

UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL PRECEDENTE HUATUCO Y SU RELACIÓN CON EL
ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE
IGUALDAD Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogada

Responsable de la investigación:

Bach. MORALES SHUÁN BEATRIZ ESTHER

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2020

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, por haber contribuido a mi formación académica y personal.

DEDICATORIA

*A mi familia por su apoyo incondicional
en esta tarea de ser mejor.*

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	14
1.2. Formulación del problema	17
1.2.1. Problema general	17
1.2.2. Problemas específicos	17
1.3. Importancia del problema	17
1.4. Justificación y viabilidad.....	20
1.5. Formulación de los objetivos	21
1.5.1. Objetivo general.....	21
1.5.2. Objetivos específicos	22
1.6. Formulación de hipótesis	22
1.7. Variables	22
1.8. Metodología	23
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	23
1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	24
1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información.....	24
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información	25
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información	25

1.8.6. Validación de la hipótesis	26
---	----

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	28
2.2. Bases teóricas	33
2.2.1. Teoría del precedente vinculante	33
2.2.2. Principio-derecho de igualdad	53
2.2.3. Principios del derecho laboral.....	69
2.3. Definición de términos.....	76

CAPÍTULO III

RESULTADO Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN

3.1. Análisis del precedente Huatuco	80
3.2. Síntesis de los fundamentos de la sentencia.....	81
3.3. Errores de apreciación en la sentencia	82
3.4. El precedente Huatuco se alinea en el marco de reforma del servicio civil, parte de la reforma del Estado.....	91
3.5. El escenario post precedente	93
3.6. Juez ordenó reposición de trabajador CAS y se apartó del precedente Huatuco	94
3.7. Precedente Huatuco: Sala Laboral considera que vulnera derechos constitucionales	96

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Argumentos a favor del precedente.....	99
---	----

4.1.1. Cuestionamiento a la Constitucionalidad de la Reposición como protección adecuada contra el despido arbitrario.....	100
4.1.2. Prevalencia del Interés Público frente al Interés Privado	103
4.1.3. Diferencia entre trabajadores públicos y privados	104
4.1.4. Necesidad de evitar la vulneración de la Ley Marco del Empleo Público en lo relativo al acceso al empleo	105
4.1.5. Defensa del Acatamiento del Precedente.....	106
4.2. Argumentos en contra del precedente	108
4.2.1. Control de convencionalidad	109
4.2.2. Cuestionamiento a la validez del Precedente.....	111
4.2.3. Vulneración de los Parámetros de Constitucionalidad relativos al derecho al Trabajo.....	112
4.2.4. Violación del Principio de Jerarquía Normativa.....	114
4.2.5. Invalidez del Condicionamiento	115
4.3. Diez razones para que el precedente Huatuco se deje sin efecto	116
4.4. ¿Deben o no los jueces aplicar este precedente en los procesos que conozcan ahora o más adelante?	119
4.5. La Corte Suprema y la restitución del derecho a la reposición: Seis supuestos en los que no resulta aplicable el precedente Huatuco.....	122
CONCLUSIONES	128
RECOMENDACIONES	130
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

RESUMEN

El objetivo de la presente tesis fue analizar la relación existente entre el precedente Huatuco con el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral en el Perú; para lo cual se realizó una investigación dogmática, transversal, explicativa, no experimental. La unidad de análisis estuvo constituida por el análisis de la doctrina, jurisprudencia y normatividad. Se utilizaron como técnicas el fichaje y el análisis de contenido, utilizando como instrumentos de recolección de datos las fichas y ficha de análisis de contenido respectivamente. Entre los métodos empleados tenemos al dogmático, exegético, hermenéutico y a la argumentación jurídica. La investigación ha validado afirmativa la hipótesis en el sentido que existe una relación negativa y contradictoria entre el precedente Huatuco al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral debido a que vulnera el principio-derecho a la igualdad, afectación y desprotección de los derechos de los trabajadores del sector público; asimismo inobserva los principios del Derecho Laboral como el principio de primacía de la realidad lo cual resulta incompatible con los principios que sustentan un sistema democrático y social de derecho en el que debe primar la dignidad persona y los derechos y principios constitucionales reconocidos no solo a nivel nacional sino también internacional, tal como ha quedado demostrado en el capítulo III y IV del presente trabajo.

Palabras claves: Precedente vinculante, Caso Huatuco, Función pública, Igualdad, Principios, Derecho laboral.

ABSTRACT

The objective of this thesis was to analyze the relationship between the Huatuco precedent with access to public service under conditions of equality and the principles of labor law in Peru; for which a dogmatic, cross, explanatory, non-experimental research was conducted. The analysis unit consisted of the analysis of the doctrine, jurisprudence and regulations. The signing and content analysis were used as techniques, using data collection instruments tabs and tab content analysis respectively. Among the method employed we have the dogmatic, exegetical, hermeneutical, legal argument. Research has validated affirmative hypothesis in the sense that there is a negative and contradictory relationship between the preceding Huatuco access to public service on an equal basis and principles of labor law because it violates the principle-right to equality, involvement and lack of protection of the rights of workers in the public sector; inobservant the principles of labor law and the principle of primacy of reality which is incompatible with the principles that support a recognized not only at democratic and social system of law which must prevail the person dignity and rights and constitutional principles national but also international, as has been demonstrated in chapter III and IV of this paper.

