respecto al trabajador, pues 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 y una vez extinguida esta, tal como lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), así como luego de la extinción de esta relación laboral (por la dificultad que implica la consecución de los medios probatorios que puedan sustentar reclamos futuros pues estos se encuentran en poder del empleador).

1.3.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD:

Al respecto del principio en mención y además de lo señalado en el numeral 1) del artículo 26º de la Constitución Política del Perú, el artículo 2.2 de la misma carta señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

2.A la Igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

También llamado principio de equiparación, según el maestro Plá Rodríguez. Cabe realizar una diferencia entre lo que implican los conceptos de igualdad de trato e igualdad ante la ley, pues son dos conceptos diferentes. La igualdad ante la ley vincula al Estado, pues tiene como referente a la actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

“(…), al entender la Igualdad ante la Ley como consecuencia de la generalidad de la propia norma legal, (expresión además de una voluntad general) supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir protección de los derechos que este ordenamiento reconoce. Pero esa igualdad ante la ley va a producir efectos significativos en el plano de la puesta en ejecución de la propia ley, es decir, en el momento de la aplicación de la ley. La igualdad ante la ley será entendida como igualdad en la aplicación de la ley”⁶. (subrayado mío).

Ahora en relación a la igualdad de trato, “vincula a la autonomía privada en sus diversas exteriorizaciones, normativas o no normativas. Quedan comprendidas las decisiones unilaterales del empleador (no contratar o no promover o sancionar a un trabajador), de la organización sindical (no admitir, impedir la participación o separar a un afiliado), o de la autonomía colectiva (excluir de los alcances de un convenio colectivo o conferir ventajas mayores a unos trabajadores), ejemplos que quedarían proscritos si se hubieran adoptado arbitrariamente”⁷.

Dentro del principio de igualdad señalado en el artículo 26º de nuestra Carta Magna, se señala a la igualdad de oportunidades sin discriminación, pudiendo considerarse de manera amplia a las oportunidades para el

⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LÓPEZ, María. Igualdad y discriminación. Editorial Tecnos, Madrid, 1986. P.20.

⁷ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho laboral, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 108-109.

trabajador tanto al inicio de la relación laboral, así como en la ejecución de la misma y finalmente al momento de la finalización de la relación laboral, pudiendo la misma ser materia de reclamo debido a esta extinción, así como la protección brindada por el Estado frente a este reclamo formulado. Por tanto, la igualdad ante la ley señalada en el artículo 2.2. de la Constitución Política engloba al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación establecida en el artículo 26 numeral 1) de la misma Carta.

De acuerdo en lo establecido por el Tribunal Constitucional, este órgano autónomo nos señala que *“61. (...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.*

*62. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. En principio, debe precisarse que la **diferenciación** está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.*

63. Por otro lado, debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como

‘discriminación positiva o acción positiva –affirmative action–’. La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

64. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.

65. El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2º subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la

misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”⁸.

Finalmente veo conveniente señalar lo referente a este principio de Igualdad en base a diversos instrumentos internacionales, que gracias al Tribunal Constitucional en su STC del Exp. N.º 00027-2006-PI y a la capacidad de compilación de este órgano, tenemos a nuestro alcance:

Instrumento Internacional	Texto del artículo pertinente
§ Carta de Naciones Unidas	Artículo 55 “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al

⁸ STC Exp. 0048-2004-PI/TC

	<p>principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: (...) c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.</p>
<p>§ <i>Declaración Universal de Derechos Humanos</i></p>	<p>Artículo 2.1 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.</p> <p>Artículo 7 “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.</p>
<p>§ <i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i></p>	<p>Artículo 26° “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza,</p>

	<p>color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.</p>
<p>§ <i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i></p>	<p>Artículo 2.2 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.</p> <p>Artículo 3 “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”</p> <p>Artículo 7.a.i “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: <ul style="list-style-type: none"> i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones

	de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”
§ <i>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</i>	Artículo II “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.
§ <i>Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	Artículo 24° “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.
§ <i>Declaración de OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo</i>	“2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.
§ <i>Convenio N.º 111 – OIT, sobre discriminación (empleo y ocupación)</i>	Artículo 1º “A los efectos de este Convenio, el término <i>discriminación</i> comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión

política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

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

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

Artículo 2º “Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una

	<p>política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.”</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

1.3.3. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS LABORALES:

“Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18].

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de

claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley. Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N.º 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un “canje” sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede “despojarse”, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

Javier Neves Mujica [*Introducción al derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103] manifiesta que el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas. (...)”⁹

⁹ STC del Expediente N° 008-2005-PI/TC.

En este sentido, esta prohibición contenida en la Constitución Política tiene la finalidad de impedir que el trabajador se deshaga, se dimite, en perjuicio de él y de manera voluntaria, de derechos reconocidos por ella y por la ley. Es obligatorio, es de orden público que el trabajador pueda acceder a todos sus beneficios que el ordenamiento laboral peruano le asigna, no pudiendo dejar de percibirlos así sea de manera voluntaria, por decisión propia de él.

De acuerdo a los términos del maestro Plá, la irrenunciabilidad se distingue por “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio”¹⁰.

1.3.4. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN FAVORABLE AL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA INSALVABLE SOBRE EL SENTIDO DE UNA NORMA – IN DUBIO PRO OPERARIO

Respecto a este principio, tenemos que decir que pese a que se utilizaron cualquiera de los criterios de interpretación conocidos en el derecho en general (método literal, método de la ratio legis, método auténtico, método sistemático, etc) ninguno absuelve de manera categórica la duda que se tiene sobre el sentido de una norma de carácter laboral. Es en base a esta premisa que, ante tal situación, se va a elegir de todas esas interpretaciones realizadas por el operador, aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador.

Dicho de otra manera, “del abanico de posibilidades con las que cuenta el operador jurídico este elegirá, por el solo hecho de ser tal, la interpretación que sea más favorable -o menos perjudicial- a la parte trabajadora. Si se quiere, este principio convalida una elección arbitraria. Eso sí, dejamos en claro que, en este caso, el termino arbitrario no es sinónimo de injusto o insustentado, ya que la finalidad es proteger los intereses de la parte débil de la relación laboral y que se sostiene en el principio protector o tuitivo del derecho del trabajo”¹¹. De acuerdo a la STC del Expediente N° 0008-

¹⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 118

¹¹ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?. Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, febrero 2010, p. 63

2005-AI, se señala que: “la aplicación del principio in dubio pro operario está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes: a) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. b) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. c) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador. d) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador”.

1.4. LOS DOS GRANDES Y MÁS ANTIGUOS RÉGIMENES LABORALES EN EL PERÚ (276 – 728):

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el empleador puede ser tanto el Estado, como también un particular, por ende, se tiene que partir de esa premisa para poder establecer el régimen laboral de un trabajador. En la actualidad se puede distinguir entre regímenes laborales generales y especiales; sin embargo, para el tema en discusión es necesario enfocarnos solamente en los regímenes laborales generales. En la actualidad existe un desorden en cuanto a regímenes laborales se refiere, pues existen alrededor de 15 regímenes laborales entre las entidades del Estado, tanto generales como especiales en razón de que cada uno de estos contiene diversos derechos y obligaciones para los trabajadores estatales.

Empecemos señalando que los dos más grandes regímenes laborales en nuestro país son, en primer lugar, el régimen laboral de la actividad pública, más conocido como el régimen laboral de la carrera administrativa, regulada por el Decreto Legislativo N.º 276 publicado en el año 1984, y, en segundo lugar, el régimen laboral de la actividad privada, regulada por el Decreto Legislativo N.º 728, a partir de 1991. Sin embargo, a estos dos, en el año 2008, se le une un nuevo régimen, correspondiente a las entidades estatales, tal como el régimen laboral de la carrera administrativa, el famoso régimen laboral de la contratación administrativa

de servicios – CAS, regulado por el Decreto Legislativo N.º 1057 del cual, en la presente investigación, no se abordará.

¿Y de qué manera se determina el régimen laboral?

a) **Contrato de trabajo:** “las normas laborales no desarrollan una definición exacta del contrato de trabajo, como así lo hace la doctrina, sin embargo, el Decreto Legislativo N.º 728, que contiene la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala la presunción de este contrato a plazo indeterminado, cuando la prestación de servicios se realiza en forma remunerada y subordinada”¹².

De acuerdo a lo señalado por el Doctor Wilfredo Sanguinetti, el contrato de trabajo es “un convenio mediante el cual una persona física, (el trabajador) se obliga a poner a disposición y consecuentemente, subordinar su propia y personal energía de trabajo (su actividad) a la voluntad y fines de otra, física o jurídica (el empleador) a cambio de una remuneración”¹³.

Según el Dr. Bernuy Álvarez, se considera que “con el contrato de trabajo se inicia el vínculo laboral, generando con ello derechos y obligaciones de ambas partes. El contrato de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita; y el segundo, en los casos y con los requisitos que la ley establece”¹⁴.

Es en este sentido que, “el contrato de trabajo representa el vínculo laboral entre el trabajador y el empleador, siendo la formalización de dicho acuerdo en donde el trabajador pone a disposición del empleador, su energía de trabajo, es decir, su fuerza a fin de realizar los servicios prestados, a cambio de

¹² JIMENEZ CORONADO, QUISPE CARLOS, FERNANDEZ HUAYTA, PEREZ CARRAZCO, Manual Práctico laboral del Régimen de la Actividad Privada, Edit. Instituto Pacífico S.A.C. – Lima – 2015, pag. 14.

¹³ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al Derecho del Trabajo. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1988.

¹⁴ BERNUY ALVAREZ, Oscar. Contratación laboral. Informe publicado en la revista Actualidad Empresarial N° 293 – Segunda quincena de diciembre 2013. Página VI-1

recibir una remuneración. (...) El contrato de trabajo es el acuerdo entre el trabajador y empleador, por el cual el primero se compromete voluntariamente a prestar sus servicios bajo la subordinación del segundo, a cambio de una remuneración. De este modo, mediante la Casación N° 1581-97, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema precisa los elementos característicos del contrato de trabajo: El contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos substanciales, los cuales son la prestación personal de servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica. Destacando el segundo elemento que es el que lo diferencia sobre todo de los contratos civiles de prestación de servicios y el contrato comercial de comisión mercantil¹⁵.

- Prestación Personal: la prestación de servicios es personalísima (intuitu personae). “Intuitu Personae es un término usado en derecho para describir contratos por obligación. Proviene del latín y significa ‘Atención a la persona’, es usado para describir aquellos contratos hechos entre dos partes y en el cual se debe cumplir a cabalidad. Un ejemplo claro de Intuitu Personae es un contrato laboral; cuando una persona es contratada por una empresa o institución, recibe órdenes precisas y especificaciones de como se le será cancelado la labor que realizará, al firmar, el trabajador adquiere el compromiso de cumplir con lo establecido en dicho convenio¹⁶. De acuerdo a lo señalado por SANGUINETTI, “la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa

¹⁵ JIMENEZ CORONADO, QUISPE CARLOS, FERNANDEZ HUAYTA, PEREZ CARRAZCO, Manual Práctico laboral del Régimen de la Actividad Privada, Edit. Instituto Pacífico S.A.C. – Lima – 2015, pag. 14-15.

¹⁶ Esta información puede consultarse ingresando a la siguiente dirección web: <http://conceptodefinicion.de/intuitu-personae/> 20/05/17

(operae), la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (opus) que se independice de la misma”¹⁷.

- Subordinación: se manifiesta en el poder de dirección que tiene el empleador sobre el trabajador. Según lo establecido en el Informe N° 095-2004-SUNAT/2B00008, “(...) a fin de establecer la existencia de subordinación en la relación jurídica, el empleador deberá necesariamente contar con las siguientes facultades: normativa o reglamentaria, directriz y disciplinaria; ninguna de las cuales conlleva a afirmar que los elementos de exclusividad y/o permanencia en la prestación de los servicios sean características determinantes de la existencia de subordinación”.
- Remuneración: de acuerdo al artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se señala que “constituye remuneración para todo efecto legal, el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo, o refrigerio que lo sustituya o cena tienen naturaleza tributaria”. Según lo señalado por el Dr. Arce Ortiz, se precisa lo siguiente: “dado que la remuneración constituye la prestación empresarial dentro de la obligación laboral, la legislación peruana recoge un concepto claramente contractual de la remuneración. Solo la prestación de servicios del trabajador genera la correlativa prestación por parte del empleador de pagar una remuneración. Por el contrario,

¹⁷ SANGUINETI, Wilfredo. El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho de trabajo. Editorial Cuzco, Lima 1987

si no hay prestación de servicios, no se puede exigir su pago”¹⁸.

El contrato de trabajo tiene las siguientes características: “Es consensual, porque basta con el consentimiento de las partes para que el contrato de trabajo se perfeccione, es decir no requiere de ninguna formalidad para su validez (...). Es Oneroso, dado que la contraprestación del trabajador genera como contraprestación por su labor, el pago de una remuneración. El artículo 24º de la Constitución Política del Perú ha señalado que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual (...). Es Sinalagmático, por cuanto las prestaciones son recíprocas e interdependientes, el empleador imparte ordenes al trabajador y éste se obliga a acatarlas a cambio de una remuneración. Es personal, ‘intuito personae’, dado que el trabajador debe realizar personalmente la labor encomendada; sin embargo, no invalida esta condición si el trabajador es ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores. Es subordinado, el trabajador presta sus servicios bajo la 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. Es conmutativo, dado que las partes conocen las prestaciones que deben realizar desde el inicio de la relación laboral. El trabajador conoce la labor a que se ha obligado y el empleador la remuneración que va a generar la labor efectuada. Es bilateral, por cuanto

¹⁸ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Segunda edición actualizada. Lima, 2013. Editorial Palestra. Página 327.

reúne a dos partes (trabajador y empleador), los cuales se obligan con determinadas prestaciones. Es de tracto sucesivo, por cuanto su naturaleza es permanente, así se trate de un contrato indeterminado o determinado, lo cual no significa que, en el contrato de trabajo, no pueda existir modificaciones posteriores al inicio de la relación laboral, pues estas se pueden realizar cuando no sean sustanciales y sin afectar los derechos laborales del trabajador. Es principal, dado que no depende de otro contrato para su validez y eficacia”¹⁹.

b) Boleta de pago: Es uno de los medios por el cual se acredita el cumplimiento de la prestación en una relación laboral. Eso es, que la boleta de pago, confirma que el empleador ha hecho entrega de una remuneración al trabajador, como contraprestación de la labor que ha realizado. En la boleta de pago, deben registrarse los mismos datos que figuran en la planilla de pagos.

c) Reglamento Interno de Trabajo: son el conjunto de disposiciones obligatorias para trabajadores y empleadores en el desarrollo de los trabajos en una empresa o establecimiento. “Es un documento de suma importancia en toda empresa, debido a que se convierte en norma reguladora de las relaciones internas de la empresa con el trabajador. El Reglamento Interno de Trabajo, siempre que no afecte los derechos mínimos del trabajador, es una herramienta indispensable para resolver los conflictos que se llegaren a presentar dentro de la empresa, y es tan importante que, si no existiera, sería muy difícil sancionar a un trabajador por algún acto impropio, puesto que no habría ninguna sustentación

¹⁹ JIMENEZ CORONADO, QUISPE CARLOS, FERNANDEZ HUAYTA, PEREZ CARRAZCO, Manual Práctico laboral del Régimen de la Actividad Privada, Edit. Instituto Pacífico S.A.C. – Lima – 2015, pag.15-16

normativa o regulatoria que ampare una decisión sancionatoria”²⁰.

1.4.1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA:

La carrera administrativa en el Perú es un conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes de los servidores públicos que, con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública. Su objetivo es la incorporación de personal idóneo, garantizando su permanencia y desarrollo, sobre la base de méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones y dentro de una estructura uniforme de grupos ocupacionales y de niveles²¹. La carrera administrativa está regulada por la Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público²² y su reglamento²³.

Este régimen laboral tiene la característica de ser un régimen permanente, y sienta sus bases en cuatro principios:

- **Igualdad de oportunidades:** “es un principio basado en la idea de que una sociedad justa sólo puede lograrse si cualquier persona tienen las mismas posibilidades de acceder a unos mínimos niveles de bienestar social y sus derechos no son inferiores a los de otros grupos. Para ello, se establecen mecanismos que prohíben la discriminación por motivos de raza, sexo, etnia, edad, religión o identidad sexual”²⁴. “La Carrera Administrativa proporciona iguales oportunidades a todos los servidores, fijando anteladamente posibilidades y condiciones de carácter general e impersonal, que garantizan su desarrollo y progresión, sin que la dimensión de la entidad constituya factor limitante”²⁵.

²⁰ <https://www.gerencie.com/reglamento-interno-de-trabajo.html> 20/05/17

²¹ Decreto Legislativo N.º 276

²² Decreto Legislativo N.º 276 promulgado en 1984

²³ Decreto Supremo 018-85-PCM promulgado en 1985 y el Decreto Supremo 005-90-PCM promulgado en 1990.

²⁴ <https://definicion.mx/igualdad-de-oportunidades/> - 17/05/17

²⁵ Artículo 5º del Decreto Supremo N.º 005-90-PCM

- **Estabilidad:** “(...) significa la cualidad de poder permanecer en un lugar por mucho tiempo sin experimentar cambio alguno. La palabra estabilidad puede atribuirse a la firmeza o seguridad en un espacio o lugar determinado; o también a la ausencia de un conjunto de cambios y perseverancia o constancia en un periodo determinado”²⁶. “Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a ley”²⁷.
- **Garantía de nivel Adquirido:** se le reconoce al trabajador el nivel que ha adquirido producto de sus méritos.
- **Retribución justa y equitativa:** “En el ámbito del empleo y de la economía, la idea de retribución se asocia al dinero que recibe una persona por su trabajo. Dicho dinero es entregado por el empleador, que puede ser el Estado o una empresa privada, a cambio de ciertas actividades que debe desarrollar el trabajador. Cabe destacar que la relación empleador-empleado está regulada por un contrato de trabajo y por las leyes laborales: la retribución, por lo tanto, se enmarca en dichas normativas”²⁸. Justa y equitativa.

1.4.1.1. SERVIDOR PÚBLICO Y FUNCIONARIO PÚBLICO:

Dentro del régimen laboral público, es decir la regulada por el Decreto Legislativo N.º 276, podemos encontrar un término jurídico muy común que en definitiva forma parte del contenido que se regula mediante el texto normativo citado; esto es el concepto de “Servidor Público”. Creemos necesario realizar una distinción entre dos términos muy parecidos, pero funcionalmente diferentes; la de servidor público y la de funcionario público.

Empezaremos señalando que “el funcionario público es uno de los actores de mayor importancia dentro de la estructura burocrática estatal de nuestro país y tiene responsabilidad, ello si se tiene en cuenta la característica especial de su labor, frente a los órganos de control del

²⁶ <http://conceptodefinicion.de/estabilidad/> - 17/05/17

²⁷ Artículo 3º del Decreto Supremo N.º 005-90-PCM

²⁸ <http://definicion.de/retribucion/> - 17/05/17

Estado. Entonces el funcionario público es la persona que presta sus servicios al Estado, previo nombramiento (por ejemplo, el Gerente Regional de Educación del Gobierno Regional de Arequipa) o elección popular (por ejemplo, la Gobernadora Regional de Arequipa); a los funcionarios públicos la ley les otorga un poder de decisión con la finalidad de concretar los fines del interés social. Sin embargo, hasta aquí, aparentemente resulta muy claro el concepto de funcionario público; pero sin embargo nuestro derecho administrativo manifiesta notables dificultades para ofrecer un concepto válido y universal sobre lo que debe entenderse por funcionario público y podríamos atribuir estas dificultades, entre otras tantas, a la diferencia del significado vulgar del término funcionario público con el concepto jurídico, la equiparación que hacen algunos autores del término funcionario público con el de servidor público o empleado público, la imprecisión conceptual respecto de los autores que diferencian los conceptos de funcionario público o servidor público, a lo que se suma las diferentes definiciones del indicado concepto que hacen nuestras propias leyes; todo lo cual, determina que no exista un concepto universal, por lo menos, a nivel de jurisdicción interna, de funcionario público. (...). Sólo a manera de referencia se precisa la clasificación doctrinal de los funcionarios públicos. Así tenemos: Según la finalidad de su labor: funcionarios de Procuración y de Administración: siendo los primeros los que poseen facultades de "imperium" o mando sobre los demás. Según su modalidad de contratación: funcionarios de carrera y de contratación, donde los primeros tiene una vinculación estatutaria con la Administración pública y gozan de los derechos y privilegios legales (titulación, permanencia, retribución a cargo del presupuesto estatal, ascensos, previsión social), mientras que los segundos (generalmente eventuales o suplentes), en constante incremento, son contratados por tiempo determinado, no gozan (por lo general) de vacaciones, previsión social, etc. Según su ámbito territorial: funcionarios nacionales o locales, de gobierno central, regional, comunal. Según el régimen jurídico administrativo de carrera al que pertenecen: pueden ser funcionarios de régimen general, y de regímenes especiales (por

ejemplo, el personal militar y policial, los Magistrados judiciales y fiscales, los funcionarios de los organismos autónomos, los funcionarios municipales, entre otros).

Así también podemos mencionar otras clasificaciones: tales como los funcionarios políticos: (los electos por votación popular: Presidentes, Vice presidentes, Congresistas Alcaldes, etc.), de confianza política o técnica (cubren puestos de gran importancia y de decisión: Vice Ministros, Directores Generales, Secretarios de Estado, Secretarios generales, Administradores, etc.), funcionarios interinos (quienes cubren plazas temporalmente o hasta que desaparezca la causa que le dio origen), funcionarios accesorios (quienes por disposición legal cubren puestos a la muerte o vacancia de los titulares). Funcionarios de iure (legítimamente investido) funcionarios de facto o de hecho (adolecen de deficiencias o irregularidades en el título que sustenta la calidad de funcionario público o simplemente este título ha fenecido).

Estas clasificaciones, no ofrecen mayores problemas, ello si se tiene en cuenta lo prescrito por el artículo 425 del Código Penal, pues en su tipología maneja criterios amplios y abiertos de funcionario. Sin embargo, la cuestión surge respecto de los conceptos desarrollados en el derecho administrativo. (...) ²⁹.

Hasta este punto se tiene claro lo que implica el concepto de Funcionario Público y su tipología. Ahora es necesaria establecer la diferencia existente con el concepto de Servidor Público. Para ello se precisa que, “(...) en algunas legislaciones comparadas se diferencia entre los conceptos de funcionario público y empleado público y entre estos y el concepto de servidor público (como por ejemplo la legislación colombiana) y en otras legislaciones los referidos conceptos resultan de significado idéntico (como por ejemplo la legislación argentina) (1) Esta dificultad que encierran los diferentes significados aún no han sido

²⁹ LAURA ORTIZ Luis Neiser, Los Funcionarios o Servidores Públicos En El Código Penal, Revista Electrónica del Trabajador Judicial – Judiciales produciendo ideas. <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/los-funcionarios-o-servidores-publicos-en-el-codigo-penal/> 22/05/17

superadas en el ámbito legislativo, lo que explica el desorden y la diferencia de terminología existente a nivel de sistemas jurídicos. ‘Servidor público’ tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase “empleado público”. Atendiendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamiento del estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, según la opinión mayoritaria, existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos. En definitiva, un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. Debiendo tenerse en cuenta que el término de empleado público es idéntico en significado al de servidor público. (...)”³⁰.