Keywords: Binding precedent, Case Huatuco, Civil, Equality, Principles, labor law.

INTRODUCCIÓN

Desde la dación del precedente Huatuco, el 16 de abril de 2015, muchos han sido las reacciones que se han dado al respecto, muchos en contra y algunos a favor. La gran mayoría de posturas negativas provienen de la clase trabajadora, entre ellos los sindicatos de trabajadores del Perú, de algunos Juristas estudiosos en materia laboral hasta de los propios magistrados del mismo TC y del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional (TC) difundió en su web su sentencia en el caso Rosalía Huatuco (Exp. N° 05057-2013-PA/TC)¹, que calificó como precedente vinculante² estableciendo criterios que los jueces deben seguir al resolver los amparos interpuestos por trabajadores públicos despedidos que pretendan su reposición por corresponderles un contrato de trabajo a plazo indeterminado en el régimen laboral privado, sea porque ingresaron a laborar en tal condición, o porque fueron contratados bajo otras modalidades contractuales cuya desnaturalización fue acreditada en dichos procesos, resulta importante dar una vista legal hacia atrás y analizar las opiniones y posiciones jurídicas de connotados juristas y magistrados que en su mayoría cuestionan la misma.

En efecto, el llamado Caso Huatuco ha establecido en su sentencia que dichos trabajadores adscritos al sector público solo serán repuestos si prueban que fueron contratados a plazo indeterminado, cuentan con una plaza presupuestada e ingresaron por concurso público; dicha regla es de aplicación inmediata inclusive

¹ Publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 05.06.15

² El Tribunal Constitucional ha establecido como PRECEDENTE VINCULANTE, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la presente sentencia:

para los procesos de amparo en trámite, que serán declarados improcedentes y derivados a un juzgado laboral que dará un plazo limitado al trabajador para que pida en todo caso una indemnización bajo apercibimiento de archivar el proceso; en este sentido se anuncia que no se repondrá a nadie que no satisfaga los tres requisitos antes dichos.

Con ello, el Tribunal Constitucional pretende regular específicamente la modalidad precisa para el ingreso a la administración pública bajo el régimen de la actividad privada, es decir para aquellas entidades reguladas por el Decreto legislativo 728 (por ejemplo: SBS, FONCODES, INDECOPI, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, etc); en éste sentido, no se aplica a los trabajadores de entidades estatales sujetas únicamente a regímenes laborales públicos (magisterio, ministerios, etc.) ni a los trabajadores del sector privado, ni a las que se acogen a la ley de la carrera administrativa (D. Leg. N° 276 – magisterio, ministerios, etc) o cualquier otro régimen laboral público, o de los basados en la Ley 24041 (que prohíbe el despido injustificado de servidores públicos con más de un año de contratación).

Otro punto resaltante a toda vista es que los efectos de la sentencia emitida son vinculantes desde el día siguiente de su publicación y tiene plenos efectos retroactivos, incluso para los procesos en trámite que no sean precisamente por acciones de amparo y en el que los demandantes pretendan su reposición.

Dicho ello, si bien se denota una adecuada intención por parte de los miembros del Tribunal constitucional que por mayoría aprobaron la misma, a fin de regular desde ya el procedimiento formal de acceso a la administración pública

basado en los tres parámetros antes dichos, ello no es óbice para dejar de reconocer que se han rebasado criterios constitucionales y jurisprudenciales ya debidamente implementados e incluso reconocidos en su momento por el propio TC y la Corte suprema de justicia, lo que hace absurdo su adecuación obligatoria por decir lo menos a los casos ya en trámite.

En este sentido es irrazonable, sin embargo, que la sanción por no realizar dichos concursos, o prever las plazas respectivas y el carácter indeterminado de sus contratos, recaiga sobre el trabajador y no sobre el Estado cuando es éste quien habitualmente actúa de este modo para violar los derechos laborales de sus trabajadores, y más grave, que se deniegue un recurso efectivo contra esta lesión al derecho humano al trabajo, privando de efectos restitutivos a los recursos intentados por las víctimas, concluyendo que el precedente Huatuco impone una condición discriminatoriamente disminuida a estos trabajadores respecto de sus pares en el sector privado, que si pueden acceder a la reparación restitutiva que la ley prevé para quienes prueban, en base al principio de primacía de la realidad, que sus contratos fueron desnaturalizados y fueron despedidos sin una causa justa.

Desde el punto de vista constitucional laboral, es el principio de primacía de la realidad el que debe primar, pues el precedente Huatuco flexibiliza los despidos y convalida la forma como el Estado precariza el empleo; así mismo, que la labor del TC es interpretar la ley conforme a la Constitución y no la Constitución conforme a la ley, y en este sentido una interpretación literal como esta desconoce la realidad laboral del empleo público y hace recaer la responsabilidad en el empleado, por más que se diga que se investigará a quien contrate de esa forma,

suponiendo un giro, pues no combate el fraude a la ley del Estado, sino que facilita el abuso de derecho con el despido de estos empleados públicos.

Así mismo el precedente Huatuco genera desprotección para los empleados públicos que están en esta condición, porque en el momento en que sean separados, no tendrán derecho a la reposición, protegida válidamente en el Protocolo de San Salvador, el cual el Perú está obligado a respetar.

Además, a todos los procesos que están en trámite se les va a aplicar este precedente, en una suerte de aplicación retroactiva que recorta el derecho a la reposición para casos que se han iniciado con la jurisprudencia anterior, y ante ello se vulnera el principio de primacía de la realidad, el cual se ha ido gestándose desde la formación del Estado de Bienestar dado que las relaciones entre el trabajador y el empleador son asimétricas y que, precisamente, una forma de nivelar la situación es mediante el reconocimiento en la jurisprudencia del principio de primacía de la realidad, y asumir lo contrario es quedarnos en un modelo formalista de aplicación de la ley aun cuando se produzca abuso de derecho o fraude a la ley, por lo que habidas dichas razones y que la jurisprudencia hasta antes de este precedente se sentó en base al principio de primacía de la realidad concluye que no está de acuerdo con este precedente.

Finalmente expresamos que el precedente Huatuco vulnera el principio-derecho a la igualdad, pues resulta evidente la desprotección de los derechos de los trabajadores del sector público. Asimismo, sostuvo que la inobservancia de los principios del Derecho Laboral y la afectación de los derechos de los trabajadores

ciertamente constituye una afrenta a la dignidad del trabajador, principio-derecho garantizado constitucionalmente.

En ese contexto se ha elaborado el presente trabajo, estructurado en cuatro capítulos: el Capítulo I, está referido al Problema y la metodología de la investigación, en la cual siguiendo el diseño de la investigación científica se elaboró el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología. En el Capítulo II, está referido al marco Teórico de la Investigación, en el cual en base a la técnica del Fichaje y análisis de contenido se elaboró el sustento teórico-doctrinario de nuestra investigación. El Capítulo III, está referido al trabajo de campo de la investigación, en la cual se procedió al recojo de información vinculante a nuestro tema y en base a las variables de investigación, los mismos que fueron luego analizados en base a la técnica del análisis cualitativo. El capítulo IV, referido a la validación de la Hipótesis, el cual en base a los resultados obtenidos se procedió a realizar la discusión de los resultados en base al marco teórico y luego se procedió de determinar los fundamentos que justifican la validez de las hipótesis.

La titulando.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

Muchas son las posturas negativas al respecto, el principal claro está, que se dice que dicho precedente representa un claro retroceso en los derechos de los trabajadores, que ya no existiría en el Perú la estabilidad laboral, que se ha vulnerado ciertos derechos fundamentales, entre ellos la dignidad de la persona.

En efecto, el precedente Huatuco elimina la reposición laboral por desnaturalización del contrato para los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado, por lo que a diferencia de sus pares en la actividad privada, éstos no podrán elegir entre una protección restitutoria (reposición) y una protección resarcitoria (indemnización), sino solo la segunda, y con ello cambia radicalmente la jurisprudencia del TC como lo señala el constitucionalista Javier Mujica que, amparando el derecho fundamental a no ser despedido sin una causa justa, aún si no hubieran ingresado por concurso, concedía dicha reposición si se comprobaba en aplicación del principio de primacía de la realidad que el ente público incurrió en fraude y existió un despido arbitrario; en efecto, en base a este principio, el TC prescribió en su Sentencia STC N° 1944-2002-AA/TC que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

Así en el caso Eusebio Llanos Huasco (Tribunal Constitucional, Sentencia del 13 de marzo del 2003 (Expediente 976-2001-AA/TC), Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.), el TC dijo que el artículo 27 de la Constitución prescribe que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” y que, mediante dicho precepto, no se consagra un derecho a la estabilidad laboral absoluta, sino el derecho del trabajador a una “protección adecuada” contra el despido arbitrario. Refiere Javier Mujica que aunque el texto constitucional no diga explícitamente cómo puede entenderse esta protección, la esfera que la Constitución demanda – según dijo – una que satisfaga un criterio mínimo de proporcionalidad “o, como dice expresamente el texto constitucional, que se trate de medidas “adecuadas”³.

Además, dicho jurista nos hace recordar que el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir, ello al amparo de lo también resuelto por ese ente colectivo en el expediente N° 976-2001-AA/TC.