Trabajadores de Dirección y Confianza: Habiendo establecido la diferencia entre Funcionarios y Servidores Públicos (también considerados en nuestro país como empleados públicos), es necesario precisar que, en la tipología de funcionarios públicos de carrera y de contratación, se ha establecido que los primeros gozan de mayores derechos laborales a diferencia de los segundos. Es por ello que, en cuanto a la protección frente al despido en relación a los funcionarios públicos de contratación, (pudiendo, este tipo de funcionarios públicos, ser considerados como trabajadores de confianza o de dirección), el Artículo 43º del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, precisa que el trabajador de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el

³⁰ *Ibíd*em

resultado de la actividad empresarial. Mientras que el trabajador de confianza es aquel que labora en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la Sentencia Nro. 3501-2006-PA/TC, considerando quinto preciso que:

(...) los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general.

Al respecto, Néstor de Buen considera que “El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...).³¹

Además, en el fundamento once se señala que:

“Es de la misma opinión este Colegiado, que estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores “comunes”, tales como: a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial. b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que

³¹ De Buen, Néstor. Derechos del trabajador de confianza. *Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2000, pp. 14 y 15

lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal. d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador. e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42° de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita. f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley. g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza y en caso ser personal de dirección este puede ser extendido hasta por un (1) año, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza. h) No tienen derecho al pago de horas extras, pues el artículo 5 del Decreto

Supremo N.° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, establece que el personal de dirección se encuentra excluido de la jornada máxima legal. De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, conforme al Decreto Supremo N.° 004-2006-TR en su artículo 1 último párrafo. i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo N.° 012-92-TR, en su artículo 24, establece: “La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N.° 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios”.

1.4.1.2. LA PROTECCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS SUJETOS A LA CARRERA ADMINISTRATIVA (D.LEG. N.° 276).

La Ley N.° 24041 establece en su artículo 1°: “Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15° de la misma ley.”. Precisa, además, en su artículo 2°: “Que no están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar: 1.- Trabajos para obra determinada. 2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada. 3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración. 4.- Funciones políticas o de confianza”. El Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, regula el Régimen Disciplinario del servidor público, estableciendo en su artículo 28° las faltas de carácter disciplinario que según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo

proceso administrativo: “Son **faltas** de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento; b) La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores; c) El incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior del personal jerárquico y de los compañeros de labor; d) La negligencia en el desempeño de las funciones; e) El impedir el funcionamiento del servicio público (...).

En este sentido, aquellos trabajadores sujetos al Decreto legislativo N°. 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa se encuentran protegidos a través de la Ley N° 24041, en exclusividad hacia este régimen laboral.

1.4.2. RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA:

Este régimen laboral se rige por el Decreto Legislativo N°. 728 con fecha de publicación 27 de marzo de 1997, con la finalidad de afrontar la crisis económica de aquella época por parte de los empresarios en nuestro país. De alguna manera se relativizó el principio de estabilidad laboral existido hasta ese entonces, pues con esta nueva normativa se pudo celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental, de obra o servicios. Asimismo, las causales de extinción de contrato de trabajo se hicieron mucho más amplias. “Este decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado centrada en la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas. De esta manera, se permitió a las entidades públicas responsables del régimen monetario, del control de la inflación y del déficit fiscal, así como de la regulación general de los mercados (inversión,

competencia y propiedad intelectual) aplicar el régimen laboral de la actividad privada, creándose, así, las denominadas islas de eficiencia”³². En este régimen se tiene como principios fundamentales los contenidos en la Constitución Política del Perú, así como los contenidos en el Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 728.

Para efectos del presente informe de investigación, lo señalado en líneas posteriores será referente al régimen laboral de la actividad privada, es decir la regulada por el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (Decreto Legislativo N.º. 728).

1.5. LA ESTABILIDAD LABORAL

“En nuestro país, el derecho de estabilidad en el trabajo nació por disposición de la ley: el Decreto Ley 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970, instituyó un régimen de estabilidad laboral absoluta, invocando como su principal fundamento el “derecho al trabajo” proclamado en el artículo 213 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada por la Resolución Legislativa N°13282. El ámbito de esta ley comprendió a los “trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas” (art.1), configurándose, con ello, un régimen común o general de estabilidad laboral, que se mantuvo, con variantes en su contenido, bajo las leyes posteriores.

El derecho lo adquiría el trabajador, obrero, o empleado, al cumplir el periodo de prueba de tres meses, tradicional en nuestra legislación laboral. Adquirida la estabilidad laboral, el trabajador no podía ser despedido sino por las causas señaladas en la ley; falta grave, reducción de personal por causas económicas o técnicas o por liquidación de empresa. La falta grave estaba taxativamente enumerada en la ley (art. 2) y en el caso de considerar injustificado el despido el trabajador podía elegir entre dos posibles vías impugnatorias; la acción de reposición, destinada a lograr la preservación de la relación de trabajo, o la acción

³²

<http://files.servir.gob.pe/WWW/files/biblioteca/SERVIR%20-%20EI%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF> 20/05/17

indemnizatoria, cuya pretensión era obtener una compensación económica equivalente a tres meses de remuneraciones, aceptando el hecho del despido, pero no su justificación. (...).

Luego de poco más de 7 años de vigencia, el D.L. 18471, que introdujo por vía legislativa, el derecho de estabilidad laboral en el Perú, fue derogado y sustituido por el Decreto Ley N°22126, vigente a partir del 21 de marzo de 1978. La diferencia fundamental entre el régimen de estabilidad establecido por esa ley y el que ella modificó, radicó en la adquisición del derecho de estabilidad laboral absoluta, la cual fue condicionada al cumplimiento de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador (art. 2.b). Con ello, se creó un periodo adquisitivo de la estabilidad, intermedio entre el vencimiento del periodo de prueba, que se mantuvo en tres meses, y la adquisición de la estabilidad (en concreto 2 años y 9 meses) durante el cual el trabajador podía ser despedido sin causa justificada mediante un preaviso que el empleador debía cursarle noventa días antes de la fecha del cese. (...).

El trabajador que cumplía tres años de servicios continuos adquiría el derecho de estabilidad laboral absoluto pues, en adelante, solo podía ser despedido por falta grave, o al sobrevenir causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor a las que se refirió la ley como 'situaciones excepcionales'. (...)³³.

Actualmente, la estabilidad laboral ha retomado el espíritu con la que esta figura nació en nuestro ordenamiento, estableciéndose que nadie puede ser despedido sino por causa justificada relacionada con su conducta o con su capacidad, luego de un periodo de prueba cuyo plazo máximo es de tres meses para el caso de trabajadores en una situación normal, seis meses para personal de confianza y hasta un año para el personal de dirección. Antes de la sentencia del caso FETRATEL, la estabilidad laboral era protegida de modo resarcitorio, pues solamente procedía, para el caso de despidos arbitrarios, la posibilidad de una indemnización por despido arbitrario, no otorgándosele el derecho al trabajador de solicitar la reposición, así lo establecía el TUO de la Ley de Productividad y

³³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, "El despido en el Derecho Laboral Peruano" Tercera Edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013, p. 129-131

Competitividad laboral (Decreto Legislativo N° 728). Posteriormente, como ya se ha señalado, la protección a la estabilidad laboral retornó a, como ésta nació, con la posibilidad de solicitar la reposición como medida de protección, alternativamente a una vía resarcitoria, teniendo en cuenta que en regulaciones anteriores no existía una distinción clara entre las diversas clases de despido.

Finalmente, el propio Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante del caso Baylón Flores señala en su fundamento 7 que:

“(...). En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”.

1.5.1. EL DESPIDO:

- Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato³⁴.

Respecto a la causalidad del despido, se tiene que, “Como consecuencia de la tendencia generalizada de los ordenamientos laborales a limitar la facultad de despido del empleador como mecanismo de protección del trabajador ante la posibilidad de que esta sea ejercida en forma arbitraria o discrecional, se ha introducido la exigencia de que aquel se base en una causa justa, sin la cual dicho acto extintivo carecerá de validez y eficacia³⁵. De lo cual se puede inferir que, así como en la mayoría de legislaciones occidentales, el despido es casual. Debe existir causa justa

³⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Derecho del Trabajo” 11° edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 446.

³⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El despido en el Derecho Laboral Peruano” Tercera Edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013, p.67

para que el despido surta efectos, y esa causa justa debe estar establecida claramente en la normatividad laboral.

En nuestra legislación, el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del D. Leg. N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), señala en su artículo 16º que las causas de extinción del contrato de trabajo son: a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural; b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador; c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador; e) La invalidez absoluta permanente; f) La jubilación; g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley; (...). Asimismo, este mismo cuerpo legal indica en su artículo 22º que

“para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

Por otra parte, el artículo 23º de la misma Ley (LPCL) establece que:

Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Por su parte, el artículo 24º de dicha Ley, señala que:

“Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: a) La comisión de falta grave; b) La condena penal por delito doloso; c) La inhabilitación del trabajador”.

Finalmente, en el artículo 25º de la LPCL, se establecen categóricamente las faltas graves:

“Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta; b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa; c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor; d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o

utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal; e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo; f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente; g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta; h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones”.

Luego, el artículo 31° señala que:

“El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez”.

Y finalmente el artículo 32° en mención, establece que:

“El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos. El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite”.

Básicamente lo extraído de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral líneas arriba constituye el procedimiento y las causas por las que el empleador, dotado de una facultad unilateral, puede iniciar un procedimiento de despido hacia uno o más trabajadores, y de incumplirse éste, los efectos que podría generar el procedimiento no tienen validez legal. No obstante, los artículos 25°, 31° y 32° de la Ley de Productividad

y Competitividad Laboral han sido inaplicados (para el sector público) por la Ley del Servicio Civil N° 30057, de acuerdo a la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC, aprobada por la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE, en cuyo punto 4.1. se señala que “«4.1. La presente directiva desarrolla las reglas procedimentales y sustantivas del régimen disciplinario y procedimiento sancionador y es aplicable a todos los servidores y ex servidores de los regímenes regulados bajo los Decretos Legislativos 276, 728, 1057 y Ley N° 30057, (...)”, pues si bien, la Ley del Servicio Civil es de aplicación progresiva en el Sector Público a modo de integración de los diversos regímenes laborales generales existentes, el procedimiento disciplinario sancionador se viene aplicando a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada en el sector público, recurriendo al artículo 85° de dicha ley sobre faltas graves dentro del servicio civil, tema que no es materia de análisis en la presente investigación.

1.5.2. CLASIFICACIÓN DE DESPIDOS:

En nuestro ordenamiento jurídico laboral contamos con seis tipos de despido, siendo estos el despido justificado, el despido nulo, el despido arbitrario, el despido incausado, el despido fraudulento y el despido indirecto; constituyendo, el despido justificado, como aquel en el que es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada sin más comentario que realizar.

a) DESPIDO NULO:

Como ya se ha visto, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral admite con el carácter de excepcional una protección restitutoria del trabajador a su puesto, cuando se demande u acredite la existencia de un despido nulo, tal como lo establece el artículo 34° de la mencionada norma.

“Se ha configurado un modelo dual de protección, diferenciados en función a la intensidad de tutela que les reconoce el ordenamiento jurídico. El primero, corresponde al despido calificado como ‘arbitrario’, al cual se

otorga una tutela 'resarcitoria' que se traduce en el derecho del trabajador a ser indemnizado, sin que proceda su reposición o readmisión. El segundo, se otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, y se traduce en una tutela 'restitutoria' que comporta el derecho del trabajador a la reposición en su trabajo"³⁶. Ojo esto hasta antes de la publicación de la sentencia del caso FETRATEL en el año 2002.

“La nulidad del despido solo procede cuando este obedece a motivos cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador. Se establece entonces una diferencia con el 'despido arbitrario' pues en este 'falta' la causa justa de despido – por no haberse demostrado en juicio la invocada por el empleador o no haberla alegado este como sustento de su decisión-, mientras que en el despido nulo 'existe' una causa, pero esta es recusada por el ordenamiento jurídico por implicar una vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano”. (...). En la determinación de los motivos de nulidad, se pueden advertir en los ordenamientos laborales, dos orientaciones diferentes: un sentido amplio, que vincula dichos motivos con la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, y un sentido restringido para el cual los motivos de nulidad del despido son únicamente aquellos que la ley enumera. (..).

“La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al introducir la figura de la nulidad del despido, ha desechado considerar, de modo genérico, la lesión de los derechos constitucionales como motivo de aquella y ha optado por enumerar en el Art. 29, los motivos específicos por los cuales el despido se reputa nulo.

Tales motivos corresponden *mutatis mutandi* a los que enumera el Art. 5 del Convenio 158° (...). 'que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo'. (...). “la opción del legislador nacional a favor de una lista numerus clausus resulta evidente, si se tiene en cuenta que por vía reglamentaria se exige que el trabajador que demande la nulidad del despido invoque expresamente cuando menos

³⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El despido en el Derecho Laboral Peruano” Tercera Edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013, p. 356

uno de los motivos a que se refiere la ley (...).” Lo mismo refiere la CASACIÓN N° 1037-2005-Tumbes, en que la nulidad de despido solo puede sustentarse en los supuestos que en numerus clausus tipifica el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728.

Estos son:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; esto debido a la protección eficaz del derecho de libertad sindical, que tiene una doble perspectiva, i) individual pues el trabajador de manera libre puede afiliarse a un sindicato y realizar actividad dentro de este, y ii) colectiva pues el sindicato en su conjunto tiene puede constituirse y auto-organizarse para ejercer sus actividades de manera libre.
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25°;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previo al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Podemos observar que, haciendo una comparación con lo establecido en el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, las causales señaladas líneas arriba son muy similares. Así, este convenio señala en su artículo 5° que: “Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

- (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;

- (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
- (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”.

Lo cual demuestra que se ha tomado en cuenta esta norma internacional al momento del desarrollo del decreto legislativo analizado.

b) DESPIDO ARBITRARIO:

La OIT, respecto al tema de estabilidad en el empleo, a través de su recomendación del año 1963 relativa a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establecía que: “no deberá procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”.

En contraposición a un despido legítimo, legal, o justificado, está la idea de un despido arbitrario.

Es necesario señalar que la palabra arbitrario “se orienta a recoger el conjunto de conductas empresariales articuladas dañosamente por el dueño de la fábrica para utilizar abusivamente el derecho a despedir, así como el hábil curso de las técnicas jurídicas para contrariarle. En la arbitrariedad del despido, se cuestiona no el derecho a despedir, cuyo aval nace de la libertad de empresa, sino el derecho a despedir abusivamente, esto es, la prohibición del derecho a no despedir más allá de los límites permitidos por el Derecho que se armoniza, de manera puntual, con la exigibilidad de alguna justificación. No por nada este derecho, conectado al derecho del trabajo, exige la justeza de la causa

para avalar la ruptura laboral como técnica de desvinculación en el empleo”³⁷.

De esta manera, el Tribunal Constitucional en su STC Exp. 2541-2002-AA/TC señala lo siguiente:

“Consecuentemente, y en virtud de la precitada norma, no podía ser destituido en forma unilateral por la emplazada, sino por las causas previstas en los artículos 16º, 22º y ss del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y con sujeción al procedimiento establecido en él, por lo que al haber sido despedido sin observarse tales disposiciones, se han vulnerado sus derechos del trabajo y al debido proceso”.

En tal sentido, en el despido arbitrario no existe la causa justa de despido por no haberse demostrado en juicio la misma por el empleador o no haberla alegado este como sustento de su decisión; y como ya lo señalamos, las causas justas de despido están contempladas en artículo 22º y siguientes del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

c) DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO:

Tanto el despido incausado como el despido fraudulento son tipos o modalidades del despido arbitrario los cuales deben su existencia (taxativamente) a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional.

En esta sentencia del Exp. N.º 976-2001-AA/TC, caso de Eusebio Llanos Huasco, al desarrollar los alcances del derecho constitucional reconocido en el artículo 27º (“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”) de la Constitución, el tribunal Constitucional

³⁷ HUAMAN ORDOÑEZ, Lus Alberto – GACETA JURÍDICA; El despido Laboral – Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento, Primera Edición - Noviembre 2014, Gaceta Jurídica S.A. p. 98

considera una categoría de despido denominada **despido incausado**, siendo que en el fundamento 15, literal b) se señaló que:

“Se produce el denominado despido incausado, cuando: Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”.

“De esta forma un despido se configurará como justificado o injustificado en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión de causa o sin ella, es decir, cuando se indican (o no) los hechos que motivan y justifican la extinción de la relación laboral. Entonces, el despido será legítimo solo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso”³⁸.

Asimismo, señalando en su fundamento 15 literal c), que se produce el denominado **despido fraudulento**, cuando:

“Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con

³⁸ VITTERI GUEVARA, Julissa Magaly – GACETA JURÍDICA; El despido Laboral – Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento – “Tratamiento jurisprudencial del despido incausado”, Primera Edición - noviembre 2014, Gaceta Jurídica S.A. p. 169

vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas".

Respecto a la imputación de hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, se puede decir que “el trabajador es responsable de las conductas que realice durante la ejecución de sus labores. La correspondencia entre la conducta realizada y la responsabilidad imputada es precisamente el presupuesto que limita el poder disciplinario del empleador”³⁹. Es decir, tal cual lo señala el jurista Arévalo Vela, que “este poder disciplinario debe ser ejercido con razonabilidad”⁴⁰, que no es otra cosa que la correspondencia señalada líneas arriba. Del mismo modo, este supuesto implica que aquella inexistencia, falsedad o imaginación de hechos que el empleador le imputa al trabajador, en base a su poder de dirección, sean manifiestamente notorios, es decir, dicho de otra manera, que sea evidente que el trabajador de algún modo sea el autor de los hechos por lo cual el empleador tomó tal decisión de despedirlo.

Respecto a que este tipo de despido involucre una vulneración al principio de tipicidad, teniendo en cuenta que la palabra tipicidad significa “Cualidad del comportamiento o conducta que está descrito en la norma, estando por ello, regulada y/o descrita en el ordenamiento jurídico”⁴¹, “el empleador se encuentra limitado a basar su decisión de despido únicamente en aquellas causales taxativas descritas en los artículos antes indicados – art. 22º y siguientes de la LPCL -. En el caso que el empleador imputase al trabajador una causal no contenía en estos artículos, nos encontramos ante un supuesto de quebrantamiento del principio de tipicidad.

³⁹ DE LA CRUZ CARPIO, Marlon Humberto – GACETA JURÍDICA; El despido Laboral – Despido Nulo, Arbitrario, Incausado y Fraudulento – “El Despido Fraudulento y su Impugnación”, Primera Edición - noviembre 2014, Gaceta Jurídica S.A. p. 15

⁴⁰ AREVALO VELA, Javier; Derecho del trabajo individual, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima, 2012, p.119

⁴¹ http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=T 31-05-17

En relación a esta clase de despido con vicios de la voluntad, se tiene que tener en cuenta que “para que exista voluntad jurídica, se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y libertad) y externos (manifestación). Con la concurrencia de los elementos internos queda formulada la voluntad real o interna o psicológica, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada”⁴². No obstante, y debido al carácter tuitivo del derecho laboral, no siempre es imperativo presumir que la voluntad manifestada por el trabajador concuerda con la voluntad interna del mismo, pues podría pasar que el trabajador pudo haber sido condicionado por diversos factores de carácter externo, los cuales hicieron que su voluntad se distorsione en perjuicio propio. Y respecto a estos vicios de voluntad, los constituyen el error, el dolo, la violencia y la intimidación. Por tanto, si la voluntad del trabajador contiene alguno de estos vicios señalados, el despido que se produjo también constituye fraudulento.

En el caso de la fabricación de pruebas, la falta grave que pueda imputar el empleador al trabajador debe encontrarse sustentada en pruebas de tal modo que el trabajador tome conocimiento en forma objetiva y real. Por ejemplo, de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional se puede identificar un supuesto material en que al trabajador se le imputa faltas graves basadas en declaraciones testimoniales de trabajadores subordinados también al empleador y controlados por este (STC Exp. N.º 02844-2013-PS/TC), en este caso, si bien existe el hecho material (supuestamente), este ha sido obtenido mediante la creación o manipulación de esta prueba a conveniencia del empleador.

Finalmente, respecto al despido fraudulento basado en la contravención de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida disciplinaria, se tiene que el hecho material existe, reviste de suficientes motivos para que el trabajador merezca una sanción disciplinaria, se ha respetado el procedimiento de despido establecido en la norma, se ha reconocido los hechos, pero no se ha reconocido la trascendencia o gravedad de este

⁴² TORRES VASQUEZ. Anibal; Acto Jurídico, 2da edición; Editorial Idemsa, Lima, 2001, p.103

hecho. La responsabilidad no es tal como para imponerle al trabajador la sanción recibida por este.

Asimismo, concordando el fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente número 976-2001-AA/TC del caso Eusebio Llanos Huasco con los fundamentos 7 y 8 de la sentencia recaída en el expediente número 0206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores), que tiene el carácter de precedente vinculante, **el despido incausado y el despido fraudulento pueden conllevar a la reincorporación del trabajador al centro laboral**; en aplicación de la jurisprudencia vinculante. Del mismo modo, en el fundamento 20 de este precedente se señala que *“Aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el procedo de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”*.

d) DESPIDO INDIRECTO:

“Esta causal de término del contrato de trabajo también encuentra su origen en la decisión del trabajador, como en la renuncia. Sin embargo, la situación aquí es muy diferente, pues el trabajador se ha visto forzado a poner término a su contrato por culpa de su empleador.

En líneas generales es el despido que se produce como consecuencia de un acto de hostilidad que no ha sido materia de enmienda por parte del empleador a pesar del requerimiento por escrito del trabajador, frente a lo cual este se da por despedido remitiéndole para tal efecto una carta a su

empleador, siendo por ello una figura peculiar de despido ya que es el mismo trabajador, quien frente a la inercia en el cambio de conducta de su empleador con la finalidad de dejar sin efecto el acto de hostilidad, no le queda otra opción al trabajador que provocar la finalización del vínculo laboral”⁴³.

Es así que tenemos la normatividad pertinente:


El artículo 30 del Decreto Supremo 003-97-TR, Ley del Productividad y Competitividad Laboral, TUO del Decreto Legislativo 728, señala: “*Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. h) Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia. (párrafo adicionado por la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 27942). El trabajador, antes de accionar judicialmente, deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso” (Subrayado del juzgado).*

⁴³ <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/DESPIDO-INDIRECTO-PERU/492717.html> 05/06/17

Asimismo, el Artículo 35° del Decreto Supremo 003-97-TR establece expresamente que “...*El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30° de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o, b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38° de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle...*”.

Finalmente, para definir a un acto de hostilidad, debemos tener en cuenta lo señalado por la jurisprudencia siguiente:

La **Casación Laboral N° 7159-2014 ICA** de fecha diecisiete de agosto de dos mil dieciséis, señala al respecto: “(...) **Sexto.-** *Resulta innegable que el acto de hostilidad se produce en el momento en que el empleador, con un determinado accionar, ocasiona al trabajador algún perjuicio previsto en la norma pertinente. En términos generales se considera como actos de hostilidad a aquellas conductas del empleador que implican el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo y que pueden dar lugar a su extinción.*”



CAPÍTULO II: EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL PERÚ.

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE MÁXIMO DE LA CONSTITUCIÓN:

La Constitución Política del Perú en su artículo 201° señala que: *“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. (...)”*.

De la misma forma, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo define en su artículo 1° como:

“(...) el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

De acuerdo a varios autores, dentro de ellos Favoreu, define al Tribunal Constitucional como “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”⁴⁴. De la misma manera, Ferrer Mac-Gregor define al Tribunal Constitucional como el “órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental”⁴⁵.

Es en base a estas dos definiciones que se puede concluir que el Tribunal Constitucional es un órgano autónomo de naturaleza jurisdiccional, sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta naturaleza no lo hace parte o integrante del Poder Judicial, pues aquel es un órgano jurisdiccional autónomo de este, ambos creados para fines jurisdiccionales, pero no del mismo nivel por decirlo de algún modo. El Tribunal Constitucional centra su atención en temas netamente de naturaleza constitucional, claro, el Poder Judicial también, a través de las acciones de amparo, habeas corpus, habeas data, acción de cumplimiento; sin embargo, estas acciones pueden concluir en última instancia en el Tribunal Constitucional por tratarse finalmente del máximo intérprete de la Constitución y por tratarse de derechos de carácter constitucional, de tal forma que una acción de inconstitucionalidad solamente puede ventilarse mediante un proceso constitucional, pero directamente ante el Tribunal Constitucional por ser la misma Constitución, según la pirámide de Keynes, el mayor instrumento normativo en un ordenamiento jurídico, la que se encuentra en cuestión.

Asimismo, vale la pena analizar lo señalado por Leibholz referente a que “bajo cada litigio Constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de poder”⁴⁶. Pues es claro que

⁴⁴ FAVOREU, Louis, “Los Tribunales Constitucionales”, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13. Citado por CARPIZO, Jorge. Id., p. 19.

⁴⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional”, México, Porrúa y CNDH, 2004, p. 37.

⁴⁶ LEIBHOLZ, Gerhard, “Problemas fundamentales de la democracia moderna”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 149. Citado por: LANDA ARROYO, César. Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...) Ob. Cit, p. 44.

las decisiones que adopta el Tribunal Constitucional muchas veces tienen un impacto en la política del Estado. Sin embargo, no podemos decir que este órgano autónomo es de naturaleza política, “sino que los casos que le son dados tienen connotaciones político - jurídicas, que determinan que muchas de sus sentencias generen impacto y trascendencia política. Por lo tanto, el control que ejerce el Tribunal Constitucional no es un control político, sino jurídico”⁴⁷.

De acuerdo a lo señalado por el mismo Tribunal Constitucional en su página web, tenemos que “Al Tribunal Constitucional se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, como supremo intérprete de la Constitución, cuida que las leyes, los órganos del Estado y los particulares, no vulneren lo dispuesto por ella. Interviene para restablecer el respeto de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.

El Tribunal se compone de siete miembros elegidos por el Congreso de la República por un período de cinco años. No hay reelección inmediata.

Atribuciones del Tribunal Constitucional:

Conforme al artículo 202º de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, el proceso de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Los procesos constitucionales:

⁴⁷ ACUÑA CHAVEZ, Araceli, Tesis: “Funciones Y Competencias Del Tribunal Constitucional Peruano”, PUCP, Lima, 2014, p. 23

El Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, regula los procesos constitucionales previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3), de la Constitución. Se pueden distinguir siete procesos constitucionales:

1. Proceso de Hábeas Corpus.
2. Proceso de Amparo.
3. Proceso de Hábeas Data.
4. Proceso de Cumplimiento.
5. Proceso de Inconstitucionalidad.
6. Proceso Competencial.
7. Proceso de Acción Popular.

Los procesos constitucionales se clasifican en función del objeto de protección de cada uno de ellos. Existen tres clases:

- Procesos de tutela de derechos: Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales. Corresponden a este tipo de procesos: el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento.
- Procesos de control normativo: Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de Ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de rango inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección (sistema de fuentes prescrita por nuestra Constitución Política).
- Proceso de conflicto competencial: Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, los órganos constitucionales y a

los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Aquí se encuentra el proceso competencial”⁴⁸.

Teniendo en cuenta que los procesos constitucionales están desarrollados ampliamente en el Código Procesal Constitucional y en esta ocasión no son materia de análisis a fondo por no ser el tema en cuestión.

2. EL PRECEDENTE VINCULANTE:

2.1. ANTECEDENTES:

La figura del Precedente Vinculante nace en el siglo XVIII en Inglaterra, pues fue Blackstone el autor en ocuparse de este principio en sus ‘*Commentaries*’ (1979), al señalar de forma expresa que “ es una regla establecida (established rule) la de atenerse a los precedentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en el litigio: para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no se sujeta a la variación con la opinión de cada nuevo juez; también porque el derecho solemnemente declarado y determinado en este caso, que antes era incierto o quizás indiferente, se ha convertido ahora en una permanente *rule* que no puede ser alterado o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados, (...) él no ha sido considerado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo”⁴⁹. Además, es de señalar que esto nace a partir de la jerarquía de la principal fuente del derecho en el mundo anglosajón, la cual es la jurisprudencia, a diferencia del derecho europeo, que, debido a la influencia clara del derecho romano, la principal fuente es la ley. En el sistema europeo cada juez puede resolver el caso que se ventila en su juzgado en base a la forma que considere más conveniente e incluso puede apartarse de la jurisprudencia mayoritaria siempre que emita un fallo que se ajuste a derecho debidamente motivado.

⁴⁸ <http://www.tc.gob.pe/tc/public/institucion/acercade> - 06/06/17

⁴⁹ Blackstone, sir William, *Commentaries on the Laws of England*, 15th ed., printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, London, 1809. Libro Primero, pp.68-69. CITADO POR TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*, Adrus D&L Editores S.A.C., primera edición, 2009, Lima, p.33.

Entonces, ¿cómo es que una figura que proviene del derecho anglosajón (common law) puede estar inserta en nuestro ordenamiento cuyo sistema proviene del derecho romano-germánico (civil law)?

Teniendo en cuenta lo señalado por Graziadei: *“muy usualmente, aquellos que señalan la existencia de un trasplante legal como un medio por el cual cambios legales se producen son confrontados con la respuesta que la única elección real existente es entre rechazo y asimilación. Esto asume que algo foráneo no puede realmente ser parte, a menos que sea completamente asimilado. Hasta ese momento, lo que es tomado prestado funciona como un irritante. Sin embargo, una vez la asimilación se ha logrado, los elementos foráneos no son más aparentes, se ha ido como un trasplante”*⁵⁰. En el caso de nuestro país, aun no se tiene claro si es una figura que poco a poco está siendo asimilada o si ya puede ser considerado como un trasplante. Definitivamente que rechazo no puede ser por la sencilla razón de que desde el 2004 (cuando se emitió el primer precedente constitucional vinculante y a la vez el año en el que obtuvo vigencia el código procesal constitucional) hasta la actualidad el Tribunal Constitucional ha venido emitiendo precedentes vinculantes sin mayor dificultad. Claro, eso no lo exime de que existan sectores que critiquen los precedentes vinculantes, la crítica siempre existirá en instituciones de este tipo, sin embargo, no se hallan manifestaciones claras y directas de rechazo por parte de la doctrina, la costumbre ni de la ciudadanía. Además, teniendo en cuenta el dinamismo del Derecho en el que cada problema debe resolverse caso por caso, resulta muy limitado pensar que solamente en base a la ley (y sus equivalentes) -civil law- es que se resuelvan las cuestiones, sin tener en cuenta principios, valores, razones teleológicas que pueden ser incorporados a una decisión y que se plasman en un precedente.

2.2. NATURALEZA:

⁵⁰ GRAZIELE, Michele, “Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge” En: Theoretical Inquiries in Law Vol. 10, N°2, 2009, p.727.

Se habla de ‘precedente’ cuando, el juez, vía interpretación o integración, crea una norma, una regla jurídica para resolver un caso que se ventila y es de conocimiento suyo, y debe o puede servir para la resolución de un caso igual o similar en el futuro.

El término ‘constitucional’ (en la palabra compuesta “precedente constitucional vinculante”) hace referencia a que esa interpretación que el juez realiza, la hace en base a disposiciones de carácter constitucional, disposiciones que la Constitución establece en su contenido, así como de disposiciones infraconstitucionales interpretadas a la luz de la Carta Magna.

Por otro lado, al hacer alusión al término ‘vinculante’, se refiere a la fuerza con la que esa creación de norma por parte del operador jurídico (en este caso el Tribunal Constitucional) impacta en la solución de una controversia para la resolución de casos futuros sustancialmente idénticos. Es decir, que la fuerza vinculante de este precedente impide que, a futuro, en un caso sustancialmente idéntico al que fue establecido por este, el operador jurídico (juez) pueda adoptar otra alternativa de solución dejando de lado el que fue preestablecido por el Tribunal Constitucional; tienen carácter obligatorio.

Entonces, teniendo en cuenta la posición doctrinal, “estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al Derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo”; en tanto puede decirse que el precedente constitucional vinculante tiene la característica básica de ser una fuente del derecho, en vista que constituye jurisprudencia, sí, pero una jurisprudencia de tipo especial pues esta es de carácter vinculante para todas las demás decisiones que los jueces adopten en relación a un caso similar o con las mismas características del el que originó la emisión del precedente.

Cabe tomar lo señalado por Edwin Figueroa Gutarra, pues señala que: “(...) en la actualidad es de suyo admitido que el precedente vinculante tiene una categoría normativa y que sus efectos son similares a los de la

norma jurídica, aunque con ciertas diferencias peculiares, más finalmente el precedente vinculante ostenta un efecto de aplicación prescriptivo y por tanto, representa una ley, que para los jueces resulta equivalente al *mandato definitivo* que la teoría constitucional hoy consagra. (...) Desde una perspectiva material, el precedente vinculante, a juicio nuestro, explica su razón de ser en función a cuatro valores que Néstor Pedro Sagües enuncia, a propósito de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de EE.UU., propuesta que consideramos válida para nuestro tema:

'igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos), y respeto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata de una solución pragmática.'

En adición a lo señalado, una tarea de interés es distinguir que estos valores, en genérico aplicables a todos los precedentes, asumen una dimensión *sui generis* en cuanto a los precedentes vinculantes, en tanto las controversias constitucionales atañen a derechos fundamentales y por tanto, abordan una visión interpretativa *correctora* o *extensiva* de la Constitución, en cuanto la comprensión de las discusiones iusfundamentales exige una suprainterpretación de los principios, valores y directrices que la *Norma Normarum* comprende, y precisamente por tratarse de una interpretación por naturaleza legal y jurisprudencial suprema, es aquella que debe prevalecer”⁵¹.

2.3. EN NUESTRO ORDENAMIENTO:

Teniendo en cuenta que el artículo VII del Código Procesal Constitucional señala que: “*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la*

⁵¹ FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Precedentes vinculantes: ¿consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?” Consulta realizada en la página web: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/> - 26/06/17

autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. (...)”.

Es, en síntesis, lo único señalado en nuestra normatividad en relación al Precedente Vinculante, sin embargo, el Tribunal Constitucional a lo largo de su proyección normativa ha desarrollado la teoría del precedente constitucional vinculante en nuestro país en diversas sentencias.

Tal como señala el Tribunal Constitucional en su **STC EXP. N.º 0024-2003-AI/TC (caso Municipalidad Distrital de Lurín)**:

“(...) el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene, por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que, ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia”.

Por su parte en otra sentencia del Tribunal Constitucional, la **STC Exp. N.º 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque)**, la existencia de la figura del precedente constitucional vinculante:

“comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado, resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su

jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente”.

La posición en esta sentencia por parte del Tribunal Constitucional es mucho más amplia en comparación a lo señalado en la sentencia del caso Municipalidad de Lurín, sin embargo, no dejan de estar complementadas y relacionadas.

2.4. PRESUPUESTOS PARA ESTABLECER UN PRECEDENTE VINCULANTE:

El Tribunal Constitucional, en su amplio desarrollo del Precedente Constitucional Vinculante mediante la **STC EXP. N.º 0024-2003-AI/TC (Municipalidad Distrital de Lurín)** señala los presupuestos que se deben tener en cuenta para que los Jueces Constitucionales, Magistrados del Tribunal Constitucional puedan establecer un Precedente Vinculante:

“El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.*
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.*
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.*
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso*

concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) *Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante”.*

2.5. APLICACIÓN Y TIPOLOGÍA DE UN PRECEDENTE VINCULANTE:

Nuestro Tribunal Constitucional, asimismo, establece en qué casos es necesario y/u obligatorio la aplicación de un precedente vinculante, y señala los siguientes:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

En relación a la tipología de los precedentes constitucionales vinculantes, podemos distinguir, de acuerdo a la doctrina, al precedente vertical, precedente horizontal y al auto-precedente.

- a) **Precedente Vertical:** Esta clase de precedentes existe por la concurrencia de los elementos de multiplicidad de tribunales y/o cortes y por una jerarquización entre los mismos, en el sentido que la decisión de un tribunal superior entraña una regla jurídica para los tribunales inferiores. En lo referente a la justicia ordinaria, la forma más común por la que se incorpora la noción de un precedente de corte vertical es a través de la institución de la casación. Es así que el Tercer Pleno Casatorio en lo Civil de la Corte Suprema indica que:

“como bien sabemos, la eficacia que tiene la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Republica puede ser horizontal cuando vincula al propio órgano que la expidió, así como a sus pares jerárquicos; y vertical cuando la

decisión parte del más alto órgano judicial de un país -entre nosotros la Corte Suprema de Justicia- en cuyo caso sus sentencias sirven como precedente de observancia obligatoria para los demás órganos jurisdiccionales de grado inferior (...)”.

Así lo establece el artículo 22° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial señalando que:

“las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la Republica ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deber ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman u de los fundamentos que invocan”.

A diferencia de lo que ocurre con la justicia ordinaria, con el Precedente Constitucional Vinculante, esta verticalidad no se manifiesta en la sujeción de los jueces inferiores a sus decisiones pues el Tribunal Constitucional no forma parte de la justicia ordinaria. Respecto a este tema, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC del Expediente N° 03741-2004-AA/TC al analizar la diferencia entre un precedente judicial y un precedente constitucional, señalando que:

“Es conocido que el precedente judicial en el sistema del Common Law se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente

*respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos **efectos de una ley**. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”⁵².*

Subrayado y sombreado mío.

Teniendo en cuenta lo manifestado por el Tribunal Constitucional, se puede inferir la no verticalidad (en sentido estricto) que existirá por parte de los precedentes constitucionales con respecto a la judicatura ordinaria, pues más que una verticalidad, constituye un efecto al mismo nivel, entre todos los poderes públicos y sobre particulares, esto al tener, el precedente constitucional, un efecto igual a de una ley. Esto sin duda trae consigo muchísimas discusiones a nivel doctrinal y administrativo, sin embargo, no se

⁵² STC del Expediente N° 03741-2004-AA/TC

puede negar que, en la práctica rutinaria, el Poder Judicial aplica lo señalado por un precedente constitucional a efecto de decidir de manera uniforme en sus sentencias pues se trata de una regla de carácter obligatorio en la generalidad del Estado.

b) Precedente Horizontal: Este tipo de precedente se presentará si es que, en nuestro ordenamiento, se afirma que no existe un modelo jerárquico entre el máximo intérprete de la constitución y otros órganos jurisdiccionales como la justicia ordinaria. El que los otros tribunales sigan la línea de lo establecido por el Tribunal Constitucional se debe a razones morales e institucionales, no específicamente por la existencia de jerarquías entre uno y otro. Frente a esto, tenemos que en nuestro sistema legal tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos estatales completamente autónomos uno del otro, uno es un poder del estado, otro es un órgano constitucional autónomo, en tal sentido, no podemos afirmar que existe un modelo de jerarquía. Sin embargo, por el bien de un sistema legal nacional y su correcto funcionamiento, no puede existir posiciones diversas; de lo que se trata es de uniformizar todo el sistema jurídico del país, evitando de este modo la vulneración potencial por parte de la justicia ordinaria o constitucional. En nuestro ordenamiento, nuestro Tribunal Constitucional tiende más a aplicar este tipo de precedentes debido a la inexistencia de jerarquización con los demás poderes públicos.

c) Auto-precedente: Al ser el Tribunal Constitucional la última instancia en materia constitucional y además el supremo intérprete de la Constitución, sus decisiones están basadas en el principio de seguridad jurídica y predictibilidad. Y al ser este el creador de una norma que adquiere el rango de “ley” tal como expresa en su jurisprudencia, es también entendible que tal como el Congreso que se encarga de la elaboración de leyes y las cumpla y haga cumplir, el Tribunal haga lo propio con los precedentes que dicta. Tal como señala Aguila Grados: “el efecto como auto-precedente de los precedentes constitucionales surge como una cuestión

indispensable con el fin de salvaguardar los principios de predictibilidad e igualdad; encontrándose en consonancia con la razón por la cual surge la institución del precedente en el common law (generar unidad, predictibilidad e igualdad); en ese sentido, el efecto de auto-precedente es intrínseco al precedente en el common law. Sin embargo, en el precedente constitucional nacional, el precedente no surge en lo principal para salvaguardar los principios de predictibilidad e igualdad; en nuestro sistema nacional el precedente surge además con la función de desarrollo constitucional, lo cual lo pone como una herramienta cuasi-legislativa”⁵³.

2.6. ELEMENTOS DE UNA SENTENCIA QUE CONTIENE PRECEDENTE VINCULANTE:

- a) **LA RAZÓN DECLARATIVA-AXIOLÓGICA:** de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, esta razón es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución. Por ejemplo: “Teniendo en cuenta que el fin supremo del Estado es la dignidad de la persona (...)”.
- b) **RATIO DECIDENDI.-** También llamada ‘razón suficiente’, y constituye el razonamiento necesario para que el juez tome una decisión respecto a un caso en concreto. Dentro de ese caso no solamente implica conocer los hechos materia de decisión, sino que a partir de esos hechos el operador jurídico razonará de acuerdo a su experiencia y a partir del análisis de los hechos del caso para poder tomar una decisión. En el campo de la sentencia constitucional propiamente dicha, la parte considerativa de esta es la que contiene esta ‘razón suficiente’, pues en esta el juez realiza un análisis en razón

⁵³ AGUILA GRADOS, Guido; “El Precedente Constitucional – Hacia una teoría del precedente en el Perú”, Primera edición – Abril del 2017, Impresión en Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL, Lima, p.221-222.

de los hechos conocidos hasta ese momento y será la base para la decisión final. Tal como señala el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia del caso Municipalidad Distrital de Lurín:

“se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis”.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución realiza una afirmación, en el sentido que:

“La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. (...). Se trata en consecuencia del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la base, base o puntual de un precedente vinculante. La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas”⁵⁴.

A partir de tal afirmación debemos tener presente que siempre será necesaria la existencia de una ratio decidendi en una sentencia constitucional, mas no necesariamente de una obiter dicta (elemento siguiente), como lo señalaremos más adelante, pues tal como lo indica Donayre Montesinos, que: “en efecto, la ratio decidendi es entonces aquel núcleo de argumentos contenidos en la sentencia y cuya lectura y análisis permitirá comprender los fundamentos de hecho y de derecho a partir de los cuales se desprende o encuentra

⁵⁴ STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC-Lima
DONAYRE MONTESINOS, Christian, “Precedente Constitucional Vinculante a la Peruana” – Algunas Observaciones a la Regulación del Precedente Constitucional Vinculante en el Código Procesal Constitucional” En: *Justicia Constitucional – Revista de Jurisprudencia y Doctrina* Año III. N° 5, 2007, P.110.

basamento el *decisum*. A diferencia del *obiter dictum*, la ausencia de la *ratio decidendi* sí se traduce en serios problemas de motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional, lo que puede poner en tela de juicio su legitimidad.” De este modo se hace explícita la vinculación existente entre la *ratio decidendi* y el *decisum* por ser aquella el fundamento y motivación de este.

- c) **OBITER DICTA.**- este elemento ha sido definido por el Tribunal Constitucional como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan”. Un ejemplo de esta figura lo observamos en las famosas sentencias instructivas, pues son en estas en las que, en base a un caso en particular, el Tribunal realiza una amplia doctrina de los diferentes conceptos que trae consigo el caso en cuestión.

Y surge la pregunta, tal como la realiza Aguila Grados: ¿Quién determinará qué secciones del precedente constituyen *obiter dicta* y *ratio decidendi*? Respecto a esta pregunta, Castillo Córdova indica que: “si los fundamentos o razones en una sentencia constitucional se han de divertir en razones suficientes o *ratio decidendi* y razones subsidiarias u *obiter dicta*, una cuestión adicional es la referida a determinar quién es el encargado de diferenciar unas razones de las otras. Nada nos dice al respecto ni las normas constitucionales ni legales pertinentes, sin embargo, si partimos de que la sentencia constitucional contiene el juicio que sobre un asunto -concreto o general- realiza el Tribunal Constitucional, entonces, se podría advertir que este es el órgano que tendría que tener el encargo de separar las razones suficientes de las razones subsidiarias”. En efecto el Tribunal Constitucional debe determinar con claridad la *ratio decidendi* (donde se encuentra la regla normativa para futuros casos) y la razón subsidiaria, aunque en el caso de esta, el hecho de observar en el

precedente conceptos, apostillas, definiciones, reflexiones, deberíamos considerar que ese será el obiter dicta.

- d) **INVOCACIÓN PRECEPTIVA:** es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.
- e) **DECISUM.-** Es la decisión o fallo constitucional, la cual surge en base al juicio de los cuatro puntos anteriores por parte del Tribunal Constitucional precisando las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

2.7. CONCEPTOS RELACIONADOS AL PRECEDENTE VINCULANTE:

a) EL STARE DECISIS:

Regla que nace del sistema Common Law de países anglosajones. El nombre completo de esta figura en el derecho constitucional es *stare decisis et quieta non movere*, y significa, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”⁵⁵. Lo que genera la idea general del respeto a las decisiones precedentes.

Esta regla implica la vinculación que tiene todo un sistema de justicia con las decisiones precedentes, o simplemente ‘precedentes’ para la realización de casos similares a futuro. La regla de no alterar lo que ya ha sido resuelto.

El *stare decisis* horizontal y el *stare decisis* vertical: “La primera se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes. La segunda alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos. En ambos casos la obligación de aplicar el precedente tiene igual naturaleza, pero en el *stare decisis* vertical se advierte con más claridad la

⁵⁵ El Black’s Law Dictionary lo define como: “adherir a los precedentes y no perturbar las cosas que han sido establecidas”. Black’s Law Dictionary, West, St. Paul, Minn., 1990, sexta edición, s.v. “*stare decisis*”

sanción en caso de incumplimiento: si un tribunal se aparta de los precedentes de su superior jerárquico este dejará sin efecto la sentencia en cuestión (en caso de que sea apelada); aunque lo mismo puede darse también en el *stare decisis* horizontal, ya que un tribunal superior puede dejar sin efecto la sentencia del inferior que no sigue su propia jurisprudencia (la jurisprudencia del propio tribunal inferior)”⁵⁶.

b) EL OVERRULING:

Para poder entender el concepto, es necesario tomar las palabras de Burton (según el common law de EE.UU.), respecto a que: “necesitamos una teoría congruente del overruling para resolver el misterio. Sin embargo, simplemente no la tenemos. El desafío de aquella teoría es resolver el conflicto entre el *stare decisis* y el overruling. Ambos son vitales para el sistema legal. El *stare decisis* promueve la unidad, la estabilidad y la igualdad en el tiempo. El overruling le permite a la corte suprema corregir sus errores pasados o adaptar la ley a las circunstancias cambiantes. Sin una teoría coherente del overruling, surge una paradoja: Una corte suprema debe seguir su precedente, pero, en cualquier caso, puede revocarla. Es decir, una corte suprema debe seguir sus precedentes, excepto que no necesite hacerlo. Esta paradoja les permite a las cortes supremas escoger y elegir la ley que les vincula. Esto tolera incoherencias y una ley insegura (...) y (...) adjudicación ilegal constitucional”⁵⁷.

El Tribunal Constitucional tiene, dentro de una de sus facultades (a través de la doctrina y jurisprudencia comparada) el dejar de lado, en determinados casos un precedente vinculante. “La decisión de apartarse de un precedente se hace mediante lo que se llama en el mundo anglosajón *overruling*, que consiste en una especie de

⁵⁶ Consulta Web en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007
– 12/06/2017

⁵⁷ BURTON, Steven “The Conflict Between Stare Decisis and Overruling Constitutional Adjudication” En: *Cardozo Law Review*. Vol.35, 2014, p. 1688

derogación judicial. Según autorizadas voces, la mera posibilidad de *overruling* implica la desaparición de la obligatoriedad horizontal: si en ciertas circunstancias el tribunal puede desligarse de un precedente, quiere decir que en definitiva no está obligado por él. Si bien hay en esto algo de verdad, también es cierto que el hecho de que el apartamiento requiera un acto derogatorio expreso es una prueba de que el principio general sigue siendo la obligatoriedad. (...).