Ello, señala el mencionado jurista, desconoce el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que estableció el derecho de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso

³ MUJICA, Javier. “¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?”. Disponible en sitio web: <http://www.ius360.com/publico/constitucional/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco/> Consultado 10 de abril del 2016.

efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”⁴.

Y la Corte Interamericana ha dicho que para que el Estado cumpla esta obligación no basta con que los recursos existan formalmente, sino que deben tener efectividad (Caso Bámaca Velásquez, supra nota 4, párr. 191; Caso Cesti Hurtado. Sentencia de 29 de septiembre de 1999), de modo que si los recursos intentados por las víctimas no son capaces de producir el resultado restitutorio para el que fueron concebidos, se viola el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana.

Por lo que, con el precedente Huatuco, el TC ha establecido que aunque un trabajador sujeto al régimen laboral privado y ligado a una entidad estatal acredite judicialmente la desnaturalización de su contrato y reclame su reposición por haberse violado su derecho fundamental al trabajo, no será repuesto a menos que pruebe que fue contratado a plazo indeterminado, que cuenta con una plaza presupuestada y que ingresó por concurso público, señalando además que lo ha hecho a sabiendas de que la responsabilidad de contratarlo a plazo indeterminado en una plaza presupuestada y previo concurso público no depende del propio trabajador, sino de la entidad estatal que lo contrató.

⁴ *Ibíd.*

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuál es la relación que existe entre el precedente Huatuco frente al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral en el Perú?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿Cuáles son los fundamentos que cuestionan que el precedente vinculante Huatuco no se enmarca dentro del parámetro de constitucionalidad?
- b) ¿Cuáles son los alcances y limitaciones que presenta el precedente Huatuco en relación a los derechos constitucionales y laborales de los trabajadores?
- c) ¿Cuáles son los argumentos de la institución del Distinguishing frente al precedente Huatuco?
- d) ¿Qué razones jurídicas existen para que el precedente Huatuco se deje sin efecto?

1.3. Importancia del problema

La nueva conformación del Tribunal Constitucional nos sorprendió ingratamente con el Precedente Huatuco, en la que restringe el derecho de Reposición de los trabajadores estatales, condicionándolo a la existencia previa de un “concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de

duración indeterminada”, lo que en la práctica determina la imposibilidad de una futura reposición de servidores despedidos, ya que la gran mayoría de entidades públicas ha venido contratando obviando dichas condiciones en evidente fraude a la ley.

Es decir, se traslada la responsabilidad de una correcta contratación estatal a los propios trabajadores, proscribiendo su derecho de reincorporación por no cumplir requisitos que curiosamente, no dependen de su voluntad, sin importar los años laborados para el estado y sus sucesivas renovaciones, lo que por sí solos configuraban una permanente evaluación. Se elimina así el sagrado principio laboral de Primacía de la Realidad de los Hechos, que por tantos años supo defender el mismo TC en sus anteriores conformaciones.

En ese sentido, si un parlamentario está impedido de legislar sobre temas que lo puedan beneficiar personalmente, lo mismo que un juez del PJ está impedido de sentenciar en casos que lo vinculen particularmente, consideramos que el mismo impedimento debería alcanzar a los magistrados de un Tribunal Constitucional cuando pretenden utilizar sus precedentes para limitar un resultado judicial que perjudicará sus intereses particulares.

En el caso del precedente Huatuco, cuando menos debió primar la abstención por decoro, empero ha sido dictado a la medida exacta de las necesidades de los magistrados que la suscribieron, incurriendo en un evidente conflicto de intereses, que debería ser investigado por el Congreso de la República.

Respecto al fondo del asunto, queda claro que este precedente es inconstitucional y legalista, no repara en que la reposición también forma parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo, tal como lo sostuvo el magistrado Blume Fortini en su contundente voto singular, constituyendo un cambio radical en la uniforme y pacífica jurisprudencia constitucional de los últimos 15 años, que termina afectando principios básicos como la predictibilidad y seguridad jurídica.

Lo que debería generar la inmediata reacción de las instituciones defensoras de trabajadores, como son el Ministerio de Trabajo y la Defensoría de Pueblo, ya que paradójicamente, esta sentencia no coadyuvará en el ordenamiento de la contratación en el sector público, por el contrario alentará aún más el desorden que ya existe en muchas entidades estatales y promoverá el cese indiscriminado de más trabajadores estatales.

No cabe duda que el Tribunal Constitucional abdica de su función de Guardián de la Constitución y Defensor de los derechos fundamentales, para convertirse en una suerte de controlador infraconstitucional preocupado de la mala gestión estatal, antes que de sus afectados. Como bien sostiene César Landa Arroyo, a propósito de esta sentencia, la labor de todo Tribunal Constitucional es interpretar las leyes conforme a la Constitución, y no la Constitución conforme a la ley⁵. Pareciera que a este nuevo colegiado se le olvidó esta regla elemental.