En Estados Unidos ocurre otro tanto con la Corte Suprema: sigue normalmente sus propios precedentes, pero tiene el poder de dejarlos sin efecto mediante *overruling*. Así, la Corte ha sostenido que sus decisiones "permanecen como precedente vinculante hasta que consideramos adecuado reconsiderarlas"⁵⁸.

PROSPECTIVE OVERRULING:

Sobre el "prospective overruling", Víctor García Toma nos señala que "El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), ello a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto la decisión de otorgar expresa y residual eficacia prospectiva a un precedente vinculante es establecida en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal Constitucional con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; por

⁵⁸ Consulta Web en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007
– 12/06/2017

la existencia de situaciones duraderas o de tracto sucesivo, o, por último, cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables”⁵⁹.

Cabe destacar que nuestro Tribunal Constitucional a través de la STC del Exp. 0090-2004-A/TC señaló en referencia al overruling que:

”teniendo presente el permanente propósito de optimizar la defensa del principio de la dignidad de la persona humana, (...) este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia; aunque -y es conveniente subrayarlo- dicho cambio solo esperar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.

En el derecho comparado, una técnica semejante, destinada a anunciar la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina prospective overruling, es decir, ‘un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (overruling) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el overruling [Alberto Cadoppi, “Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano”, en Umberto Vicenti (A cura di), Il valore del precedenti giudiziali nella tradizione europea, CEDAM, Padova, 1998, pág. 126]”⁶⁰.

c) DISTINGUISH O DISTINGUISHING:

⁵⁹ GARCÍA TOMA, Víctor, Artículo “Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante” – Lima, Setiembre 2013, p. 20-21.

⁶⁰ STC Exp. 0090-2004-A/TC

Es aquella técnica que se utiliza cuando se logra determinar y justificar que el caso que se está ventilando en un proceso ordinario no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante, pues teniendo en cuenta que un precedente vinculante debe aplicarse a casos sustancialmente similares, la técnica del distinguish es una excepción a esa obligatoriedad, pues debido a que se determina que el caso no es sustancialmente igual al que dio origen al precedente, este se deja de lado y el juez resolverá en base a su independencia. Es decir, que existen diferencias reales entre el primer caso (que dio mérito al precedente) y el segundo.

Respecto al Distinguish, es fundamental saber lo que establece la jurisprudencia colombiana en cuya sentencia C-836 del 2001 establece que:

“a) (...), a pesar que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por un alta corte, existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos. Este supuesto corresponde con el distinguish del derecho anglosajón. El juez puede inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el caso precedente, exigen otorgar al segundo una solución diferente. La Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir y homologar dos casos similares. La Corte solo indica acertadamente que la similitud o diferencia decisiva debe referirse a la ratio decidendi del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la ratio decidendi del primer caso puede aplicarse al segundo porque este puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquel. Si esta subsunción no es posible, el juez deberá apartarse de la ratio decidendi del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva para el segundo caso”.

Es por ello que, teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, “el distinguish no supone, en sentido estricto, la inaplicación de un precedente vinculante, sino la identificación de aquellos casos que se encuentran fuera de su alcance normativo”⁶¹.

Esta técnica ha venido siendo aplicada por la jurisdicción ordinaria, tal es así que la Corte Superior de Justicia de La Libertad señala que: “El distinguishing constituye la técnica a través de la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estará obligado a aplicar. Para ello debemos aclarar que no siempre son suficientes las diferencias fácticas entre los casos homologados para la inaplicación del precedente a través del distinguishing, ya que los hechos no fundamentales o irrelevantes no forman casos desiguales, por el contrario, la distinción fáctica debe revelar una justificación convincente, capaz de permitir el aislamiento del caso objeto del juicio frente al precedente, es decir debe ser relevante para su distinción. Ante lo afirmado, aclaramos como lo hace el Dr. Juan Monroy Gálvez, que la técnica del distinguishing no es una excepción al precedente vinculante, es más bien un complemento de aquel ya que ingresa a analizar los elementos constitutivos del precedente mismo, a fin de encontrar en los elementos que determinan su inaplicación para el caso concreto”⁶².

A efectos de un mayor entendimiento respecto al distinguishing en materia laboral, y con mayor razón, por tratarse de la jurisprudencia estudiada en la presente investigación (la cual se analizará en el capítulo siguiente), conviene citar lo que señala la Segunda sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República analizando el precedente contenida en la

⁶¹ GONZALES RAMIREZ, Luis Alvaro, “Determinación De Los Supuestos De La Inaplicación Del Precedente Huatuco” en el Boletín de Soluciones Laborales N° 92 / Agosto 2015, p. 136.

⁶² Sentencia del Expediente N°. 00058-2014-0-1618-JM-LA-01 – Corte Superior de Justicia de la Libertad.

Sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el expediente N° 5057-2013-PA/TC Junín (caso Huatuco), estableciendo que:

“(…) no se aplica en los siguientes casos: a) Cuando la pretensión demandada esté referida a la nulidad del despido prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales. b) Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041. c) cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada. d) cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo e Servicios (CAS). e) cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y f) cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección, de confianza a la que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú”⁶³.

Se puede ver que la Corte Suprema ha aplicado la técnica del Distinguishing respecto al precedente establecido por la sentencia del Tribunal Constitucional materia de análisis en el presente trabajo de investigación, no obstante, como se ha señalado en párrafos anteriores, esta técnica no constituye un apartamiento propiamente dicho, sino, una distinción o diferenciación entre aquellos casos que se encuentran dentro de la esfera normativa de precedente y aquellos que no lo están.

d) DIFERENCIA CON JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NACIONAL:

Es necesario en este punto citar lo señalado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Ramón Hernando Salazar, en referencia a que este supremo intérprete de la constitución indica que:

⁶³ Casación Laboral N° 1247-2014-Moquegua. 17 de setiembre del 2015. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

“La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional (...) se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. (...) Por otro lado, con objeto de conferir mayor predictibilidad a la justicia constitucional, el legislador (...) también ha introducido la técnica del precedente constitucional (...) De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a través de un caso concreto”⁶⁴.

Es de verse que lo señalado por el Tribunal Constitucional en el párrafo precedente no hace más que destacar la similitud existente entre el precedente constitucional y la jurisprudencia constitucional, sin embargo, no realiza, de modo adecuado, una distinción concreta entre ambas instituciones.

Por otra parte, en el fundamento 34 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 0047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional señala que:

“La noción de jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del

⁶⁴ STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC

Tribunal Constitucional, expedidos a efecto de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene, por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que, ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia”.

Muchos hablan de una relación de género-especie entre ambos conceptos, en lo que la gran mayoría de doctrinarios coinciden, pues un precedente vinculante está contenido en una sentencia (que constituye jurisprudencia) emitida por el Tribunal Constitucional. No obstante, la jurisprudencia no podría utilizarse para hacer referencia a una única sentencia constitucional, sino a una pluralidad de ellas, de las que se pueda desprender determinada interpretación común de los preceptos y principios constitucionales, a diferencia del precedente vinculante, cuya creación es determinado en base a un caso concreto (aquí también puede existir contradicción, pues según autores como Blume Fortini señalan que el precedente vinculante debe darse como consecuencia de la repetición de un determinado criterio en jurisprudencia precedente).

Todos coinciden en que debe existir un efecto vinculante en ambas; pero muchas veces lo que debe ser y lo que es guarda completa disparidad en nuestra realidad.

La jurisprudencia constitucional, si bien es producto de una interpretación por parte del Tribunal Constitucional que involucra un criterio jurisprudencial repetitivo, el precedente vinculante tiene la naturaleza de ser creado con la finalidad de fijar una regla normativa en base a que durante un periodo de tiempo, este órgano ha venido emitiendo una serie de jurisprudencia constitucional (sentencias-pluralidad) respecto a una determinada materia cuya interpretación ha sido constante en el tiempo, es decir, es producto de un amoldamiento de criterio a través del tiempo, y para hacer que dicho criterio tenga efectos de una ley para todos los poderes públicos y ya no solo para los operadores jurisdiccionales, el Tribunal sienta el precedente constitucional vinculante. En este sentido, no resultaría ajeno decir que entre ambos conceptos la relación, más que género-especie, es de causa-efecto, pues el precedente vinculante constitucional sería resultado de una jurisprudencia constitucional la cual fue repetitiva en cuanto a un criterio a través del tiempo.

Además, la jurisprudencia constitucional, también llamada “doctrina jurisprudencial” regulada en el Artículo VI del Código Procesal Constitucional peruano, dispone la vinculación de los jueces a la interpretación de los preceptos constitucionales “que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”, en lo que parece una referencia a una pluralidad de sentencias de las cuales se desprendería una interpretación común. Desde esta perspectiva, como ya se ha señalado, la expresión “doctrina jurisprudencial” no podría utilizarse para hacer referencia a una única sentencia constitucional, sino a una pluralidad de ellas, de las que se pueda desprender determinada interpretación común de los preceptos y principios constitucionales.

e) LA JUSTICIA ORDINARIA Y EL PRECEDENTE VINCULANTE.

A lo largo del presente capítulo, se ha podido comprender la característica, quizá más importante, que tiene el precedente vinculante, esto es, tal

como lo expresa el adjetivo final de este, la vinculatoriedad de este frente a otras instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, más específicamente a la justicia ordinaria, llevada a cabo en el Poder Judicial.

Ante tal hecho, esta característica de vinculatoriedad no puede ser ajena a lo que trae consigo respecto a la autonomía judicial que se le otorga a un juez al momento de su nombramiento, es así que no podemos excluir la idea de una vulneración a esta autonomía por parte de esta figura constitucional del precedente constitucional y su vinculatoriedad.

Cabe citar nuevamente a Edwin Figueroa, que señala que “el rango de lesión al derecho a la independencia judicial no resulta en propiedad manifiesto sino en rigor menor, en cuanto se satisface de mejor forma, optimizando mejor su contenido- la potestad interpretativa del Tribunal Constitucional- al cual la Constitución y su Ley Orgánica le atribuyen la calidad de supremo intérprete de la Constitución. Por consiguiente, no podemos concluir en una afectación sustantiva de la autonomía judicial.

Sin perjuicio de lo afirmado, ¿qué pueden hacer los jueces si efectivamente consideran que una decisión del Tribunal Constitucional en realidad vulnera la facultad interpretativa del juez?

Tuvimos ocasión de apreciar un razonamiento pulcro y ordenado de César Landa Arroyo, ex Presidente del Tribunal Constitucional, en una conferencia magistral a propósito de este tema y el planteamiento resultó muy interesante: si el juez efectivamente discrepa con la aplicación del precedente vinculante y considera que efectivamente éste no es aplicable al caso concreto, objetivamente existe la alternativa procedimental de desarrollar en los argumentos *obiter dicta*, es decir, los argumentos no determinantes sino complementarios de la decisión, las objeciones que considere propias en contra del precedente vinculante.

Y sin embargo, tanto la *ratio decidendi* así como el *decisum*, es decir, el hilo lógico de la decisión final así como el propio fallo, exigirían la aplicación del precedente. De esta forma, el Tribunal Constitucional, de ser el caso, tendría la posibilidad de examinar los argumentos *obiter dicta* de los jueces del Poder Judicial respecto a los fundamentos

contrarios a la aplicación de un determinado precedente vinculante y aun cuando la vocación de los precedentes es la permanencia en el tiempo, el supremo intérprete de la Constitución, tendría la opción de analizar los argumentos de los jueces y determinar si se producen los cambios del caso y ajustes al precedente vinculante.

La regla puede parecer de interés procedimental efectivo pues permitiría a los jueces poner de manifiesto sus observaciones y discrepancias frente a un precedente vinculante que consideran inapropiado respecto al caso concreto. No obstante, ello, siempre quedará en potestad del Tribunal determinar la viabilidad de cambio del precedente, tarea que por cierto debe tener en cuenta la aspiración de permanencia del precedente y no su flexibilidad para la modificación”⁶⁵.



⁶⁵ FIGUEROA GUTARRA, Edwin, “Precedentes vinculantes: ¿consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?” Consulta realizada en la página web: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/> - 26/06/17

CAPÍTULO III: PRECEDENTE CONSTITUCIONAL DEL EXPEDIENTE N° 05057-2013-AA/TC COMO VULNERATORIO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LAS INTERPRETACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. ALCANCES DE LA DACIÓN DEL PRECEDENTE:

En el año dos mil quince, el Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Oscar Urviola Hani, Carlos Ramos Núñez, Manuel Miranda Canales, Marianella Ledezma Narváez, Ernesto Blume Fortini, José Luis Sardón de Taboada y Eloy Espinoza-Saldaña Barreda, emitió en mayoría, el último precedente constitucional vinculante en materia laboral hasta el día de hoy y quizá uno de los más cuestionados, por no decir el más cuestionado de la historia de los precedentes constitucionales en el Perú. Cuestionado por diversos aspectos, desde constitucionales, laborales, procesales, hasta incluso aspectos internacionales de derechos humanos.

El precedente vinculante contenido en el expediente N° 05057-2013-AA/TC generó toda una ola de críticas por parte de gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, y esas críticas tampoco son ajenas al propio Tribunal Constitucional, pues dos de los magistrados del pleno del propio Tribunal (Sardón de Taboada y Blume Fortini) manifiestan a través de sus votos singulares, su oposición a la dación del precedente en mención por contener vicios de carácter constitucional y legal.

A lo largo del presente capítulo, se analizará la posición actual del supremo intérprete de la Constitución respecto a la reposición de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada en el sector público dentro del marco del precedente constitucional vinculante Huatuco Huatuco, respecto a contiendas entre trabajador – empleador (Estado),

cuya pretensión (o una de sus pretensiones) del primero es la restitución o reposición a su puesto de trabajo (protección restitutiva), esto como consecuencia de la desnaturalización de su contrato modal (temporal) o de carácter civil a uno de duración indeterminada y por tanto la existencia de un despido arbitrario (incausado o fraudulento), el cual está siendo aplicado en las salas y juzgados laborales de todo el territorio nacional, así como en procesos constitucionales de amparo, también, en todo el país.

2. ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO:

A modo de dar un alcance resumido respecto a cómo se dio origen a la emisión del precedente en cuestión, se tiene lo siguiente:

- a. **Partes:** Como demandante actúa la señora Rosalía Huatuco Huatuco y como demandado actúa el Poder Judicial del Perú (El Estado).
- b. **Pretensiones:** La demandante, Rosalía Huatuco interpone una demanda de amparo a finales del año 2011 en contra de su ex-empleadora, el Poder Judicial, con la intención de que se deje sin efecto el despido incausado sufrido por ella y, en consecuencia, sea repuesta en su puesto de secretaria judicial, el cual venía desempeñando hasta antes de sufrir el mencionado despido.
- c. **Naturaleza y duración de su contrato:** La demandante trabajó para la demandada mediante contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico desde el uno de julio del dos mil diez hasta el quince de noviembre del dos mil once.
- d. **Desnaturalización del su contrato:** La demandante alega que sus contratos modales de servicio específico se han desnaturalizado pues realizaba labores de naturaleza permanente y por tanto, debe ser considerado como un contrato de trabajo de

duración indeterminada y que solamente podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad.

- e. **Vulneración de derechos:** La demandante alega que el Poder Judicial mediante el despido incausado, ha vulnerado su derecho al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.
- f. **Defensa de la parte demandada:** El Poder Judicial, a través de su procurador público, alega que la demandante pretende que se le reconozca este derecho al trabajo mediante un contrato de naturaleza indeterminada sin siquiera haber ingresado a laborar a la entidad mediante un concurso público de méritos y que se sometió de acuerdo a lo establecido por el TUO del Derecho Legislativo N° 728 firmando un contrato a plazo fijo (por servicio específico), estableciéndose una fecha de inicio y una fecha de término para la prestación de sus labores.

Por su parte, el presidente de la Corte Superior de Justicia de Junín señalando que lo que solicita la demandante no es más que un nombramiento en la entidad, hecho que no puede ser amparado, pues señala que para el ingreso a una plaza indeterminada en el Poder Judicial se realiza vía un concurso público de méritos. Del mismo modo cita la Ley N° 28175, en el artículo pertinente a que “el acceso al empleo público se realiza mediante un concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas en un régimen de igualdad de oportunidades” (...). Finalmente alega, además, que la causa objetiva por la que se le contrató se indica expresamente en su contrato y que el vencimiento del mismo obedece a la extinción de la causa objetiva señalada.

- g. **Decisión en Primera Instancia:** El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo declara fundada la demanda pues se acredita la desnaturalización de los contratos modales y por ende

se ampara la reposición solicitada como una de las pretensiones de la demandante.

- h. **En Segunda Instancia:** La Sala Superior revoca la sentencia apelada por la parte demandada reformándola, declarando infundada la demanda por la inexistencia de simulación o fraude en dichos contratos modales, que era una de las causales por las que la demandante demanda su desnaturalización.
- i. **Vía Recurso de Agravio Constitucional (RAC):** La demandante, señalando la vulneración a su derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, demanda su reposición en el cargo que desempeñaba, alegando los mismos hechos expuesto en primera y segunda instancia debido a la desnaturalización de sus contratos modales a uno de duración indeterminada.

3. DISPOSICIONES O REGLAS JURÍDICAS EN EL PRECEDENTE VINCULANTE DEL EXPEDIENTE N° 05057-2013-AA/TC:

En el fundamento 26 de la sentencia en cuestión, se señala que, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22, y 23 supra, constituyen precedente vinculante. En tal sentido, estos son:

Fundamento 18:

“18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27° y 22° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración

indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado”⁶⁶. (Resaltado mío)

Fundamento 20:

“20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad. En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la

⁶⁶ STC Exp. N° 5057-2013-AA/TC (fundamento 18)

República, incorporados por la Ley N.º 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50º de la mencionada Ley N.º 27785. El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD). Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11º y la Novena Disposición Final de la Ley N.º 27785, los servidores y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurrir en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve”⁶⁷.

Fundamento 21:

“21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano,

⁶⁷ Ibidem (fundamento 20)

incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional”⁶⁸.

Fundamento 22:

“22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N.° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no para ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación procederá el archivo del proceso”⁶⁹.

Fundamento 23:

“23. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior”⁷⁰.

⁶⁸ Ibidem (fundamento 21)

⁶⁹ Ibidem (fundamento 22)

⁷⁰ Ibidem (fundamento 23)

En base a lo transcrito precedentemente, se puede resumir todo este conjunto de reglas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional en lo siguiente a efecto de un mejor entendimiento en el análisis de la orientación del supremo intérprete de la Constitución Política respecto a la protección restitutiva en contra del despido que actualmente adoptan nuestros operadores jurídicos, así tenemos que:

- En el sector público no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado de los trabajadores despedidos en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, debido a que la reposición a la Administración Pública sólo procede cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada. **Esta regla es de aplicación inmediata y no alcanza al sector privado.**
- Las entidades estatales deben imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial.
- A fin de determinar la responsabilidad de tales funcionarios y/o servidores, las entidades estatales recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, proporcionando posteriormente dicha información a la Oficina de Control Interno, a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario respectivo y se establezcan las sanciones pertinentes.
- Los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. A su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

- En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante, de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda. Se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación procederá el archivo del proceso.
- Sus reglas son de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
- Las demandas presentadas luego de su publicación y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción del proceso.
- Finalmente, en la parte resolutive dispone que las reglas que constituyen precedente vinculante (las expuestas precedentemente) son de **obligatorio cumplimiento por todos**, especialmente los órganos jurisdiccionales constitucionales y solo en el ámbito de la contratación laboral del Estado, **no siendo de aplicación en el régimen de contratación para el sector privado**.

Para los efectos de la presente investigación, se tomará como premisa lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento 18, pues es posible realizar una investigación por cada uno de los fundamentos que constituyen precedente vinculante en la sentencia indicada, reservándome el derecho de hacerlo a futuro.

4. ¿VULNERATORIO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY?

Como ya lo vimos en el primer capítulo, el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú hace mención expresa a que toda persona tiene derecho:

“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Por otra parte, también señalamos que en el artículo 26° de nuestra Carta Magna señala que uno de los principios que regulan la relación laboral entre trabajador y empleador es -y no es casualidad que sea el primero de ellos- el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Ahora, se puede pensar que el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de igualdad de oportunidades tienen un contexto diferente, pues el primero de ellos es un derecho, mientras que el segundo es un principio, entonces, ¿ambos no se encontrarían relacionados de ningún modo?

Tenemos que un “principio” es una proposición clara no susceptible de demostración sobre la cual se funda una valoración en determinado caso dentro de la sociedad y además, al hablar de principio jurídico, nos referimos a una fuente del derecho; es decir, es el fundamento de una valoración determinada. No obstante, un “derecho”, que proviene del término latino *directum*, que significa “lo que está conforme a la regla”, está inspirado en la justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad.

Ahora, tomando lo dicho por el Dr. Juan Carlos Valdivia Cano, fundamental es todo aquello que tiene dos capacidades o poderes: a) capacidad de crear y b) capacidad de legitimar una conducta humana o una institución; en palabras simples, es lo principal, lo primero: los principios. Entonces, si lo principal y lo primero son los principios, como consecuencia de ellos, o, mejor dicho, como producto de ellos nacerían los derechos. Si se supone que los principios son los fundamentos de valoraciones determinadas, y esas valoraciones son traducidas en derechos, existe una íntima relación entre ambas figuras del derecho.

Lo primero que hay que tomar en cuenta a la hora de establecer una relación entre los principios y los derechos es que no hay respuestas definitivas y absolutas sobre ambos, porque son palabras polisémicas y siempre discutibles. A tenor de ello, y no como una verdad, en el capítulo I de la Constitución se establecen los derechos fundamentales de toda persona, y al ser “fundamentales”, son principios, aunque taxativamente hayan sido llamados “derechos”; ello en el sentido de que dichos derechos tienen la categoría de principios generales del derecho. La igualdad, tanto la del inciso 2 del artículo 2° y la del numeral 1 del artículo 26° de la nuestra Carta suprema, tienen la categoría de principios, definitivamente una más general que la otra por estar la segunda dentro de los artículos relativos al trabajo, pero, al fin y al cabo, igualdad ante la ley, de oportunidades sin discriminación.

De la misma manera el Tribunal Constitucional señala que:

“(…) sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”⁷¹.

Asimismo, el mismo Tribunal en la Sentencia del expediente N° 01875-2004-AA señala que:

“Al respecto, se ha expuesto que la igualdad es un principioderecho que instala a las personas, situadas en idéntica

⁷¹ STC N° 0048-2004-AI/TC (fundamento 61)

*condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que **no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra**, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones (...)*⁷² (sombreado mío)

Por su parte, el artículo 2 en su inciso 2 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

2.A la Igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Teniendo en cuenta lo antes expresado, en términos muy generales podemos decir que la igualdad es la aplicación uniforme de las mismas leyes a todos los ciudadanos sin ningún tipo de distinción como las que señala el artículo precedente. Sin embargo, a esto se le puede añadir que dicha igualdad es garantizada por el Estado, pues como se dijo anteriormente, la igualdad ante la ley involucra indefectiblemente al Estado. Por otro lado, el artículo 26° de la misma Constitución señala a la igualdad de oportunidades sin discriminación, pudiendo considerarse de manera amplia a las **oportunidades** o **derechos** para el trabajador tanto al **inicio** de la relación laboral, en la **ejecución** de la misma y finalmente al momento de la **finalización** de la relación laboral, pudiendo la misma ser materia de reclamo debido a esta extinción, así como la protección brindada por el Estado frente a este reclamo formulado.

En referencia al momento de la extinción de la relación laboral por un despido injustificado (incausado o fraudulento) por parte del empleador hacia el trabajador, la Constitución Política del Perú en su artículo 27° señala que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el

⁷² STC N° 01875-2004-AA/TC (fundamento 4)

despido arbitrario, y claro, en una norma con rango de ley (El Decreto Legislativo N.º 728), se establece que frente al despido arbitrario, el trabajador puede solicitar una indemnización. Sin embargo, como se señaló en el primer capítulo, gracias a la sentencia del expediente N° 1124-2001-AA/TC del Sindicato de Trabajadores de Telefónica, lo establecido por el artículo 34° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.L. N.º 728), que vacía de contenido el derecho constitucional del trabajo por otorgar carta libre al empleador para cometer despidos arbitrarios a sus trabajadores y compensarlo únicamente con una indemnización, es modificado, estableciéndose la protección restitutoria de derechos (reposición) como medida alternativa a la protección resarcitoria (indemnización) establecida en la ley.

Es así que, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico prevé, como protección adecuada contra el despido arbitrario, tanto a la reposición como a la indemnización, el trabajador sujeto al régimen de la actividad privada sea en el sector privado como en el público, podría optar por cualquiera de las dos a fin de ejercer este derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

No obstante a todo lo señalado, en el año 2015 se emite el precedente constitucional vinculante en cuestión, en cuyo fundamento 18 señala que la regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional a través de esta sentencia se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.

La pregunta es: ¿No se vulnera con esto el principio de igualdad contenido tanto en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución, así como el artículo 26° numeral 1 de la misma carta?

No parece difícil inferir que, a través de este precedente vinculante, el Tribunal Constitucional priva del derecho a solicitar la restitución/reposición/incorporación a aquellos trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada en el sector público cuando no acrediten el ingreso a dicha entidad mediante un concurso público de méritos. Es

decir, los trabajadores del sector privado bajo el régimen del Decreto Legislativo N.º 728 sí pueden solicitar la reposición a su puesto de trabajo, a ellos no se les priva de una adecuada protección frente al despido arbitrario, el cual, de acuerdo con el propio pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el año 2002, puede ser tanto la pretensión de reposición (retorno de las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho al trabajo tal como lo establece el mismo Tribunal en su sentencia del caso FETRATEL) como, alternativamente, la indemnización por despido arbitrario.

Se dijo en el primer capítulo que el principio de igualdad ante la ley vincula al Estado y supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir protección de los derechos que este ordenamiento reconoce.

Al respecto, entonces tenemos que el principio de igualdad ante la ley supone dos dimensiones: la primera que todos y cada uno de los ciudadanos pertenecientes a un Estado se someten de igual manera sin distinción alguna a lo que el ordenamiento jurídico nacional prevé, y la segunda dimensión, quizá como consecuencia de la primera, que toda persona tiene igual derecho a recibir la protección que el ordenamiento reconoce; y el ordenamiento jurídico peruano reconoce la reposición como adecuada protección frente al despido arbitrario y lo ha venido sosteniendo por más de quince años, por lo que ésta sentencia a todas luces vulnera ambas dimensiones de la igualdad considerada tanto en el inciso 2 del artículo 2º como en el artículo 26º numera 1, ambos de la Constitución Política del Perú. Sin desmerecer lo señalado respecto a la meritocracia al momento de ingresar a un puesto de trabajo, que es el principal fundamento del Tribunal Constitucional para emitir el precedente vinculante cuestionado, la sentencia no ha tomado en cuenta y ha abandonado toda opción de considerar que en las entidades estatales que contratan a su personal mediante el régimen laboral de la actividad privada, tienen dentro de su personal a muchísimas personas (la gran mayoría) que lleva un gran tiempo prestando sus servicios para el Estado sin haber ingresado mediante un concurso público de méritos.

4.1. ¿TRATO DIFERENCIADO VS. TRATO DISCRIMINATORIO?

Ahora, si pese a lo señalado anteriormente no resulta convincente aún si esta regla jurídica dada por el Tribunal Constitucional mediante el Precedente Vinculante de la sentencia del expediente N° 05057-2013-AA/TC constituye o no una vulneración al principio-derecho a la igualdad, cabe analizarlo mediante una técnica aplicada por el propio Tribunal Constitucional a fin de determinar si existe o no un trato discriminatorio y atentatorio a este principio-derecho.

Antes, es necesario señalar que “el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto ésta se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional, de acuerdo a pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución.

El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente.

La idea de igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad”⁷³.

De igual forma, el mismo Tribunal señala en otra de sus sentencias que “Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. En principio, debe precisarse que la **diferenciación** está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (...)”⁷⁴.

⁷³ STC N° 00018-2003-AI/TC

⁷⁴ STC del Exp. 0048-2004-AI/TC

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.

4.2. TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL PRECEDENTE VINCULANTE EN CUESTIÓN:

Como se ha indicado, ambos, el principio de razonabilidad como el de proporcionalidad serán los parámetros para la determinación de un trato diferenciado o de uno discriminatorio, siendo que el Tribunal considera que la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”⁷⁵.

En tal sentido, “Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación con la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno”⁷⁶.

Ahora, es necesario también señalar que se encuentra al principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (*Untermaßverbot*), el cual comprende dentro de su contenido tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar

⁷⁵ STC del Exp. 2235-2004-AA/TC, (fundamento 6)

⁷⁶ STC del Exp. 00045-2004-AI/TC (fundamento 24)

la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales y un derecho fundamental es el derecho a la igualdad.

Este principio se plasma de manera práctica en **el test de razonabilidad o proporcionalidad**, que, como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad realizándose a través de los tres subprincipios antes señalados.

En cuanto los subprincipios preestablecidos dentro del Principio de Proporcionalidad, el Tribunal Constitucional se ha manifestado al respecto, señalando lo siguiente:

“1. *Subprincipio de idoneidad o de adecuación.* De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos circunstancias: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. *Subprincipio de necesidad.* Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu.* Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por

tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”⁷⁷.

Hay que tener en cuenta que la regla prevista por el Tribunal Constitucional a través de su Precedente Vinculante de la Sentencia del expediente N° 05057-2913-AA/TC (Rosalía Huatuco) no ha sido incluida a nuestro ordenamiento en una forma adecuada pues, tal como lo establece el Magistrado Blume Fortini y, en general, la doctrina respecto de los precedentes constitucionales vinculantes, un precedente de tal categoría perfila una regla vinculante a través de una hilera de sentencias, surge como consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada, de un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que se perfila una regla que considera necesaria establecer; no como si se tratara de una labor meramente legislativa propia del Parlamento. Asimismo, el precedente constitucional vinculante, de conformidad con el carácter finalista y garantista de los procesos constitucionales y más aún, el principio tuitivo del derecho del trabajo debe ser utilizado para ampliar y mejorar la cobertura de derechos.

Siguiendo, entonces, esta misma lógica del Tribunal Constitucional, de que puede, a su libre albedrío, ejercer facultades legislativas como si fuera el Poder Legislativo, se aplicará esta técnica que normalmente es empleada para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales (leyes y equivalentes), siendo ahora proyectada para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho-principio de igualdad.

4.3. EXAMEN DE LA REGLA CONTENIDA EN EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE HUATUCO HUATUCO:

Al publicarse la sentencia contenida en el expediente N° 05057-2013-AA/TC, a mi parecer, el Tribunal Constitucional ha vulnerado el principio de igualdad jurídica, ya que realiza un trato discriminatorio al privar de un

⁷⁷ STC del Exp. 00048-2004-AI/TC (fundamento 65)

derecho constitucional, como es el derecho a una protección restitutoria frente al despido arbitrario, a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada en el sector público, siendo que los trabajadores bajo el mismo régimen en el sector privado cuentan con su derecho a la reposición incólume.

De la misma manera en que el propio Tribunal Constitucional realiza un examen de proporcionalidad en la Sentencia del Expediente N° 00048-2004-AI/TC respecto a la figura de las regalías mineras, hago lo propio con la sentencia en cuestión, a fin de demostrar el trato discriminatorio alegado.

En primer lugar, debe analizarse, a la luz del *subprincipio de idoneidad o de adecuación* si, con el establecimiento de la regla jurídica establecida por el Tribunal Constitucional (tomándose atribuciones legislativas) de despojar el derecho de reposición como protección adecuada contra el despido arbitrario a trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada en el sector público, se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, es idóneo. Con respecto al primero, esto es, el objetivo constitucionalmente legítimo, debe tenerse en cuenta que la Constitución declara que «(...) El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. (...)» (artículo 22°); asimismo, señala que «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.» (Artículo 23°); también declara que «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.» (Artículo 27°); finalmente, que «son deberes primordiales del Estado (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia» (artículo 44°); Haciendo una interpretación de la Constitución Política del Perú en base a lo señalado en el articulado precedente, puede concluirse que el derecho al trabajo es la base del bienestar social pues constituye un modo de realización de la persona y que de vulnerarse este deber-derecho constitucional, despojando al trabajador bajo los alcances del D. Leg.

N°728 del sector público de su derecho a la reposición a su puesto de trabajo como modo de protección frente al despido arbitrario, se desconocería este derecho constitucional por lo que se atentaría contra su dignidad misma, más aun teniendo en cuenta que es un deber por parte del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos promoviendo el bienestar social con justicia. Se señala que la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido, y fue el mismo Tribunal Constitucional que en el año 2002 estableció que dicha protección se traduciría en la reposición del trabajador a su puesto que venía ocupando o a uno similar antes de la ocurrencia del despido, evitando, como única salida, en aquellos casos de despido arbitrario, la pretensión de indemnización. Por estas razones considero que el privar de un derecho otorgado por el propio Tribunal Constitucional (en base a sustentos puramente constitucionales) al trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada (en el sector público), como es el de la reposición a su puesto de trabajo en caso de despido arbitrario (incausado – fraudulento) no es legítimo al no seguir los parámetros constitucionales. Asimismo, tomando lo dicho por el propio Tribunal en su sentencia, lo que se busca es garantizar el principio de meritocracia al ingresar a la administración pública. Dicho esto, entonces ¿es idóneo recortar un derecho otorgado por el propio Tribunal Constitucional en el año 2002 a los trabajadores bajo el régimen laboral del D.Leg N° 728 en el sector público para garantizar la meritocracia en el sector público? Teniendo en cuenta que es deber del Estado promover el bienestar social en base a la justicia, ¿es justo que los trabajadores en el sector privado tengan intacto su derecho de reclamar la reposición en su puesto de trabajo a diferencia de los trabajadores en el sector público (bajo el D.Leg N° 728) con el fundamento de que en el sector público lo que debería primar es la meritocracia? En palabras sencillas, el Estado lo que estaría haciendo, bajo el amparo de este precedente vinculante, sería lo mismo que hasta antes de la emisión de la sentencia del caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica esta empresa hacía, es decir, tener carta libre para despedir a sus trabajadores pagándoles una indemnización sin más que eso.

Será idónea la medida de garantizar la meritocracia respecto de personas que aspiran prestar sus servicios para la administración pública, nadie lo discute, pero no de aquellos que ya poseen derechos adquiridos con anterioridad.

De igual forma, el Tribunal Constitucional, en la sentencia en cuestión, señala que, atendiendo a lo señalado por el numeral d) del artículo III del Título Preliminar de la Ley del Servicio Civil respecto a la meritocracia, el régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles; es decir que en virtud a dicha norma, ingresarán al sector público únicamente aquellas personas que sean ganadoras de un concurso público de méritos abierto. Al respecto teniendo en cuenta que la Ley del Servicio Civil se viene implementando progresivamente y al tomar el Tribunal como fundamento de su propio precedente una normatividad que aún no se implementa de manera íntegra en nuestro país, ¿es idóneo que mediante un Precedente Vinculante el Tribunal Constitucional pretenda implementarla sosteniendo uno de sus principios básicos como es el de la meritocracia? Definitivamente no. Dicha implementación deberá ser hecha por los órganos competentes, como son el Ministerio de Trabajo, o las propias entidades donde se pretenda implementar tal régimen.

En cuanto al *subprincipio de necesidad*, que está íntimamente relacionada con el subprincipio de idoneidad de la medida en razón de que no debe existir otro medio alternativo que revista dicha idoneidad para alcanzar un objetivo; al concluir que no es idónea la medida para hacer prevalecer el principio de meritocracia contenida tanto en la Ley del Servicio Civil como en la Ley Marco del Empleo Público (esta segunda derogada por la primera), no habría necesidad en el recorte del derecho a la protección restitutiva que en nuestro país se venía amparando por más de una década, más aun si existen otros medios alternativos idóneos para implementar lo señalado en la Ley de Servicio Civil de acuerdo a los

órganos y entidades correspondientes pues daría la impresión que mediante el precedente vinculante en cuestión quiere imponerse dicho régimen laboral de forma general, existiendo los mecanismos adecuados a seguir para su implementación.

Finalmente, y en cuanto al *subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*, debe esclarecerse si la realización del fin perseguido con la dación del precedente vinculante en cuestión (garantizar el principio de meritocracia en el sector público) es proporcional al recorte del derecho a la reposición como protección frente al despido arbitrario por parte de trabajadores del régimen privado en el sector público. Será legítimo todo recorte de derechos si es que el fin perseguido es equivalente o proporcional a la afectación causada. En este sentido, es totalmente válido que actualmente en nuestro país se trate de implementar de manera uniforme, total y pronta la Ley de Servicio Civil, que toma como fundamento la meritocracia en el acceso a la administración pública, y no es ajeno que las instituciones estatales, principalmente aquella que debe hacer prevalecer la constitucionalidad de las leyes (Tribunal Constitucional) intente formar parte de tal implementación. Dicha Ley (Ley° 30057) señala en el numeral d) de su artículo III del Título Preliminar que el régimen del Servicio Civil, incluyendo la permanencia, progresión, (...), se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto. En este sentido, ¿es proporcional que, imputando un despido, sea arbitrario-incausado o fraudulento, el empleador, que es el Estado, pretenda deshacerse de un trabajador no pudiendo éste solicitar su reposición si dicha acción fue ilegal por el solo hecho que debe prevalecer la meritocracia en la función pública y al no haber ingresado por concurso público no pueda el trabajador seguir prestando sus servicios en la entidad donde venía laborando? O ¿Es proporcional el hecho de no posibilitar la reposición al trabajador que culminó sus servicios por vencimiento de un contrato simulado en cual, en base al material probatorio se ha determinado que ha estado desnaturalizado por el hecho de hacer prevalecer la meritocracia en el sector público? No hay manera de que exista proporcionalidad entre el fin de la meritocracia que defiende el

Tribunal Constitucional con el recorte de un derecho esencial en el ámbito del derecho del trabajo.

Ahora bien, la aplicación del test de proporcionalidad a este caso concreto, referente a la vulneración del principio-derecho de igualdad entre trabajadores del sector público y del sector privado en cuanto a su derecho a solicitar la reposición en su puesto de trabajo, permite concluir en que el Precedente Constitucional Vinculante contenido en la sentencia del expediente N° 05057-2013-AI/TC no es diferenciadora, resultando, por el contrario, discriminatoria y, por tanto, vulnera el mencionado principio-derecho.

5. IMPLICANCIAS DE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO – DERECHO A LA IGUALDAD.

Si el Tribunal Constitucional, atribuyéndose las competencias que tendría el ejecutivo o legislativo de establecer parámetros o directrices respecto de los costos que generan reponer a un ex trabajador a su puesto que venía desempeñando producto de un despido injustificado debidamente comprobado, no ampara un derecho establecido en la Constitución (como es el de la adecuada protección frente al despido arbitrario) y que como se ha señalado anteriormente, ha venido aplicando todo lo contrario por más de quince años, genera, además de inestabilidad laboral por parte de aquellos trabajadores que no ingresaron a laborar mediante concurso público pero que llevan toda una vida prestando servicios para el Estado mediante el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, una especie de rechazo, en primer lugar al servicio hacia Estado, pues desincentiva a la población económicamente activa que se inserta al mundo laboral a realizar una prestación personal, remunerada, sea subordinada o no subordinada (ej. Locación de servicios) hacia el Estado, sea la modalidad que fuere, a causa de la inseguridad generada; por lo que un gran grupo de personas preferiría optar por el sector privado que sí le ofrece una protección adecuada contra el despido arbitrario.

Asimismo, como ya se ha mencionado, se retrocedería a los años 90 e inicios del 200º, donde muchos empleadores (en este caso el Estado),

contarían con una carta libre para realizar despidos injustificados y solamente otorgarles la indemnización por despido arbitrario, vulnerándose principios y recortándose derechos a los trabajadores afectados causando inseguridad jurídica.

Hace tan solo un poco más de seis años, en el 2009 se revelaron los resultados de una encuesta virtual elaborada por Universia Perú para el CADE Universitario del mismo año, en la cual se señalaba que solo un 49% de universitarios estarían muy dispuestos a trabajar en el sector público detallando que las principales motivaciones por la cual los jóvenes estarían interesados en trabajar para el Estado son: Proyección y desarrollo profesional (29%), Estabilidad Laboral (21%) y Contribuir al país (15%) pero marcando una tendencia hacia la disminución en el interés de los jóvenes de laborar para el sector público.

Asimismo, se conversó sobre los beneficios y riesgos que debe que tener en cuenta el joven que decida optar por el sector público, señalando que “el mayor beneficio es la satisfacción de saber que cualquier logro no es personal, sino que se extiende a miles de personas. Asimismo, destacaron que todos los trabajadores de este sector tienen la enorme posibilidad de ser protagonistas del cambio.

En contraparte, los expositores coincidieron en que la lentitud en los procesos administrativos, son la mayor desventaja de este sector. Además de ello, señalaron que en el Sector Público hay una tendencia a que las cosas no se muevan, generalmente, por el miedo al error. Recordaron que esto se debe a que, al estar más expuestos al escrutinio público, existe una constante amenaza de crítica y de deterioro de la imagen”⁷⁸.

Si esto era lo que se pensaba en aquel entonces acerca del trabajo para el Estado, imaginémonos lo que se piensa ahora, teniendo en cuenta los innumerables cuestionamientos al Estado en estos últimos años.

Como se ha visto, la tendencia del joven contemporáneo es la de prestar servicios en un sector donde le ofrece mayor bienestar, tanto económico como social, agregándole ahora a ello con esta sentencia del Tribunal

⁷⁸ Consulta realizada en la página web: <http://noticias.universia.edu.pe/en-portada/noticia/2009/05/29/714441/es-mejor-sector-publico-privado.html> 17/07/17

Constitucional en cuestión, un sector que ofrece mejor protección ante un despido injustificado producto de una desnaturalización de su contrato modal o civil.

Si un joven decide prestar sus servicios mediante un contrato civil de locación de servicios o mediante un contrato sujeto a modalidad para el Estado, sin haber ingresado para ello necesariamente mediante un concurso público de méritos, en una plaza presupuestada y vacante, y de pronto advierte que dicho contrato no se sujeta al ordenamiento jurídico laboral (se desnaturaliza el contrato) no va a poder optar por una pretensión de reposición en su puesto de trabajo limitándose a solicitar una indemnización, a diferencia de lo que ocurriría si ese mismo joven presta sus servicios para el sector privado.

Finalmente, tal como viene interpretando el Tribunal Constitucional respecto del fundamento de meritocracia, esta clase de fallos podría aplicarse en un futuro no muy lejano a los trabajadores del sector privado.

6. ¿CÓMO SUPERAR LA VULNERACIÓN A PRINCIPIOS COMO EL PRINCIPIO – DERECHO DE IGUALDAD EN PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Como ya se ha visto en el capítulo II de la presente investigación, el Tribunal Constitucional tiene la facultad de emitir “precedentes constitucionales vinculantes”, regulados en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los que constituyen, vía interpretación del supremo intérprete de la Constitución, premisas normativas de rango constitucional para la solución de un caso concreto, cuyos efectos son vinculantes para aplicarlos en casos futuros, condicionados a que dichos casos sean iguales o similares al que dio origen al precedente. Es importante mencionar de manera reiterativa que éstos deben darse bajo los parámetros de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Perú, como también dentro de los marcos interpretativos dados por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, de tal modo que tengan plena validez y puedan surtir sus efectos erga omnes. En el presente capítulo se abordará un tema vinculado a la validez del Precedente Constitucional Huatuco Huatuco [y por ende de los precedentes vinculantes en general], el cuál es la posibilidad de que este precedente sea inaplicado por la judicatura nacional tomando en cuenta, efectivamente, su ajuste o no a la Constitución Política del Perú y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro país.

Teniendo en cuenta lo señalado en el capítulo referido a Precedentes Vinculantes en la presente investigación, existe, procesalmente hablando, una manera de que el precedente vinculante no sea aplicado para determinados casos, esto utilizando la técnica del distinguishing y el precedente Huatuco no es ajeno a que los operadores jurídicos puedan aplicarla. Sin embargo, como se ha dicho también, esto no implica necesariamente un apartamiento de los precedentes constitucionales vinculantes, por lo que se tendrá que recurrir a figuras constitucionales e internacionales que, de alguna manera, amparen al juez a poder decidir si aplica o no un precedente vinculante de acuerdo a su discrecionalidad tomando como base los derechos fundamentales de la persona humana.

6.1. EL DISTIGUISHING EN EL PRECEDENTE VINCULANTE EXP N°. 05057-2013 - PA/TC - ROSALÍA HUATUCO HUATUCO.

Como se señaló precedentemente, la técnica del distinguish o distinguishing es una excepción a la obligatoriedad de que el precedente vinculante debe aplicarse a casos sustancialmente similares, pues debido a que se determina que el caso no es sustancialmente igual al que dio origen al precedente, este se deja de lado y el juez resolverá en base a su independencia. No obstante, no supone, en sentido estricto, la inaplicación de un precedente vinculante, sino la identificación de aquellos casos que se encuentran fuera de su alcance normativo. Es necesario hacer esta atinencia pues se suele

confundir entre la inaplicación propiamente dicha y la simple distinción de casos donde el precedente vinculante no puede ser aplicado.

El apartamiento por parte de los jueces nacionales de un precedente a través del *distinguishing*, no resulta un asunto tan sencillo. Requiere de un esfuerzo adicional que implica que, previamente, se deba identificar la *ratio decidendi* de la Sentencia, en cuanto, solo a partir de la identificación de la *ratio decidendi*, podemos efectuar la técnica argumentativa del *distinguishing*.

Ante ello el Tribunal Constitucional en la STC. N.º 0024-2003-AI/TC ha señalado que la *ratio decidendi* o la razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. Así también señala:

“En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis.”

Asimismo, considero necesario señalar lo dispuesto por Félix Ramírez Sánchez, Juez de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, en su sentencia 054-2014-0-1618-JM-LA-01, la cual expresamente señala:

“(…) podemos colegir la existencia de tres pasos que debe tener en cuenta todo operador jurídico y en especial el Juez del caso concreto, al momento de resolver un conflicto llevado a su competencia, para poder determinar la aplicación o no del precepto normativo extraído del precedente vinculante, y estos son :

1.- Identificar las circunstancias fácticas que rodean al precedente, en relación a los hechos que fueron tomados en consideración en el razonamiento judicial realizada por el Tribunal

2.- Identificar del texto del precedente vinculante, cual es el que despliega el efecto normativo para la aplicación futura por parte

de los jueces, nos referimos a la “**ratio decidendi**” o **razón suficiente** como lo ha definido nuestro Tribunal Constitucional, la que es entendida como aquella parte de la sentencia en la que se expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable que adopta el Tribunal Constitucional y que, como es obvio, es determinante para resolver la Litis. Su identificación es clara en nuestro sistema jurídico ya que es el mismo Tribunal el que indica en forma expresa que preceptos normativos de la sentencia tienen ese carácter vinculante; y finalmente

3.- Realizar la comparación o constatación de los hechos fácticos del precedente con los hechos fácticos del nuevo caso, para verificar si ambos son iguales o similares, ya que es una condición sustancial para aplicar el precedente constitucional, conforme se ha desarrollado en el considerando precedente de la presente sentencia, es que el nuevo caso sea homólogo al que dio origen al precedente; así lo estableció el mismo Tribunal Constitucional STC No. 24-2003-TC al indicar: **“El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de: a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente”**.