⁵ Afirmación obtenida de la entrevista brindada al portal Enfoque Derecho.com el 09/06/15 sobre el Precedente Huatuco.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

La presente investigación se desarrolló en el marco del paradigma neocosntitucionalista⁶, el mismo que justificó el problema y desarrolló los conceptos y categorías del marco teórico y la validación de la hipótesis.

1.4.2. Justificación práctica

Permitió realizar un análisis y crítica al precedente Huatuco y establecer su inobservancia al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y afectación de los principios del derecho laboral en el Perú, haciendo uso de la dogmática constitucional y laboral constitucional.

1.4.3. Justificación legal

- Constitución Política del Perú
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones metodológicas tanto en la

⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel (2003). “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial, Trotta.

planificación, ejecución y control. Así mismo se empleó el diseño metodológico propio de la investigación jurídica dogmática.⁷

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico y logístico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2015.

1.4.6. Viabilidad

- a. **Bibliográfica:** Se contó con acceso a diversas fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales o electrónicas.
- b. **Económica:** Se contó con dichos recursos para poder afrontar los gastos que genere la investigación, los mismos que estuvieron detallados en el presupuesto del proyecto, la misma que fueron autofinanciados.
- c. **Temporal:** La investigación se ejecutó durante el periodo correspondiente al año 2015.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Analizar la relación del precedente Huatuco frente al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral en el Perú.

⁷ RAMÍREZ ERAZO, Ramón (2010). *Proyecto de Investigación / Cómo hacer una tesis*. Lima: Fondo Editorial AMADP, pp. 465 y ss.

1.5.2. Objetivos específicos

- a) Establecer los fundamentos que cuestionan que el precedente Huatuco no se enmarca dentro del parámetro de constitucionalidad.
- b) Describir los alcances y limitaciones que presenta el precedente Huatuco en relación a los derechos constitucionales y laborales de los trabajadores.
- c) Justificar los argumentos a favor de la institución del Distinguishing frente al precedente Huatuco.
- d) Explicar las razones jurídicas existen para que el precedente Huatuco se deje sin efecto.

1.6. Formulación de hipótesis⁸

Existe una relación negativa y contradictoria del precedente Huatuco frente al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral debido a que vulnera el principio de la dignidad de la persona y el principio-derecho a la igualdad, afectando y desprotegiendo los derechos de los trabajadores del sector público; por lo que se debe dejar sin efecto.

1.7. Variables

V. Independiente: Precedente Huatuco

V. Dependiente: Vulneración del principio de dignidad humana e igualdad

⁸ Por la naturaleza de la presente investigación que es una dogmática, la formulación de hipótesis es de naturaleza descriptivas, por cuanto no se hará ningún tipo de medición ni se probará nada.

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

- a. **Tipo de investigación:** Correspondió a una a una investigación jurídica **dogmática teórica**⁹, cuya finalidad será profundizar y ampliar los conocimientos sobre la relación que existe entre el precedente Huatuco al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral en el Perú.
- b. **Tipo de diseño:** Correspondió a la denominada **No Experimental**¹⁰, debido a que careció de manipulación la variable independiente, además no posee grupo de control, ni tampoco experimental; su finalidad fue analizar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.
- c. **Diseño General:** el diseño **transversal**¹¹, toda vez que el estudio se realizó en un momento determinado de tiempo, periodo entre el 2015-2016.
- d. **Diseño específico:** Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**¹², toda vez que se buscó analizar la relación que existe entre el precedente Huatuco al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral en el Perú.

⁹ RAMÍREZ ERAZO, Ramón (2010). *Proyecto de Investigación / Cómo hacer una tesis*. Lima: Fondo Editorial AMADP, pp. 465 y ss.

¹⁰ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt, p. 34.

¹¹ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill, p. 151.

¹² *Ibíd.*, p. 155.

1.8.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

1.8.2.1. Población

- a. **Universo Físico:** Careció de delimitación física o geográfica, ya que estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional en general.
- b. **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática y la jurisprudencia constitucional.
- c. **Universo temporal:** El periodo de estudio correspondió al 2015.

1.8.2.2. Muestra

- a. **Tipo:** No Probabilística
- b. **Técnica muestral:** Intencional
- c. **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia laboral.
- d. **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina y Jurisprudencias).

1.8.3. Instrumento(s) de recolección de la información

- a. **Documentales.** Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información de la doctrina.
- b. **Ficha de análisis de contenido.** Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones en la jurisprudencia.
- c. **Electrónicos.** La información que se recabó de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro

problema de investigación, empleándose la Fichas textuales, Resumen y comentario.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de la información

El plan de recojo de la información comprendió en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearon las siguientes:

Para las fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizó a través de las fichas bibliográficas, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleó la ficha de análisis de contenido, los que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada. Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**¹³, toda vez que en la investigación jurídica dogmática o teóricas no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de describir y explicar las características esenciales del

¹³ Cfr. PEREZ SERRANO, Gustavo (1998). *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes*. Madrid: Editorial La Muralla, p. 18.

hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística¹⁴.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6. Validación de la hipótesis

Tratándose de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos fue mediante la **argumentación jurídica**¹⁵. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada.