En este sentido, podemos decir que la *ratio decidendi* o razón suficiente del precedente contenido en la sentencia contenida en el expediente N° 05057-2013-PA/TC es que los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada en el sector público deben ingresar a la administración pública (sector público) mediante un concurso de méritos, en una plaza presupuestada y vacante, tomando como base lo señalado en la Ley de Servicio Civil sobre el principio de meritocracia.

Ahora, en base a esta breve explicación, procederé a señalar sobre qué supuestos no se va a aplicar el precedente constitucional vinculante contenido en la sentencia del caso Rosalía Huatuco Huatuco en base a la técnica del *distinguishing*.

6.2. SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE HUATUCO POR LA TÉCNICA DEL DISTINGUISH.

Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de forma expresa, mediante la Casación Laboral N° 12475 – 2014 Moquegua sobre reposición, aquellos supuestos de inaplicación del precedente Huatuco en atención a los numerosos casos que se vienen analizando a nivel nacional sobre la aplicación o no del mencionado precedente y en virtud de la facultad de unificación de la jurisprudencia prevista en el artículo 384° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión de la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la Corte Suprema considera que es necesario establecer criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del precedente constitucional vinculante contenido en el expediente N° 05057-2013-PA/TC JUNÍN.

Por ello, este precedente no se aplica en los siguientes casos:

- 1.- Cuando la pretensión demandada este referida a la nulidad de despido, prevista en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y Leyes especiales.
- 2.- Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 o de la Ley N° 24041.
- 3.- Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- 4.- Cuando se trate de trabajadores sujetos al régimen de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
- 5.- Cuando se trate de trabajadores al servicio del Estado señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. → Disposición declarada INCONSTITUCIONAL por la STC 025-2013-PI/TC del 26 abril 2016.

6.- Cuando se trate de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el artículo 40° de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, a modo de complemento a lo señalado por la Corte Suprema, diversos estudiosos del tema, como el Dr. Omar Toledo Toribio, señalan que además de los mencionados, debemos tener en cuenta los siguientes:

7.- Cuando la demanda no contiene la solicitud de reposición sino que existiendo prestación de servicios vigente se está peticionando la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS.

8.- Cuando no existe vínculo contractual vigente y la demanda contiene la solicitud de declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado por primacía de la realidad (contratos de locación de servicios) y/o la desnaturalización de contratos modales y/o contratos CAS, además del pago de beneficios sociales y, de ser el caso, indemnización por despido arbitrario. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (S) sentencia Del 15/7/2015- 4ta.Sala Laboral de Lima).

6.3. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL PRECEDENTE HUATUCO POR DISTINGUISHING:

Cabe realizar precisiones respecto a los supuestos señalados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la del Dr. Omar Toledo Toribio:

a) Despido Nulo vs. Despido Arbitrario:

Respecto al supuesto primero, al tratarse de una demanda por despido nulo, la reposición será el mecanismo de protección adecuada contra este tipo de despido haya ingresado, el trabajador o trabajadora, a una plaza en la administración pública mediante concurso público o no, pues el precedente vinculante en cuestión es claro al emitir su premisa normativa de no reposición en el sentido

que dicha pretensión no podrá otorgarse a aquel trabajador o trabajadora que demanda por despido arbitrario-incausado-fraudulento, mas no por despido nulo.

b) Régimen Laboral Público:

Respecto al segundo supuesto, se tiene claro que el precedente vinculante solamente dirige su eficacia a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, es decir aquellos trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N°. 728, TUO de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral. El Decreto Legislativo N°. 276 regula el régimen laboral de la actividad pública (Ley de Bases de la Carrera Administrativa) y la Ley N° 24041 la protección a la que los trabajadores de este régimen laboral tienen derecho.

c) Obreros:

En relación al tercer supuesto, considerando que el precedente vinculante en cuestión se emitió en relación a los servidores del Estado sujetos al Régimen Laboral del Decreto Legislativo 728, se adoptó el criterio de comprender a todos los trabajadores de entidades estatales sujetos a dicho régimen laboral, incluyendo, en un inicio, a los trabajadores obreros, al no evidenciarse de los alcances del Precedente Vinculante una excepción en relación de estos servidores. Sin embargo, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha veintitrés de junio del dos mil dieciséis (Expediente N° 06681-2013-PA/TC – Lambayeque, Cruz Llamos), este organismo autónomo hace una aclaración respecto de la aplicación del Precedente Huatuco, así en el considerando quinto señala: *“...este Tribunal estima necesario distinguir más claramente entre función pública y carrera administrativa, en atención precisamente a lo dispuesto en el “precedente Huatuco”. Así, sobre la base de lo dispuesto en la STC Exp. N° 05057-2013-PA sobre la función pública, es claro para este órgano colegiado que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa, y que sólo a este último grupo de personas, los que vienen efectuando carrera administrativa, es que corresponde aplicar las reglas del*

“precedente Huatuco”, referidas al pedido de reposición” En el fundamento 11 el Tribunal señala lo siguiente: “11. (...), es claro que el “precedente Huatuco” solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que forman parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).; luego, en los considerandos 13, 14, 15 y 16 expresamente establece: **13.** “En este sentido, y sobre la base de lo anotado hasta aquí, este Tribunal considera conveniente explicitar cuáles son los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el precedente Huatuco, permiten la aplicación de la regla jurisprudencial allí contenida: (a) El caso debe referirse a la **desnaturalización de un contrato**, que puede tratarse de uno **temporal** (a.1) o de **naturaleza civil** (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente. (b) debe pedirse la **reposición** en una plaza que forma parte de la **carrera administrativa** (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un **concurso público de méritos** (b.2), y que además se encuentre **vacante** (b.3) y **presupuestada** (b.4). **14.** En atención a estos criterios de procedibilidad tenemos que el caso puesto en consideración de este Tribunal es uno en el que se reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. **15.** Sin embargo, el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal,

sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa. 16. En consecuencia, y al no ser aplicable el “precedente Huatuco”, este Tribunal se avocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario.”

Es en base a esta explicación básicamente normativa que los efectos del precedente Huatuco no alcanzan a los obreros municipales por no realizar carrera administrativa [aunque realicen función pública] pese a estar enmarcados dentro del régimen laboral de la actividad privada. Es así que el mismo Tribunal Constitucional utiliza la técnica del distinguish o distinguishing en el fundamento 11 de la sentencia aclaratoria del precedente Huatuco.

d) CAS:

Con respecto al punto cuarto, siendo el Contrato Administrativo de Servicios, regulado mediante Decreto Legislativo N° 1057, un régimen especial diferente al regulado mediante el Decreto Legislativo N° 728, Texto único Ordenado de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral el cual regula el régimen laboral de la actividad privada, no corresponde aplicar el precedente en cuestión por ser este explícito en señalar que se aplicará únicamente respecto de trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada en el sector público, siendo que el régimen CAS, si bien es cierto es un régimen que vincula al trabajador con el Estado, tiene una regulación distinta a los demás regímenes.

e) Ley Servir:

La Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil establecía en su primera disposición complementaria final que existirán trabajadores al servicio del Estado no comprendidos en dicha ley, los cuales son:

“No están comprendidos en la presente Ley los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera

disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023, así como los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República ni los servidores sujetos a carreras especiales. Tampoco se encuentran comprendidos los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales. Para los efectos del régimen del Servicio Civil se reconocen como carreras especiales las normadas por: a) Ley 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República. b) Ley 23733, Ley universitaria. c) Ley 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud. d) Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial. e) Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas. f) Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú. g) Ley 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria. h) Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. i) Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial. Las carreras especiales, los trabajadores de empresas del Estado, los servidores sujetos a carreras especiales, los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales, las personas designadas para ejercer una función pública determinada o un encargo específico, ya sea a dedicación exclusiva o parcial, remunerado o no, así como los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República se rigen supletoriamente por el artículo III del Título Preliminar, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Proceso Administrativo Sancionador, establecidos en la presente Ley”⁷⁹.

⁷⁹ Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N°. 30057 – Ley del Servicio Civil.

Esto debido a que, al ser la Ley SERVIR, una norma que pretende unificar los regímenes laborales de manera progresiva en el sector público de nuestro país, y a la vez, por ser la norma en la que el Precedente Vinculante Huatuco está inspirado, definitivamente debe existir correspondencia entre lo señalado por el Precedente Vinculante en cuestión y lo señalado por la Ley del Servicio Civil en lo que se refiere a trabajadores no sujetos a dicha ley.

No obstante, como ya se ha señalado precedentemente, esta disposición ha sido declarada inconstitucional en parte por la STC del Expediente N° 025-2013-PI/TC de 26 abril 2016, sobre la acción de inconstitucionalidad contra la Ley del Servicio Civil, quedando en lo posterior subsistente esta primera disposición complementaria final con el siguiente contenido: "**PRIMERA. Trabajadores, servidores, obreros, entidades y carreras no comprendidos en la presente Ley.** No están comprendidos en la presente Ley los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023, ni los servidores sujetos a carreras especiales. Para los efectos del régimen del Servicio Civil se reconocen como carreras especiales las normadas por: a) Ley 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República. b) Ley 23733, Ley universitaria. c) Ley 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud. d) Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial. e) Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas. f) Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú. g) Ley 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria. h) Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público. i) Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial. Las carreras especiales, los trabajadores de empresas del Estado, los servidores sujetos a carreras especiales, las personas designadas para ejercer una función pública determinada o un encargo específico, ya sea a dedicación exclusiva o parcial, remunerado o no, se rigen supletoriamente por el artículo 111 del

Título Preliminar, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Proceso Administrativo Sancionador, establecidos en la presente Ley".

En este sentido, la Ley Servir debe ser aplicada también a dichas entidades como son: El Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República.

Respecto a los regímenes especiales, corresponde no aplicar la regla sentada por el precedente Huatuco (al igual que la Ley del Servicio Civil) en vista de que estos tienen la característica de ser regímenes laborales sectoriales/especiales del Estado para un determinado sector, con regulación propia pues en base al principio de especificidad/especialidad, se debe preferir la norma especial ante la norma general, aunque claro, la norma general será la regulada mediante el Decreto Legislativo N° 276, que regula el régimen laboral del sector público, y por ende resultan doblemente exonerados de los efectos de la ley servir, y en consecuencia del precedente vinculante Huatuco.

f) Artículo 40° de la Constitución:

Este artículo señala en sus líneas lo siguiente:

“La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y

otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”⁸⁰.

Al establecerse mediante este artículo que aquellas personas que desempeñan cargos políticos y de confianza en el Estado no están comprendidos dentro de los alcances de la carrera administrativa, y tal como lo manifestó el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Cruz Llamos, el bien jurídico que se protege con el precedente Huatuco es la “carrera administrativa”; por tanto, definitivamente quienes no forman parte de esta carrera, como específicamente lo señala la Constitución, no podrán estar sujetos a las disposiciones del precedente Huatuco.

g) Declaración de existencia de una relación laboral indeterminada: Teniendo en cuenta que para la aplicación de la técnica del distinguish se debe realizar la comparación o constatación de los hechos fácticos del precedente con los hechos fácticos del nuevo caso, observando el antecedente del precedente, la señora Rosalía Huatuco no demandaba la declaración de existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado pues no existía vínculo vigente al momento de demandar, lo que solicita es la reposición en su puesto de trabajo o en uno similar, en tanto, al no coincidir los petitorios en comparación con una persona que demanda la existencia de una relación laboral indeterminada, no cabe aplicar los efectos del precedente Huatuco, por lo que de probarse dicha pretensión, deberá declararse fundada.

h) Declaración de existencia de relación laboral indeterminada con beneficios y/o indemnización: El demandante puede no tener vínculo contractual con su ex empleador, sin embargo, eso no le impide que pueda demandar la existencia de una relación laboral de carácter indeterminado sin necesariamente tener que solicitar su reposición. Este caso ocurre generalmente cuando se tienen beneficios sociales pendientes de pago, es decir, un locador de

⁸⁰ Artículo 40° de la Constitución Política del Perú de 1993.

servicios o un trabajador sujeto a un Contrato Administrativo de Servicios cuya relación laboral es declarada con carácter indeterminado bajo los alcances del Decreto Legislativo N°. 728 puede acceder a beneficios laborales mayores en comparación de los que en su contrato primigenio (declarado desnaturalizado) percibía y así solicitar su reintegro.

En este sentido, es fundamental distinguir aquellos casos en los que sí se debe aplicar los efectos del precedente vinculante Huatuco de aquellos en los que no a fin de hacer prevalecer los derechos de aquellas personas que no se encuentran enmarcadas dentro del carácter vinculante de dicho precedente, como son los señalados precedentemente. No obstante, ya se ha establecido que, en estricto sentido, la técnica del distinguishing no se trata de un apartamiento propiamente dicho de un precedente vinculante, sino de una distinción entre aquellos supuestos cuya aplicación del precedente es obligatoria y aquellos en los que no lo es. Es por esta razón que se necesita de algún otro medio o instrumento por el cual el juzgador (del Poder Judicial) pueda dejar de lado el precedente vinculante Huatuco sobre aquellos casos que sí se encuentran enmarcados dentro de este precedente, esto para hacer que la prevalencia de los derechos fundamentales de los trabajadores se mantenga por encima de toda disposición o regla normativa.

7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LOS JUECES NACIONALES SOBRE PRECEDENTES CONSTITUCIONALES VINCULANTES.

7.1. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:

El concepto de “Control de Convencionalidad” ha sido creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La institución surge a partir del caso “Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile” del 26 de septiembre de 2006. Así, en el considerando 124 se estimó lo siguiente:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁸¹.

Es a partir de este caso en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido estableciendo los alcances del control de convencionalidad a lo largo del tiempo, siendo que se ha señalado su contenido, de acuerdo a lo siguiente:

- a) “Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;

⁸¹ Caso “Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile” – CIDH - 26 de septiembre de 2006. (Fundamento 124)

- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CIDH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”⁸².

7.2. COMPATIBILIDAD DE DISPOSICIONES INTERNAS CON LA CADH Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH.

7.2.1. EL SISTEMA INTERNACIONAL E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:

Es necesario hacer una breve reseña de cómo surgió el sistema de protección de los Derechos Humanos a lo largo de la historia hasta el día de hoy.

“El derecho internacional de los derechos humanos, al ser una rama del derecho internacional público, no resultó ajeno al proceso de codificación tanto a nivel internacional como regional. Tras el término de la Segundo Guerra Mundial, los Estados estaban determinados a dignificar a la persona humana, a brindarle la protección internacional que fuera

⁸² Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº. 7– “El Control de Convencionalidad” – Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca DANIDA

necesaria. En este cometido, las organizaciones internacionales y regionales jugaron un papel fundamental en el proceso de creación normativa”⁸³.

Es de esta manera que a nivel internacional, este sistema se implementó con la Organización de las Naciones Unidas, estableciendo prioridad en la regulación de disposiciones en materia de derechos humanos. En este contexto, la Carta de las Naciones Unidas, que incluye por primera vez la terminología de “Derechos Humanos” señala en su artículo 55º, que es el más importante en este ámbito pues establece que la Organización debe promover: “(c) el respeto universal por, y la observancia de, los derechos humanos y las libertades para todos sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. El artículo 56º establece que: “Todos los miembros se comprometen a emprender acciones de forma conjunta o separada en cooperación con la Organización para el logro de los propósitos establecidos en el artículo 55”. A nivel de la región, la Organización de Estados Americanos hizo lo mismo en materia de codificación de disposiciones sobre Derechos Humanos. Es así que se creó la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual representa la culminación de un proceso en el continente americano que inició al término de la Segunda Guerra Mundial, pues en el mes de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica los delegados de los Estados Miembros de la OEA redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978. Para efectos de mayor comprensión, dicha Convención estableció dos órganos competentes para conocer de

⁸³ SIMMA, BRUNO, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*, en IV (2) *Collected Courses of the Academy of European Law* 155, 1993, p. 174.

las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados parte ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención siendo necesario que se hayan utilizado los procedimientos que la propia Convención prevé, tales como el previo agotamiento de los instrumentos internos. Es por ello que el este sistema de protección a nivel internacional tiene carácter subsidiario.

7.2.2. APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES:

En vista de que nuestro país, el 28 de julio de 1978, depositó en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA), el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra sometido a las disposiciones contenidas en dicho instrumento internacional, las cuales deben guardar relación con las normas internas. En este sentido, el operador jurídico tendrá frente a sí, un cúmulo de normas de origen nacional e internacional que apuntan hacia una misma dirección, entonces ¿cómo se interpreta ese derecho?, pues de la manera en la que se otorgue la mayor protección tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. “En efecto, una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el internacional es a través de la cláusula de interpretación conforme, que es la técnica hermenéutica por medio de la cual los principios y normas contenidos en las disposiciones nacionales son

armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”⁸⁴.

7.2.3. APLICACIÓN DE UN INSTRUMENTO DE CONTROL PARA LA PREVALENCIA DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO INTERNO Y LA CADH:

Al ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos el órgano facultado para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales que le confieren competencia, sus decisiones u opiniones tienen un alto valor para la interpretación de las obligaciones de los Estados en el continente americano. Con el objetivo de dar plena eficacia a los derechos humanos a nivel de Latinoamérica, la Corte elaboró la doctrina del control de convencionalidad, la cual señala que los órganos del Estado en el marco de sus competencias, deben tomar en cuenta la CADH y la interpretación que sobre ésta ha realizado la propia Corte. El control de convencionalidad es un “potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos”⁸⁵. De acuerdo a la CIDH esta doctrina tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional; los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno.

⁸⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en: Carbonell, Miguel, et al (coords.), La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 2011, p. 358.

⁸⁵ SAGUES, Néstor, Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1, 2010, p. 118.

7.3. APLICACIÓN EX OFFICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala en el fundamento 128 del fallo del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú lo siguiente:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”⁸⁶.

Asimismo, en la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, en su fundamento 225, la Corte señala que: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus

⁸⁶ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú – CIDH - Sentencia de 24 de Noviembre de 2006 (fundamento 128).

jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁸⁷.

De acuerdo a Guillermo Cabanellas de Torres, la definición de Ex officio proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental es: (Locución latina) De oficio; por deber del cargo; sin necesidad de instancia de parte; como casi todo el enjuiciamiento criminal.

Es decir, que las autoridades judiciales en nuestro país deben realizar un control de convencionalidad (además de un control de constitucionalidad) por propia iniciativa, sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite dentro de un proceso judicial, esto como un deber suyo y en base al sometimiento a los lineamientos de la Convención Americana de Derechos Humanos y a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De la misma manera, nuestro propio Tribunal Constitucional señala dicha obligatoriedad y vinculatoriedad que los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos

⁸⁷ Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México – CIDH - del 26 de noviembre de 2010 (fundamento 225).

Humanos y de la propia CADH tiene respecto a todo poder público nacional, estableciendo lo siguiente:

“La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”⁸⁸. (Subrayado mío).

Para una mayor comprensión, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política del Perú señala que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”; de igual manera, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala de forma expresa que “el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos

⁸⁸ STC del expediente No. 2730-2006-PA/TC, del 21 de julio de 2006, (fundamento 12).

Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Finalmente, el propio Tribunal en una de sus sentencias, señala que “se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano”⁸⁹. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional (así como los demás poderes públicos nacionales), siendo un organismo autónomo del Estado, se encuentra vinculado a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al ser esta la última intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto las decisiones de aquel no pueden ir en contra de esta.

7.4. DISPOSICIONES SUJETAS A CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:

Se sabe que el control de convencionalidad implica un control que los jueces nacionales, de oficio, deben realizar respecto a la normatividad interna y la Convención Americana de Derechos Humanos y/o las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, es

⁸⁹ STC del expediente N°. 00007-2007-PI/TC (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República) del 19 de junio de 2007, (fundamento 26).

necesario entender, desde la perspectiva de la máxima intérprete de la Convención (la CIDH) hasta qué clase de disposiciones alcanza la aplicación de este control.

Es fundamental tener en cuenta la Resolución De La Corte Interamericana De Derechos Humanos del 20 De Marzo del 2013 respecto del Caso Gelman Vs. Uruguay sobre Supervisión De Cumplimiento De Sentencia, pues en su párrafo 69 señala que: “en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”⁹⁰.

A partir de lo señalado en dicha resolución, el autor Sagües realiza una conclusión sobre ello, señalando que:

“es un mensaje para los operadores nacionales que “emiten” normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo,

⁹⁰ Resolución De La Corte Interamericana De Derechos Humanos del 20 De marzo De 2013 respecto del Caso Gelman Vs. Uruguay sobre Supervisión De Cumplimiento De Sentencia, (fundamento 69)

legisladores “inferiores”, como es el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo -algunas veces- de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia al sancionar su “reglamento interior” a tenor del artículo 113 de la Constitución nacional), o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos etcétera (...). En tal sentido, conviene agregar que ciertas cortes o tribunales supremos, al estilo estadounidense en Cooper vs. Aaron se han arrogado, y han consolidado su actitud por derecho constitucional consuetudinario, la facultad de sentar líneas jurisprudenciales que deben ser seguidas obligatoriamente por los tribunales inferiores. En tal supuesto, su doctrina judicial importa igualmente, y en lo material, norma, y está captada por la doctrina del control de convencionalidad. También es del caso prevenir que otros tribunales constitucionales han conferido valor obligatorio a sus precedentes, no por explícita disposición constitucional, sino legal, por ejemplo, enunciada en un código procesal constitucional. (...)”⁹¹.

Complementando lo señalado precedentemente por el autor, también sostiene que “en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.), está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria

⁹¹ SAGUES, Néstor Pedro. “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad” en el libro “Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria” Estudios en homenaje a Jorge Carpizo – Derechos Humanos Tomo V, volumen 2; Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Autónoma de México, Primera Edición Septiembre del 2015, pág. 377 - 378

para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma y, por ende, esta captada por dicho control”⁹².

En este sentido, y de acuerdo con el análisis realizado por el autor de una resolución emitida por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto las disposiciones normativas plasmadas en leyes (normas con rango de ley), reglamentos, resoluciones, entre otras, de autoridades nacionales, así como resoluciones expedidas por los tribunales nacionales, (dentro de los cuales se incluye al mismo Tribunal Constitucional) están sujetas a control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, de acuerdo a la propia jurisprudencia de la CIDH, resoluciones dentro de las cuales se encuentran los precedentes constitucionales vinculantes.

Asimismo, un precedente vinculante a diferencia de la ley, la que sí surge de una decisión del órgano legislativo, tiene un origen estrictamente “jurisprudencial”, es decir, que nace de una decisión judicial, específicamente de una interpretación dada por el Tribunal Constitucional; sin embargo, esta se manifiesta a través de una premisa normativa, cuyos efectos son totalmente “similares a la ley” en cuanto a la fuerza vinculante y obligatoria que genera sobre las decisiones futuras de los jueces en casos similares y futuros, quienes están obligados a acatarlos (precedente judicial).

7.5. PRECEDENTE VINCULANTE INCONVENCIONAL:

Nadie puede negar que el Tribunal Constitucional, al igual que el Poder Judicial, puede incurrir en excesos al emitir sentencias, y en especial a precedentes vinculantes, desbordándose del marco

⁹² SAGÜES, Nestor Pedro, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, Estudios Constitucionales, año 8 N°.1, editado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Universidad de Talca, Chile, 2010, pág. 136.

constitucional y convencional. Así tenemos lo afirmado por el profesor Luis Castillo Córdova, quien concluye sobre la existencia de la inconstitucionalidad y por extensión la inconvencionalidad de los precedentes vinculantes, así tenemos:

“(…) El precedente vinculante puede contravenir a la norma constitucional directamente estatuida en la Constitución [como también los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú que tienen igual rango normativo]. Si este fuera el caso, el precedente será jurídicamente inconstitucional [e incluso inconvencional]. Quiere esto decir que si bien es cierto el precedente vinculante siempre será una norma constitucional desde un punto de vista formal, podrá ser una norma inconstitucional [o inconvencional] desde un punto de vista material. Para estos casos, el precedente vinculante será una norma (formalmente constitucional) y a la vez será (materialmente inconstitucional)”⁹³. Corchetes míos.

Actualmente, no podemos negar la presencia de contradicciones entre un precedente constitucional expedido por el máximo intérprete de la Constitución con respecto a las normas convencionales sobre derechos humanos, ratificados por el Perú. Prueba de ello es el precedente vinculante contenido en la sentencia contenida en el expediente. No. 04293-2014-AA/TC, Caso Consorcio Requena) en el que se dejó sin efecto el precedente vinculante recaído en el expediente No.S74I-2004-AA/TC, Caso Salazar Yarleque) y a través del cual eliminó el control difuso en sede Administrativa, estableciendo como nueva regla que dicha técnica solo puede ser utilizado por el Poder Judicial; sin embargo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha perfilado recientemente una interpretación distinta a la del Tribunal Constitucional, y se ha dado en las sentencias

⁹³ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Validez y eficacia de los precedentes vinculantes”, Gaceta Constitucional No. 97- Lima, Perú; pág. 19

siguientes: sentencia del 29 de mayo del 2014 con el Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) vs Chile y en la sentencia del 28 de agosto del 2014 en la Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs República Dominicana, en las cuales han sostenido que “todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tiene la obligación de ejercer un control de convencionalidad”; es decir, amplía la función del control difuso a todos los entes estatales y no exclusivamente el Poder Judicial.

7.6. ROL DEL JUEZ NACIONAL:

De acuerdo al maestro Ferrer Mac-Gregor, “tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el *corpas iuris* interamericano a través de este nuevo "control".

En este sentido, el juez nacional está en la obligación de hacer prevalecer lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante control de convencionalidad, no existiendo el límite de que la aplicación de dicho control puede ser aplicado solamente a leyes, sus pares, decretos, entre otras emitidas por órganos cuya una de sus

funciones sea la expedición de este tipo de disposiciones, sino que se extiende a las resoluciones que también tiene carácter normativo, emitidas por los diferentes tribunales nacionales, incluido, claro está, al máximo tribunal de justicia de nuestro país en materia de Constitución y protección de derechos fundamentales, es decir, las sentencias vinculantes (precedentes) del Tribunal Constitucional.

8. ANÁLISIS DEL PRECEDENTE VINCULANTE CONTENIDO EN EL EXPEDIENTE N° 05057-2013 – AA/TC JUNIN Y SU INCONVENCIONALIDAD EN EL EXTREMO QUE LIMITA EL EJERCICIO DE DERECHOS A TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO EN COMPARACIÓN A TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO.

De acuerdo con lo desarrollado precedentemente, el Juez Nacional debe ejercer control de convencionalidad sobre el precedente constitucional, cuando las normas jurisprudenciales extraídas de este contravienen lo señalado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH).

Se ha analizado que el precedente vinculante Huatuco (contenido en la sentencia del expediente N°. 05057-2013-AA/TC JUNIN) vulnera el principio-derecho a la igualdad de derechos (valga la redundancia) de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada en el sector público, en comparación a los derechos de los trabajadores en el sector privado bajo el mismo régimen laboral, pues los primeros no pueden solicitar la reposición en su puesto de trabajo cuando demanden un despido arbitrario, incausado o fraudulento si no ingresaron a la entidad estatal mediante un concurso público de méritos en plaza presupuestada y vacante, mientras que los segundos tienen expedito este derecho sin el requisito de ingreso descrito.

Como se ha analizado, este hecho constituye una vulneración al principio-derecho de igualdad, principio rector, también contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues en su artículo 24°, señala expresamente:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Es necesario señalar las características de este artículo, precisando la primera de ellas, en la cual se consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos en la Convención, mientras que la segunda, en tanto derecho autónomo, genera **obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados**. Y la tercera es que se refiere específicamente a la **garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno** de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.

La primera parte del artículo alude a la igualdad ante la ley, mientras que la segunda se refiere a la igual protección de la ley sin discriminación. La forma como está redactada la disposición sugiere que el derecho a la igual protección de la ley es un corolario de la igualdad ante la ley. En efecto, el artículo 24 presenta el primero como una consecuencia del segundo.

Sin embargo, es importante aclarar que cada una de estas nociones expresa una concepción particular acerca del contenido y alcance del derecho a la igualdad. La primera noción, es decir el derecho a la igualdad ante la ley, “se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características”⁹⁴.

La propia Corte señala su noción respecto a este principio, estableciendo que “se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa,

⁹⁴ GONZALES, Marianne y PARRA, Óscar. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en Revista IIDH, Vol 47, San José 2008, p. 129.

por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”⁹⁵.

En referencia a la segunda noción que desarrolla el artículo citado de la CADH, existe el derecho de igual protección de la ley, e indefectiblemente, como ya se ha desarrollado, esto implica la intervención del Estado, en tal sentido, este, a través de las normas, debe otorgar igual protección a las personas, esto como base en la dignidad humana.

Asimismo, existe jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a este principio-derecho y el deber de los Estados parte de respetarlo. Así tenemos que:

“El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.

Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”⁹⁶.

⁹⁵ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párr. 55.

⁹⁶ Sentencia del Caso Yatama Vs. Nicaragua – CIDH - Sentencia de 23 de Junio de 2005 (fundamentos 184 – 185)

Por otra parte, la última parte del fundamento 18 de la sentencia del expediente N° 05057-2013-PA/TC que constituye precedente vinculante en la que se señala que:

“(…) esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado”.

¿Acaso no se vulnera el principio de igualdad al limitar la regla contenida en dicho precedente constitucional para un determinado sector de trabajadores?

Al tratarse de una regla que definitivamente recorta derechos, y habiendo sido considerada como vulneratoria al principio-derecho de igualdad contenido en el numeral 2 del artículo 2° y numeral 1 del artículo 26° de la Constitución Política y por ende al artículo 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos, era necesario que el Tribunal Constitucional analice las implicancias que esta regla acarrearía, constituyendo a todas luces un trato discriminatorio para aquellos trabajadores del sector público.

Es por ello que, a ojos de la Convención Americana de Derechos Humanos, no puede concebirse la idea de despojar de derechos a trabajadores de un determinado sector en comparación de otro, para hacer “prevalecer” un principio -meritocracia- contenido en una ley cuya implementación en el Perú es progresiva y no total aún, como es la Ley del Servicio Civil. La protección en contra del despido arbitrario por parte del Estado debe darse en un marco de igualdad sin ningún tipo de discriminación tal como lo señala el artículo 24° de la CADH, y como ya se analizó en el capítulo anterior, el hecho de que el Tribunal Constitucional haya establecido el precedente en cuestión contraviene dicho artículo al no poder, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N°. 728 en el sector público, solicitar una protección restitutiva de derechos, como es la reposición laboral, si no han ingresado a laborar a la administración pública bajo un concurso público de méritos.

En razón a todo lo expuesto, no cabe más que el juez nacional, sea del nivel que sea, aplique control de convencionalidad respecto del precedente vinculante Huatuco Huatuco cuando se ventile en su juzgado algún caso de algún trabajador bajo el régimen de la actividad privada en el sector público cuya pretensión o una de sus pretensiones sea la reposición en su puesto de trabajo, apartándose de las reglas contenidas en este por vulneración al principio de igualdad contenido en el artículo 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos.



CONCLUSIONES, SUGERENCIAS Y PROPUESTA:

CONCLUSIONES:

1. Como primera conclusión, se ha determinado que el precedente constitucional vinculante contenido en la sentencia del expediente N°.

05057-2013-PA/TC (Caso Huatuco) vulnera el principio-derecho de igualdad contenido en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú y por ende, contraviene lo establecido en el numeral 1 del artículo 26° del mismo texto constitucional, pues al aplicar el test de proporcionalidad respecto al principio-derecho de igualdad (analizando los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), se ha determinado que existe un trato discriminatorio y no diferenciado por razones objetivas en materia de protección frente al despido (arbitrario-incausado-fraudulento) hacia los trabajadores del sector público bajo el régimen de la actividad privada, en comparación a los trabajadores del sector privado bajo el mismo régimen laboral, al no ser posible que aquellos soliciten la reposición en su puesto de trabajo sin previamente haber acreditado haber ingresado a su plaza mediante un concurso público de méritos, en una plaza presupuestada y vacante.

2. Como segunda conclusión en el presente trabajo, se ha logrado establecer que, a partir de la determinación de la vulneración al principio de igualdad por parte del precedente vinculante Huatuco respecto de los dos artículos de la Constitución Política indicados en el punto primero, el juez laboral puede dejar de lado la aplicación de dicho precedente vinculante, ya sea utilizando la técnica del distinguish previa determinación de aquellos casos en los que definitivamente no podrá aplicarse en virtud de circunstancias de carácter fáctico entre el precedente vinculante y el caso concreto, no siendo esta técnica un apartamiento propiamente dicho, en estricto sentido, sino una simple distinción sobre los casos que se encuentran dentro de la esfera normativa de dicho precedente y aquellos que no lo están.
3. Como tercera conclusión, se ha determinado que dentro de los instrumentos internacionales que se podrían utilizar para que el juez laboral nacional realice un apartamiento, en estricto sentido, del precedente vinculante Huatuco, encontramos al Control de Convencionalidad, como el más idóneo. Esto en estricta relación con la primera conclusión, pues el artículo 24° de la Convención Americana

de Derechos Humanos regula el principio-derecho de Igualdad ante la Ley, tal como el inciso 2° del artículo 2 de la Constitución Política; y siendo el Perú un país que ratificó la convención y por ende tiene la calidad de estado miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene la obligación de establecer y adecuar sus lineamientos dentro del ordenamiento jurídico los cuales deberán ir de la mano con lo establecido por dicho instrumento internacional. Al vulnerarse el principio de igualdad del artículo 24° de la Convención con el indicado precedente vinculante, corresponde al juez laboral realizar, además de un control de constitucionalidad, un control de convencionalidad y de esta manera advertir la incompatibilidad existente entre lo señalado en dicho precedente respecto a la imposibilidad de amparo de la pretensión de reposición de un trabajador bajo el régimen laboral de la actividad privada en el sector público por no acreditar su ingreso mediante un concurso público abierto siendo, este trato, discriminatorio sobre la vía de protección frente al despido, en comparación a los trabajadores bajo este mismo régimen laboral en el sector privado, que tienen este derecho de manera incólume.

4. Como cuarta conclusión, parecería que el Tribunal Constitucional, al momento de emitir sus sentencias, y más específicamente, sus precedentes vinculantes cuando así lo señale en la propia sentencia, no está tomando en cuenta lo señalado por un instrumento internacional que el propio Estado Peruano ha ratificado, esto es la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de la máxima intérprete de este tratado, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que de manera tácita, vulneraría lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Este accionar poco prudente del supremo intérprete de la Constitución, en relación al precedente Huatuco, trae consigo a la visión de la población que se inserta al campo laboral de no querer formar parte de la Administración Pública debido a que los trabajadores no se encontrarían debidamente protegidos en casos de un despido de tipo injustificado, es decir, no

gozarían de estabilidad laboral en el caso que no ingresen a laborar mediante un concurso público; y además de la posibilidad de que a futuro se aplique el precedente al sector privado.

5. Finalmente, como quinta conclusión, se ha determinado que el Precedente Vinculante Huatuco tiene su espíritu en lo que señala la Ley de Servicio Civil, respecto al principio de meritocracia en la Administración Pública, la cual actualmente se viene aplicando de manera progresiva, siendo que, si lo que se quiere es que las disposiciones de esta ley sean aplicadas a todo el sector público de manera inmediata, se deberá indagar alguna otra manera en la que no se vean afectados los derechos de los trabajadores, como en la actualidad con la vigencia aun de este precedente vinculante.

SUGERENCIAS:

1. Como primera sugerencia, resulta necesario realizar mayor investigación sobre otros derechos fundamentales y principios vulnerados con la regla normativa contenida en el precedente vinculante de la Sentencia del expediente N°. 05057-2013-PA/TC Junín, pues no solo contraviene al principio-derecho de igualdad, sino y debido al carácter controversial de dicha sentencia, puede vulnerar muchos otros derechos constitucionales, laborales y procesales.

2. Es necesario que el Tribunal Constitucional realice, mediante un nuevo precedente vinculante, un nuevo pronunciamiento debidamente motivado alejándose completamente de la regla impuesta por el precedente vinculante Huatuco, en base a la técnica del Overruling.
3. Es fundamental que los Juzgados de Trabajo, al momento de recibir alguna demanda con pretensión de reposición, analicen detenidamente el contenido de la misma, pues, como se ha analizado claramente en el último capítulo de la presente investigación, la técnica del distinguishing puede ser utilizada en determinados casos, esto con la finalidad de determinar, incluso desde ese inicial momento procesal, si en el caso demandado se aplicará el precedente vinculante Huatuco, si este conserva su vigencia.
4. Capacitar a los magistrados y trabajadores judiciales de los módulos y salas laborales del Perú en materia de Control de Convencionalidad, pues este constituye la salida que muchos jueces buscan para poder apartarse de este precedente vinculante contenido en la sentencia del expediente N°. 05057-2013-PA/TC Junín, disminuyendo así el temor de no encontrar instrumento alguno para poder hacerle frente a la injusticia contenida en dicho precedente, haciendo que el respeto por los derechos fundamentales de los trabajadores prevalezca.

PROPUESTA NORMATIVA:

En este escenario de inestabilidad en las decisiones del Tribunal Constitucional con relación a la expedición de precedentes vinculantes inconstitucionales e inconvencionales, considero prudente que algunos artículos de normas clave para el funcionamiento de este órgano sean reformulados, estableciéndose aclaraciones mucho más específicas.

En primer lugar, debemos empezar por la ley base para el funcionamiento del Tribunal Constitucional, su ley orgánica, a modo de aclarar que los privilegios que se le concede legalmente no son ilimitados. En este sentido, se tiene lo siguiente:

LEY Nº 28301 - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:**Artículo 14°.- Privilegios inherentes a la función:**

“Los Magistrados del Tribunal no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad. No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal, salvo flagrante delito.”

Debiendo reformularse de la siguiente manera:

“Los Magistrados del Tribunal no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. No obstante, están obligados a emitir resoluciones de acuerdo a los parámetros señalados por la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en razón de la ratificación por parte del Estado Peruano de dicho instrumento internacional. También gozan de inmunidad. No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal, salvo flagrante delito.”

En relación al artículo regulatorio del precedente constitucional vinculante, casi escaso, dicho sea de paso, considero necesario recordar que las disposiciones del Título Preliminar constituyen principios básicos de todo el articulado que se regula, y que todos estos artículos están relacionados entre sí. Sin perjuicio de ello, conviene aclararle al Tribunal que lo regulado por el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional también se aplica a los otros artículos del Título preliminar, en este sentido:

LEY Nº 28237 - Código Procesal Constitucional**Artículo VII del Título Preliminar. - Precedente:**

“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

Debiendo reformularse de la siguiente manera:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, teniendo en cuenta lo señalado por el artículo V señalado precedentemente en este mismo cuerpo legal. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

BIBLIOGRAFÍA:

Normas Legales:

- Constitución Política del Perú de 1993
- Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional
- Decreto Legislativo N° 728 – TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral
- Decreto Legislativo N.º 276 – TUO de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa
- Ley N°. 30057 – Ley del Servicio Civil
- Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo

- Decreto Legislativo N°. 295 – Código Civil
- Ley N° 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- Ley N° 24041
- Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades
- Decreto Legislativo N° 767 - Ley Orgánica del Poder Judicial
- Decreto Legislativo N°. 1057
- Decreto Supremo 018-85-PCM
- Decreto Supremo N.º 005-90-PCM

Textos:

- GACETA JURÍDICA – CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, La Constitución Comentada – Tomo I, Edit. Gaceta Jurídica S.A., Primera edición diciembre 2005.
- GARCÍA, Manuel Alonso, “Derecho del Trabajo”, Barcelona, 1960, tomo I.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LÓPEZ, María. “Igualdad y discriminación”. Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- NEVES MUJICA, Javier, “Introducción al derecho laboral”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Los principios del derecho del trabajo”. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.
- GARCÍA MANRIQUE, Álvaro, “¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?”, Primera Edición, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, febrero 2010.
- JIMENEZ CORONADO, QUISPE CARLOS, FERNANDEZ HUAYTA, PEREZ CARRAZCO, “Manual Práctico laboral del Régimen de la Actividad Privada”, Edit. Instituto Pacífico S.A.C. – Lima – 2015.
- SANGUINETTI, Wilfredo. “El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al Derecho del Trabajo”. Cultural Cuzco Editores. Lima, 1988.

- BERNUY ALVAREZ, Oscar. “Contratación laboral”. Informe publicado en la revista Actualidad Empresarial N° 293 – Segunda quincena de diciembre 2013.
- ARCE ORTIZ, Elmer. “Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias”. Segunda edición actualizada. Lima, 2013. Editorial Palestra.
- DE BUEN, Nestor. “Derechos del trabajador de confianza”. *Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2000.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El despido en el Derecho Laboral Peruano” Tercera Edición, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2013.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Derecho del Trabajo” 11° edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- HUAMAN ORDOÑEZ, Lus Alberto – GACETA JURÍDICA; “El despido Laboral – Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento”, Primera Edición - noviembre 2014, Gaceta Jurídica S.A.
- VITTERI GUEVARA, Julissa Magaly – GACETA JURÍDICA; “El despido Laboral – Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento – “Tratamiento jurisprudencial del despido incausado”, Primera Edición - noviembre 2014, Gaceta Jurídica S.A.
- DE LA CRUZ CARPIO, Marlon Humberto – GACETA JURÍDICA; “El despido Laboral – Despido Nulo, Arbitrario, Incausado y Fraudulento – “El Despido Fraudulento y su Impugnación”, Primera Edición - noviembre 2014, Gaceta Jurídica S.A.
- AREVALO VELA, Javier; “Derecho del trabajo individual”, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino, Lima, 2012.
- TORRES VASQUEZ. Anibal; “Acto Jurídico”, 2da edición; Editorial Idemsa, Lima, 2001.
- FAVOREU, Louis, “Los Tribunales Constitucionales”, Barcelona, Ariel, 1994.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional”, México, Porrúa y CNDH, 2004.
- LEIBHOLZ, Gerhard, “Problemas fundamentales de la democracia moderna”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 149.

- ACUÑA CHAVEZ, Araceli, Tesis: “Funciones Y Competencias Del Tribunal Constitucional Peruano”, PUCP, Lima, 2014.
- BLACKSTONE, sir William, “Commentaries on the Laws of England”, 15th ed., printed by A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, London, 1809. Libro Primero, pp.68-69. CITADO POR TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, “El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú”, Adrus D&L Editores S.A.C., primera edición, 2009, Lima.
- GRAZIELE, Michele, “Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge” En: The oretical inquires in Law Vol. 10, N°2, 2009.
- AGUILA GRADOS, Guido; “El Precedente Constitucional – Hacia una teoría del precedente en el Perú”, Primera edición – Abril del 2017, Impresión en Escuela de Altos Estudios Jurídicos EGACAL, Lima.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian, “Precedente Constitucional Vinculante a la Peruana – Algunas Observaciones a la Regulación del Precedente Constitucional Vinculante en el Condigo Procesal Constitucional” En: *Justicia Constitucional – Revista de Jurisprudencia y Doctrina* Año III. N° 5, 2007.
- WEST, St. Paul, “Black’s Law Dictionary”, Minn., 1990, sexta edición, s.v. “stare decisis”
- BURTON, Steven “The Conflict Between Stare Decisis and Overruling Constitutional Adjudication” En: *Cardozo Law Review*. Vol.35, 2014.
- GARCÍA TOMA, Víctor, Artículo “Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante” – Lima, Setiembre 2013.
- GONZALES RAMIREZ, Luis Alvaro, “Determinación De Los Supuestos De La Inaplicación Del Precedente Huatuco” en el Boletín de Soluciones Laborales N° 92 / agosto 2015.
- SIMMA, BRUNO, “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”, en IV (2) Collected Courses of the Academy of European Law 155, 1993.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en: Carbonell, Miguel, et al (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 2011.

- SAGUES, Néstor Pedro. “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad” en el libro “Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria” Estudios en homenaje a Jorge Carpizo – Derechos Humanos Tomo V, volumen 2; Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Autónoma de México, Primera Edición Septiembre del 2015.
- SAGÜES, Nestor Pedro, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, Estudios Constitucionales, año 8 N°.1, editado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Universidad de Talca, Chile, 2010.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Validez y eficacia de los precedentes vinculantes”, Gaceta Constitucional No. 97- Lima, Perú.

Jurisprudencia Nacional e Internacional:

- STC del Expediente N° 05057-2013-AA/TC
- STC del Expediente N° 0048-2004-PI/TC
- STC del Expediente N° 008-2005-PI/TC
- STC del Expediente N° 03741-2004-AA/TC
- STC del Expediente N° 0024-2003-AI/TC
- STC del Expediente N° 0090-2004-A/TC
- STC del Expediente N° 3741-2004-AA/TC
- STC del Expediente N° 01875-2004-AA/TC
- STC del Expediente N° 00018-2003-AI/TC
- STC del Expediente N° 2235-2004-AA/TC
- STC del Expediente N° 00045-2004-AI/TC
- STC del Expediente N° 2730-2006-PA/TC
- STC del Expediente N° 00007-2007-PI/TC
- Sentencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el Expediente N° 00058-2014-0-1618-JM-LA-01
- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación Laboral N° 1247-2014-Moquegua

- Sentencia del caso “Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile”
– CIDH - 26 de septiembre de 2006
- Sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú – CIDH - Sentencia de 24 de noviembre de 2006
- Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México – CIDH
- del 26 de noviembre de 2010
- Sentencia del caso Yatama Vs. Nicaragua – CIDH - Sentencia de 23 de junio de 2005
- Resolución De La Corte Interamericana De Derechos Humanos del 20 De marzo De 2013 respecto del Caso Gelman Vs. Uruguay sobre Supervisión De Cumplimiento De Sentencia.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°. 7– “El Control de Convencionalidad” – Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca DANIDA

Consultas Web:

- <http://www.gerencie.com/reglamento-interno-de-trabajo.html>
- <http://conceptodefinicion.de/intuitu-personae/>
- <https://definicion.mx/igualdad-de-oportunidades/>
- <http://conceptodefinicion.de/estabilidad/>
- <http://definicion.de/retribucion/>
- <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/los-funcionarios-o-servidores-publicos-en-el-codigo-penal/>
- <http://files.servir.gob.pe/WWW/files/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>
- http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=T
- <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/DESPIDO-INDIRECTO-PERU/492717.html>
- <https://edwinfigueroag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/>
- http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007

- <http://noticias.universia.edu.pe/en-portada/noticia/2009/05/29/714441/es-mejor-sector-publico-privado.html>



ANEXO:

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Presentado por: Gabriel Alejandro Ramos Zantalla

1.- TÍTULO:

“ANÁLISIS DE LA ORIENTACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE REPOSICIÓN DE TRABAJADORES SUJETOS AL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA CONSECUENTE VULNERACION AL PRINCIPIO LABORAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY”.