¹⁴ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía Metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Lima: Editorial FFECAAT, p. 74.

¹⁵ Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Editorial Palestra.

La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. Debemos tener presente que en este tipo de investigaciones no podemos probar que una hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada, es decir “...que se aporta evidencias a favor o en contra de esa hipótesis (...)”¹⁶. En ese sentido los fundamentos expuestos en el Capítulo IV permiten fundamentar la validación de la hipótesis formulada.

¹⁶ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley, p. 129.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP-UNASAM y de otras universidades de nuestra localidad; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida en relación que existe entre el precedente Huatuco al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral en el Perú.

A nivel nacional se ha podido encontrar los siguientes trabajos: Silvia Consuelo RUEDA FERNÁNDEZ (2011) “La inconstitucionalidad del contrato administrativo de servicios – CAS”, Universidad de San Martín de Porres - Facultad de Derecho, Sección de postgrado programa de Doctorado en Derecho, en la cual concluye que: La presente investigación plantea el análisis de la constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios en la Administración Pública (CAS), que es una de las figuras laborales denominada “no laboral o no autónoma”, la misma que viene siendo pasible de una problemática desnaturalización con especial atención y expectativa por parte de sus actores (empleador -Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial-, trabajador –servidores públicos-) así como de la comunidad jurídica y no jurídica. Así mismo el CAS (Contrato Administrativo de Servicios), se legisla con la naturaleza o situación jurídica sui generis que en doctrina se denomina: “labor excluida o no laborizada”, ya que pese a ser una prestación personal, subordinada y remunerada, conteniendo por ello sin lugar a

dudas la existencia de una relación laboral; es injustamente excluida por mandato legal, no legítimo, del ámbito de protección plena del Derecho Constitucional al Trabajo.

También se encontró el trabajo de Ricardo Arturo MARCENARO FRERS (2009). “Los derechos laborales de rango constitucional”, Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, en la cual concluye que: Existen quince derechos laborales comunes en las Constituciones de los países del mundo occidental y son los mismos quince derechos comprendidos en la Constitución peruana de 1993 que además comprende mayor número de derechos laborales que los incluidos en los instrumentos jurídicos supranacionales. Así en el año 2002 se presentó el proyecto de reforma constitucional, previo acuerdo unánime de los representantes del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, representantes de los Trabajadores y representantes de los Empleadores y reiteran los mismos quince derechos que incluye la Constitución de 1993. La Constitución de 1993 excluyó derechos laborales que, según la doctrina constitucional, las constituciones europeas y latinoamericanas, y los instrumentos jurídicos supranacionales, no tienen rango constitucional. Derechos laborales tales como “el trabajo fuente principal de la riqueza”, “sistema de asignaciones familiares”, “trabajo nocturno”, “compensación por tiempo de servicios”, “derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios”, “el trabajador a domicilio”, “la creación del Banco de los Trabajadores”, “la remuneración al trabajo extraordinario” y “el derecho de cogestión y copropiedad”.

Así también Carlos CHIPOCO CÁCEDA (1981). “La constitucionalización del derecho del trabajo en el Perú” Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho, en la que concluye que: Sobre la constitucionalización del derecho del trabajo en la doctrina se ha remarcado dos elementos como explicativos de tal proceso: el fracaso del liberalismo y la lucha de los trabajadores. La igualdad de derechos del liberalismo se queda en teoría, contradiciéndola la desigualdad de hecho, dicha desigualdad y las condiciones objetivas creadas con la revolución industrial, permitirán el desarrollo de la organización y lucha de los trabajadores por sus reivindicaciones y derechos como tales. El Estado deberá interferir así en el libre juego de las fuerzas económicas, desarrollándose la legislación laboral, así como posteriormente la incorporación dentro de las Constituciones de los derechos de los trabajadores. Y que en el análisis histórico del proceso de incorporación de los derechos laborales en nuestras Cartas Constitucionales, hemos encontrado como elementos explicativos, tanto la presencia y actividad de los trabajadores -a nuestro entender factor fundamental-, como los intentos de construir una hegemonía por parte de las clases dominantes, de modo de permitir suscitar en los sectores laborales sentimientos de representación y legitimidad del Estado.