2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

En el año dos mil trece, el Tribunal Constitucional mediante su sentencia contenida en el expediente EXP. 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco) emitió un precedente vinculante altamente cuestionado por la doctrina nacional, pues se establecieron lineamientos de protección contra el despido arbitrario –considerados por muchos– transgresores del Derecho al Trabajo. Dicho precedente establecía que: “(...), en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo N° 728, en el Ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen con el Sector Público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo N° 728 para el Sector Privado”, de tal modo que elimina la reposición como medida de protección adecuada contra el despido arbitrario y limita al litigante a solicitar una indemnización, lo que puede traer consigo la vulneración de varios derechos y principios, dentro de los que puede encontrarse el principio de igualdad y no discriminación recogido en nuestra Carta Magna, pues quienes no ingresaron a laborar al sector público bajo el régimen laboral de la actividad privada mediante un concurso público, a una plaza presupuestada y vacante no tienen derecho a solicitar una protección restitutoria (reposición) más solo una protección resarcitoria (indemnización), situación dispareja en relación a los trabajadores del sector privado quienes pese a no haber ingresado a su cargo mediante concurso público, tienen derecho a la reposición.

3.- JUSTIFICACIÓN:

Relevancia académica:

El presente trabajo tiene como finalidad otorgar al lector un conocimiento más profundo respecto a las consideraciones establecidas por el Tribunal Constitucional a través del Precedente Vinculante Huatuco (EXP. 05057-2013-13A/TC), y sus implicancias en relación al principio de igualdad de

derechos laborales entre los trabajadores del sector privado y los trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada. Asimismo, coadyuvará a un mayor entendimiento respecto a si es posible el apartamiento por parte de la función jurisdiccional de los alcances de este precedente vinculante.

Relevancia Jurídica:

Es evidente que el Tribunal Constitucional, al emitir esta sentencia en cuestión con el carácter de vinculante a todo el ordenamiento jurídico laboral, ha sentado la base de una serie de cuestionamientos respecto a sus lineamientos en referencia -y no solo sobre éste punto- a un trato discriminatorio a los trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada, y ante esta situación analizar la posibilidad de encontrar alguna salida para el apartamiento de este precedente por parte de la judicatura laboral.

Innovación:

Ante la situación de inseguridad e inestabilidad por parte de los trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada generada a raíz del precedente vinculante en cuestión, es necesaria una investigación a fin de determinar si se vulnera el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de qué manera ocurre esto y si es posible considerar la idea de un apartamiento de este precedente emitido por el máximo intérprete de la Constitución.

4.- BASE TEÓRICA BÁSICA:

Igualdad:

- “Del lat. *aequalitas*, *-ātis*.
 1. f. Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad.
 2. f. Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo.
 3. f. Principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones.

4. f. Mat. Equivalencia de dos cantidades o expresiones”⁹⁷

- “En derecho público el principio de igualdad es aquel según el cual todos los individuos, sin distinción de personas (por nacimiento, clase, religión o fortuna), tienen la misma vocación jurídica para el régimen, cargas y derechos establecidos por la ley”⁹⁸.

Principios Laborales Constitucionales

- “Los Principios Laborales Constitucionales fueron conceptualizados por la doctrina como aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa. Debemos precisar que los principios laborales constitucionales, son relevantes para la solución de conflictos jurisdiccionales de índole laboral, que involucren derechos constitucionales que requieren de tutela debido a que permiten que la administración de justicia en esta materia cumpla con asumir una concreta tutela de urgencia y primacía de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los principios laborales constitucionales, otorgándoles un contenido conceptual, que permiten conocer su marco de desarrollo, su justificación y objetivos, como pilares o directrices del ejercicio y protección de los derechos laborales.”⁹⁹
- “Denomínese como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas. La relación laboral se caracteriza en si misma por la desigualdad, lo que hace que el

⁹⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA - Edición del Tricentenario
<http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>

⁹⁸ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BIZ17 - <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/igualdad/igualdad.htm>

⁹⁹ ROSAS ALCÁNTARA, Joel, GACETA JURÍDICA S.A., El Derecho Laboral Constitucional En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional, Primera Edición Marzo 2015, Lima Perú. P. 25.

empleador devenga en la parte 'fuerte' e 'imponente' y el trabajador en la parte 'débil' e 'impotente'.

En efecto en el campo jurídico sustancial, el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; y en el campo jurídico procesal se constata la capacidad intimidatoria que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico, la nota más específica es que frente a la propiedad del medio de producción, el trabajador solo puede exponer su fuerza de trabajo.

Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma”¹⁰⁰.

- “Los principios suelen ser conceptuados como las pautas generales, las directrices, que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación, -inspirando sus contenidos-, interpretación y aplicación, -integrando lagunas-”¹⁰¹.

Principio Constitucional Laboral de Igualdad:

- “Principio de Igualdad: Principio general del derecho que propugna la igualdad de trato de las personas de manera que ante situaciones iguales se otorgue el mismo trato y en situaciones desiguales se favorezca un trato distinto a las personas. La igualdad puede ser vista desde un punto de vista formal en la regulación de las diferentes cuestiones en las leyes (igualdad en la ley), así como desde un punto de vista material en la aplicación de las mismas (igualdad en la aplicación de la ley)”.¹⁰²
- “El principio de igualdad, entendido como derecho fundamental, comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución

¹⁰⁰ STC Exp. N° 00008-2005-PI, f.j.20.

¹⁰¹ PLA RODRÍGUEZ, Américo; Los Principios Del Derecho Del Trabajo, Ed. Pedalma, Buenos Aires, 1978, p.9

¹⁰² Ibid.

conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. De esta forma, la igualdad se configura como el derecho de la persona “a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato”¹⁰³.

- “Este principio está positivizado en nuestra Constitución como un derecho en el artículo 2º, inciso 2. Gracias a este, los ciudadanos podemos exigirle al Estado, que ante un trato diferenciado que realice dentro de su discrecionalidad, exista una causa objetiva y razonable para dicha diferenciación. Ahora bien, relacionado con el principio o derecho a la igualdad formal, tenemos el derecho a la no discriminación directa. La igualdad formal es el género y la discriminación directa la especie. Específicamente, el derecho a la no discriminación protege contra todo trato desigual que se base en motivos prohibidos”¹⁰⁴
- “El entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad de la propia norma, legal (expresión además de una voluntad general) supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento, y todos tienen derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce. Pero esa igualdad ante la ley va a producir efectos significativos en el plano de la puesta en ejecución de la propia ley, es decir, en el momento de la aplicación de la ley. La igualdad ante la ley será entendida como igualdad en la aplicación de la ley”¹⁰⁵.

¹⁰³ CARRILLO CALLE, Martín; Los Principios De Igualdad De Oportunidades, De Igualdad De Trato Y De No Discriminación En El Anteproyecto De Ley General De Trabajo, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú - http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/lab_art37.PDF

¹⁰⁴ CASTILLO GUZMÁN Jorge, REID GIURIA Rossana, BELLEZA SALAZAR Mariela; Compendio De Derecho Laboral Peruano; ediciones Caballero Bustamante S.A.C. Año 2011

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO Miguel Y FERNÁNDEZ LÓPEZ María, Igualdad Y Discriminación, editorial Madrid, 1985, p.20.

- “El inciso 1) del artículo 26° de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo, y de tratamiento durante el empleo. (...).

La discriminación laboral puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo, o al dejar éste. (...) ¹⁰⁶

Precedente Vinculante:

- “Inicialmente es necesario entender los alcances del término ‘precedente vinculante’, el mismo, como bien lo señala Roger Rodríguez Santander hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquella correspondiente al momento de la ‘*configuración dispositiva*’, entendiéndose esta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición (constitucional, legislativa, reglamentaria...), es decir, de un texto o enunciado lingüístico, que sirve de factor principal (pero no único) a las subsecuentes fases de producción normativa. El órgano competente de llevar a cabo la fase de ‘configuración dispositiva’, puede ser el poder constituyente o el poder de reforma constitucional, cuando se trata de la Constitución, el Parlamento, el Ejecutivo (vía decreto legislativo o decretos de urgencia) o los órganos regionales y locales (vía ordenanzas regionales y municipales,

¹⁰⁶ ROSAS ALCÁNTARA, Joel, GACETA JURÍDICA S.A., El Derecho Laboral Constitucional En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional, Primera Edición Marzo 2015, Lima Perú. P. 41,42.

respectivamente), cuando se trata de disposiciones con rango de ley, y los órganos administrativos con capacidad reglamentaria, cuando se trata de disposiciones reglamentarias.

Pero debemos considerar que la producción normativa no se agota con la 'configuración dispositiva', pues con posterioridad a ella el órgano de una aplicación debe asignar un significado a la disposición, adscribiéndole una 'norma' que será finalmente la que resuelva el caso. Dicho de otra manera, el precedente de producción normativa solo queda agotado cuando, vía interpretación o integración, se adscribe al ordenamiento dispositivo la norma que será aplicada en el caso y no antes.

De este modo, cuando se habla de '*precedente*', se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado y que debe y puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo. Deberá servir para resolver el futuro caso análogo si se trata de un precedente vinculante, y solo podrá servir para ello si se trata de un precedente persuasivo.

El adjetivo 'constitucional' alude a que la regla jurídica considerada precedente surge de la interpretación de las disposiciones constitucionales, de disposiciones infraconstitucionales interpretadas de conformidad con aquellas, y/o de la evolución de la validez o invalidez de actos u omisiones a la luz de la Constitución. Es decir, para que exista un precedente constitucional, es preciso que las disposiciones constitucionales hayan participado, de forma exclusiva o no, en la creación jurisprudencial de la norma.

Por su parte, el adjetivo 'vinculante' hace referencia a la fuerza con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquel en el que fue establecida. La referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica.

Sobre lo dicho anteriormente, estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al

Derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligado a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo. Y aquí es donde por caminos distintos llegamos a una característica básica del precedente vinculante se constituye como una verdadera fuente del derecho, sino que la identificación del cumplimiento del supuesto normativo que dará lugar a su aplicación, se produce cuando queda determinada la identidad esencial entre los factores relevantes del caso en el que fue establecido, y los del caso que se encuentra conociendo el juez posterior de menor jerarquía”¹⁰⁷.

- “En el Perú, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, reza el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (...). Sin perjuicio de que podamos estar de acuerdo o no con el sentido de los precedentes adoptados por el Tribunal Constitucional, es evidente que estamos ante una institución importante. El precedente normativo, ejercido con ponderación, serenidad y visión de futuro, es un instrumento noble que amerita ser reconocido y defendido. Es bastante conocida la tendencia que cuestiona que los jueces puedan “crear” derecho, ya que estiman que su único papel es el de interpretar “correctamente” para aplicar la ley al caso concreto”¹⁰⁸.
- “La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes

¹⁰⁷ TUPAYACHI SOTOMAYOR Jhonny, El Precedente Constitucional Vinculante En El Perú, Adrus D&L Editores S.A.C., Segunda Edición 2014, Lima. P.35,36.

¹⁰⁸ Precedente Vinculante Constitucional, [Derecho, Gerencia y Desarrollo](http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechogerenciaydesarrollo/2013/09/23/precedente-vinculante-constitucional/) - Artículos sobre temas jurídicos, Gerencia Social-Pública y Desarrollo en el Perú y América Latina PUCP <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechogerenciaydesarrollo/2013/09/23/precedente-vinculante-constitucional/>.

del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predictibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.”¹⁰⁹

Reposición Laboral:

- “El artículo 27º de nuestra Constitución vigente no señala expresamente a la reposición laboral como forma de protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, tal como manifiesta el doctor **Javier Arévalo Vela**[\[1\]](#) el Tribunal Constitucional ha interpretado los alcances de este artículo. En efecto, dicho artículo fue interpretado en la sentencia del **expediente N° 1124-2001-AA/TC** (caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica versus dicha empresa). En tal sentencia, el Tribunal Constitucional señaló en su considerando 12º lo siguiente:

¹⁰⁹ GARCÍA MANRIQUE, Alvaro, GACETA JURÍDICA S.A., ¿Cómo Se Está Aplicando Los Principios Laborales En El Perú?, Primera Edición, febrero 2010, Lima. P. 157

*'El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el **contenido esencial de este derecho constitucional** implica dos aspectos. **El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.** (...) El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del **derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.***

*Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". (...) Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", **se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador.** (...) Por esta razón, **no debe considerarse** el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, **de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.***

*Por este motivo, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que **llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.** (...). **Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.***

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho

*constitucional lo que interesa en el análisis es **determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.***

*Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”. **No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:***

*a) El artículo 34º, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho **al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.***

[...]

b) La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado “d” del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria,

*juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, **debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4º del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.***” (el resaltado me corresponde).

Con esta sentencia se introdujo la reposición laboral como protección contra el despido arbitrario e incausado. Es a partir de este pronunciamiento que se establece en nuestro país un mejor estándar de protección contra dichos tipos de despido, señalándose que la reposición en el centro de trabajo es una mejor protección, pues lo contrario vacía de contenido al derecho constitucional al trabajo, esto en atención al mandado de optimización de los derechos constitucionales, y cómo no, en atención implícita a los principios de progresividad y no regresividad contenidos en el **Protocolo adicional a la Convención Americana** sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como Protocolo de San Salvador. Este punto sobre los principios de progresividad y no regresividad constituyen los aspectos clave para entender el error en el que incurre la sentencia comentada desde nuestro punto de vista, los cuales desarrollaremos más adelante.”¹¹⁰

¹¹⁰ **PAULETT SILVA**, Kori, Descartando La Reposición Laboral Como Protección Frente Al Despido, - Febrero 15, 2017 - <http://legis.pe/descartando-la-reposicion-laboral-como-proteccion-frente-al-despido/>

Distinguish:

- “Se entiende por distinguish cuando se logra determinar y sobre todo justificar que el caso no es sustancialmente igual a aquel que dio origen a un precedente vinculante. Es decir, que existen diferencias reales – y no aparentes – entre el primer caso (que dio mérito al precedente) y el segundo caso, cuando no tipifica, entonces allí no es exigible aplicar el precedente instaurado.”¹¹¹

Control de Convencionalidad:

- “Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del derecho internacional. El ‘control difuso de convencionalidad’ consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”¹¹².

5.- INTERROGANTES:

- i. El Precedente Vinculante Huatuco, ¿vulnera el principio de igualdad ante la ley contenido en la Constitución Política del Perú?
- ii. De ser afirmativa la respuesta a la interrogante anterior, ¿De qué manera el Precedente Vinculante Huatuco constituye una vulneración al principio de igualdad contenido en la Constitución Política del Perú?

¹¹¹ RIVERA RODRIGUEZ, Heimer PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA DE DESPIDOS, - http://heinerantonioriverarodriguez.blogspot.pe/2008/04/precedentes-vinculantes-en-materia-de_30.html

¹¹² FERRER MAZ-GREGOR, Eduardo, Artículo: El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional, 2010, pág. 17

- iii. Estableciéndose la manera de vulneración al principio en cuestión, ¿La judicatura ordinaria laboral puede apartarse de tan cuestionado precedente vinculante?
- iv. ¿Qué implicancias trajo consigo la expedición de la sentencia en cuestión respecto a los principios del derecho del trabajo y qué le genera al trabajador que recurre al órgano judicial en busca de una decisión justa?

6.- OBJETIVOS:

- a) Establecer si el Precedente Vinculante contenido en el Expediente 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco) vulnera el principio de igualdad contenido en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú y por ende, contraviene también lo establecido en el numeral 1 del artículo 26° del mismo texto constitucional, aplicando el test de proporcionalidad respecto de tal principio-derecho (analizando los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), determinándose que existe un trato discriminatorio y no diferenciado por razones objetivas en materia de protección frente al despido hacia los trabajadores del sector público bajo el régimen de la actividad privada, en comparación a los trabajadores del sector privado bajo el mismo régimen laboral, al no ser posible que aquellos soliciten la reposición en su puesto de trabajo sin previamente haber acreditado haber ingresado a su plaza mediante un concurso público de méritos, en una plaza presupuestada y vacante.
- b) Determinar si, a partir de la determinación de la vulneración al principio de igualdad por parte del precedente vinculante Huatuco respecto de los dos artículos de la Constitución Política indicados en el objetivo primero, el juez laboral puede dejar de lado la aplicación de dicho precedente vinculante mediante mecanismo legal o jurisprudencial utilizado en el ámbito nacional.

- c) Determinar, al no ser suficiente la aplicación de algún mecanismo otorgado por nuestro ordenamiento jurídico para que el juez laboral ordinario pueda dejar de lado el precedente vinculante Huatuco en favor de los trabajadores del sector público, la existencia de algún instrumento internacional para que dicho juez pueda apartarse de esta disposición normativa del precedente en cuestión.
- d) Establecer si, como consecuencia de la determinación de mecanismos nacionales e internacionales a los que se refiere en los dos objetivos anteriores respectivamente, se vulnera alguna norma de nuestro sistema legal y si esto trae consigo implicancias negativas en la ciudadanía que pretende ejercer ese derecho-deber del trabajo.
- e) Determinar si el precedente vinculante Huatuco tiene su espíritu u origen en la Ley de Servicio Civil, Ley N° 30057, respecto al principio de meritocracia en la Administración Pública, la cual actualmente se viene aplicando de manera progresiva, y si el Tribunal Constitucional pretende imponer este régimen laboral mediante mecanismos no adecuados ni idóneos, esto es mediante la emisión precedentes vinculantes como el que se cuestiona en la presente investigación.

7.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

Previa a la realización del presente proyecto, se buscó antecedentes de investigativos vinculadas al tema propuesta, tanto en las bibliotecas de Universidades Locales, como en el Catalogo de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores, no habiendo encontrando registros que concuerden con el problema planteado.

8.- HIPÓTESIS:

Dado que a raíz de la expedición de la Sentencia contenida en el Expediente N° 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco) por parte del Tribunal Constitucional, muchos trabajadores del sector público sujetos al régimen de la actividad privada se ven afectados por no ser acreedores al derecho de reposición en su puesto de trabajo en caso de desnaturalización de la relación laboral en comparación

con sus homólogos del sector privado, **es probable que** el principio de Igualdad y No Discriminación contenido en el inciso primero del artículo 26° de la Constitución Política del Perú esté siendo vulnerado, y a efecto de contrarrestar esta situación, que el apartamiento de este precedente en cuestión por parte de la judicatura laboral pueda concebirse.

9.- ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

Capítulo 1: “El Principio Constitucional Laboral de Igualdad ante la Ley en el Ordenamiento Jurídico Peruano”.

- f) Principios laborales
- g) La Constitucionalidad de los principios laborales
- h) Principio de Igualdad ante la Ley en la Constitución Política del Perú
- i) El Principio de igualdad en la legislación laboral.

Capítulo 2: “El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú”

- j) Alcances del Precedente Constitucional Vinculante
- k) El Tribunal Constitucional como Garante de los Derechos Fundamentales
- l) Precedente Vinculante en Materia Laboral

Capítulo 3: “El Precedente Constitucional contenido en el Expediente N° 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco) y la existencia de vulneración al Principio de Igualdad ante la Ley en la Constitución Política del Perú”

- m) Principales alcances de lo establecido en la Sentencia contenida en el expediente N° 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco) en materia laboral.
- n) ¿Se vulnera con éste precedente el Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley consignado en la Constitución Política del Perú? ¿Cómo?
- o) ¿Sería un Precedente Vinculante Inconstitucional?
- p) Implicancias de esta vulneración en los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- q) ¿Privilegio a los Trabajadores de la Actividad Privada en el Sector Privado?

Capítulo 4: “¿Puede un juez ordinario inaplicar la STC 05057-2013-13A/TC?”

- La Figura del Distinguish en nuestro ordenamiento jurídico
- El Control de Convencionalidad
- El Control de Convencionalidad y su Aplicación por los Jueces Nacionales: Control Difuso de Convencionalidad
- Control de convencionalidad sobre la sentencia vinculante STC05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco).

10.- MARCO OPERATIVO:

10.1. Fuentes de Consulta:

9.1.1. Fuentes Primarias: Constitución Política del Perú, Legislación, Precedente Vinculante EXP. 05057-2013-13A/TC

9.1.2. Fuentes Secundarias: Observación, Análisis

10.2. Estrategia Metodológica:

10.2.1. En primer lugar, se revisará el concepto de Precedente Vinculante, desde la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia peruana.

10.2.2. Seguidamente se analizará la Sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Expediente N°05057-2013-13A/TC, que constituye precedente vinculante, las implicancias que trae consigo la misma para los trabajadores del sector público sujetos al Decreto Legislativo N°728.

10.2.3. Después, analizar si el precedente vinculante en cuestión (Exp. 05057-2013-13A/TC) vulnera el principio laboral constitucional de igualdad y no discriminación, y de ser el caso que sí se vulnere, analizar la manera de cómo ocurre esta vulneración.

10.2.4. Finalmente, analizar si, como consecuencia de la vulneración al principio descrito líneas arriba (en caso de haberla), es posible el apartamiento del precedente en cuestión por parte de la judicatura laboral.

11.- CRONOGRAMA:

	2017
--	-------------

ACTIVIDADES	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SE T	OCT	NO V	DIC
Preparación del proyecto	X								
Aprobación del proyecto	XXXXX								
Recolección de Información		XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX X							
Preparación del Borrador					XXXXXXXXXXXXX X				
Conclusiones y Sugerencias							XXXXXXX X		
Presentación final del informe									XX X

12.- BIBLIOGRAFIA:

12.1. Normas Legales:

- Constitución Política del Perú
- Ley de Productividad y Competitividad Laboral
- Ley Marco del Empleo Público
- Convención Americana de Derechos Humanos

12.2. Textos:

- ROSAS ALCÁNTARA, Joel, GACETA JURÍDICA S.A., El Derecho Laboral Constitucional En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional, Primera Edición Marzo 2015, Lima Perú.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo; Los Principios Del Derecho Del Trabajo, Ed. Pedalma, Buenos Aires, 1978.
- CASTILLO GUZMÁN Jorge, REID GIURIA Rossana, BELLEZA SALAZAR Mariela; Compendio De Derecho Laboral Peruano; ediciones Caballero Bustamante S.A.C. Año 2011.

- TUPAYACHI SOTOMAYOR Jhonny, El Precedente Constitucional Vinculante En El Perú, Adrus D&L Editores S.A.C., Segunda Edición 2014, Lima.
- GARCÍA MANRIQUE, Alvaro, GACETA JURÍDICA S.A., ¿Cómo Se Está Aplicando Los Principios Laborales En El Perú?, Primera Edición, febrero 2010, Lima.
- FERRER MAZ-GREGOR, Eduardo, Artículo: El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional, 2010.

12.3. Jurisprudencia Nacional:

- Precedente Vinculante del Tribunal Constitucional contenido en la Sentencia del Expediente N° 05057-2013-13A/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional contenido en el Exp. N° 00008-2005-PI.

12.4. Fuentes Web:

- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA – Edición del Tricentenario <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA BIZ17 - <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/igualdad/igualdad.htm>
- CARRILLO CALLE, Martín; Los Principios De Igualdad De Oportunidades, De Igualdad De Trato Y De No Discriminación En El Anteproyecto De Ley General De Trabajo, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú - http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/lab_art37.PDF
- Precedente Vinculante Constitucional, Derecho, Gerencia y Desarrollo - Artículos sobre temas jurídicos, Gerencia Social-Pública y Desarrollo en el Perú y América Latina PUCP <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechogerenciaydesarrollo/2013/09/23/precedente-vinculante-constitucional/>.
- PAULETT SILVA, Kori, Descartando La Reposición Laboral Como Protección Frente Al Despido, - Febrero 15, 2017 -

<http://legis.pe/descartando-la-reposicion-laboral-como-proteccion-frente-al-despido/>

- RIVERA RODRIGUEZ, Heiner PRECEDENTES VINCULANTES EN MATERIA DE DESPIDOS, -
http://heinerantonioriverarodriguez.blogspot.pe/2008/04/precedentes-vinculantes-en-materia-de_30.html