También se pudo encontrar el trabajo perteneciente a José Manuel BARRETO ASECIO (2011). “Los contratos laborales determinados sujetos a modalidad en el ámbito de la Región Lambayeque”, Universidad Privada Antenor Orrego, Chiclayo, en la cual concluye que - Los contratos laborales determinados sujetos a modalidad desde que han sido regulados, estos han sido empleados de una manera excesiva no pudiendo ser inspeccionadas por las autoridades del Ministerio

de Trabajo. Ahora lo que se recomienda es que estos contratos deben limitarse y debe regularse de una manera mejor su ámbito de aplicación, es decir especificar a qué tipos de labores puede estar afecto a un contrato laboral sujeto a modalidad y también la duración que a nuestro criterio debe ser sólo por un año y pasado ese año si vuelven a contratarlo automáticamente se vuelve a contrato de duración indeterminada. Otro de los aspectos a los que esta investigación ha hecho prevalecer es que la Estabilidad Laboral sea considerado nuevamente como un derecho fundamental como así lo fue en la Constitución de 1979, ya que las empresas actuales están usando estos contratos sujetos a modalidad de una forma incorrecta, así como también sabemos que cuando termina el contrato del trabajador, simplemente se le paga sus beneficios laborales, mas no una indemnización como ocurre cuando despiden arbitrariamente a un trabajador.

Por último se pudo encontrar el trabajo perteneciente José Humberto RUIZ RIQUERO (2012): “La aplicación de la teoría del precedente vinculante norteamericano en el Perú y sus repercusiones jurisprudenciales”, Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, en la cual concluye que: La explicación de los precedentes vinculantes en el ordenamiento constitucional peruano importa una labor en la cual se avizoran distintos contextos: de un lado se ha ido afianzando como categoría normativa dentro del sistema de fuentes que comunica la jurisdicción constitucional peruana y de otro lado, ha distinguido una estructura de suma polémica entre los jueces del Poder Judicial, en tanto se ha avisado su carácter de coerción y restricción como categoría sui generis respecto de la interpretación jurídica en general. Pese a este pormenor, suele afirmarse persuasivamente, que las sentencias del Tribunal

Constitucional son vinculantes; sin embargo, no siempre quedan claros los alcances y matices de esta expresión. La presente investigación científica cualitativa está estructurada en tres partes. La primera parte dedicada a la interpretación constitucional y el neoconstitucionalismo como un nuevo modelo institucional del derecho. La segunda parte está dedicada a la teoría argumentativa general del precedente vinculante y sus aspectos conceptuales básicos. Y finalmente, la tercera parte de la tesis se denomina: exploración al precedente constitucional vinculante a partir de la exégesis del Código Procesal constitucional y la interpretación del Tribunal Constitucional peruano: marco legal y jurisprudencial.

Edwar Edinson CORDOVA CALLE (2015). “El precedente huatuco y su aplicación en el sistema laboral publico peruano”. Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad Científica del Perú – Iquitos. En ese sentido, el presente trabajo de investigación trata de explicar porque es necesario implementar políticas que se orienten a establecer como regla básica y principal el concurso público de méritos en igualdad de condiciones y oportunidades para todos para el acceso a un empleo permanente en la administración pública. En esa línea de ideas, traemos a tratamiento el problema jurídico laboral producido a partir de la dación del Precedente Huatuco con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 05057-2013-AA, de fecha 16 de abril de 2015. Muchos son los que se oponen a dicha regla jurídica dada por el supremo tribunal, consideran que éste constituye un retroceso en los derechos laborales de los trabajadores, otros consideran que es contrario a los preceptos convencionales, constitucionales y legales.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Teoría del precedente vinculante

2.2.1.1. Aspectos conceptuales básicos: el precedente vinculante en la Jurisdicción Constitucional actual

Tenemos una raíz y orientación legista o legislativa en cuanto a las fuentes del derecho positivo¹⁷, porque hay un predominio indiscutido de la ley y se toma en cuenta de modo subordinado tanto la costumbre¹⁸ como a la jurisprudencia¹⁹. Nuestro sistema jurídico es neo romanista y positivista, y esta forma tradicional de entender las fuentes del derecho implica que los jueces aplican la ley, sin crearla;

¹⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (1993). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 71.

¹⁸ Como productora de normas jurídicas, no se tratará de cualquier costumbre sino de la costumbre jurídica, esto es, la “práctica general, uniforme y constantemente repetida de una determinada conducta por los miembros de una comunidad, con la convicción que se trata de una regla obligatoria”. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2006). *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho*, 3ra edición, Lima: IDEMSA, p. 471.

¹⁹ En general se puede decir que toda jurisprudencia es fuente del Derecho para las partes pues la resolución que ponga fin al conflicto es de cumplimiento obligatorio para ellas. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial (2006). *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 8va edición, 6ta Reimpresión, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 185. Pero no sólo se toma a la jurisprudencia como fuente del derecho para las partes del conflicto concreto resuelto, sino también para otros conflictos similares, es decir como precedente vinculante, en cuyo caso se exige que se trate de las resoluciones dictadas por la Corte Suprema (artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o el Tribunal Constitucional (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). De esta forma, un argumento a favor de la jurisprudencia como precedente obligatorio o vinculante para los jueces es que permite aplicar el principio de equidad, es decir, los casos similares serán resueltos en el mismo sentido, lográndose la justicia. Para ellos nuestra legislación interna manifiesta los siguientes. Vide. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL: Artículo 22°.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República 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 deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”.

los pronunciamientos judiciales ilustran las normas positivas sólo cuando éstas son oscuras o ambiguas; la obligación de fallar se cumple preferente o exclusivamente por la obediencia de las reglas establecidas, bien por el constituyente, o bien por el legislador; los jueces están atados a la ley pero son independientes frente a las sentencias judiciales con las que fallaron casos anteriores, porque la jurisprudencia es considerada como una fuente secundaria o auxiliar del derecho, que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria; y, finalmente, el derecho se concibe como un complejo de reglas prioritariamente establecidas en normas jurídicas positivas de origen legislativo y codificadas.

De tal manera, lo cardinal del constitucionalismo moderno se asienta sobre una base normativa, que es la Constitución, la cual contiene esos derechos y garantías fundamentales del ser humano. La estructura constitucional se ha visto inmersa en una transformación –que en el anterior capítulo ya hacíamos mención– que ha vivido desde dictaduras y totalitarismos, siempre inútilmente afirmados en una legalidad formal resultante de esa concepción deliberante y positivista del Estado, hasta llegar aquel garantismo de derechos que ofrece el verdadero Estado Constitucional de Derecho.²⁰

²⁰ Haciendo una retro memoria, importante a lo que vamos a desarrollar, podemos recordar que entre “el constitucionalismo fue la conquista de los pueblos en su lucha contra el absolutismo monárquico y, desde el punto de vista histórico, representó la culminación de un esfuerzo mil veces secular para convertir el gobierno del más fuerte en un régimen jurídico, expresión de la justicia, en el cual el hombre no se impone al hombre ni se somete al hombre, sino que éste obedece a la ley, al Derecho formulado en normas, como dice tan lúcidamente el jurista español Adolfo Posada (1860 - 1944)”. BORJA, Rodrigo (2010). *Sociedad, cultura y sociedad*. Quito: Editorial Planeta del Ecuador, p. 335.

Así que, de forma genérica respecto al tema de precedentes, la jurisprudencia constitucional es considerada como fuente secundaria o auxiliar del derecho, que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria o elemental.

2.1.1.2. El umbral del precedente constitucional

Hablar del instituto del precedente vinculante en una realidad jurídica que responde históricamente a la tradición o familia romano-germánica²¹, es todavía una buena forma de despertar enraizados prejuicios. Más concretamente, afirmar que una sentencia (o parte de ella) pueda ser considerada una fuente de derecho, parece ser mal recibido por los seguidores de las cunas del civil law. Inmediatamente, surgen las voces que acusan a tal suceso de significar una usurpación de las competencias del Parlamento (vulneración del Principio de Separación de Poderes), advirtiendo además de que ello supondría importar instituciones del common law a tradiciones jurídicas ajenas.

Resumidamente, para reprobarnos el fenómeno de la creación jurisdiccional de Derecho (con una concepción casuística y empirista: parámetro normativo), algunos²² (influenciados seguramente por su formación jurídica acorde con las prácticas) creen suficiente describir la tradición jurídica a la que responde nuestra

²¹ Se basa en la supremacía de la ley como fuente del derecho y la anglosajona se configura como derechos jurisprudenciales en los que la costumbre todavía conserva una importancia ideológica fundamental como justificación y fundamento de la fuente por excelencia de estos sistemas jurídicos. Costumbre, ley y precedentes judiciales son hechos o procedimientos de producción normativa más relevantes. Ver: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (2007). Estudios al precedente constitucional. Editorial Palestra, Lima.

²² Como es el caso del ex congresista ÁNTERO FLORES-ARÁOZ, quien presentó un Proyecto de Ley 14321/2005-CR1, en el que se proponía recortar las facultades del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional (tal como, que el TC deje de ser un legislador positivo, es decir, que abandone la tarea de crear derecho —vía interpretación— y que simplemente se dedique a ser un legislador negativo encargado de declarar si una norma es constitucional o no, y nada más) y en su función de supremo y definitivo intérprete de la Carta Política (eliminando la facultad).

historia, resaltando la ausencia formal del precedente en sus memorias. Pero en modo alguno aportan un juicio crítico y examinador, situando en la balanza las virtudes o defectos que la institucionalización del precedente constitucional vinculante pueda representar.

Por ello, es necesario plantear una cierta interpretación de los historiales de la teoría argumentativa del precedente vinculante²³, así como los enraizados prejuicios a su arcaica institucionalización en el constitucionalismo moderno. En este sentido, en toda visión impera el concepto de que el Derecho, como lo advirtiera Zarate, es predominantemente un “conjunto de normas establecidas legislativamente en un lugar y tiempo determinado”²⁴, es decir, una definición que empieza invariablemente catalogada como un conjunto articulado y coherente de normas.

Así, el principio fundamental del derecho y sus fuentes que establecen los textos legales inspirados en el Código Civil de Bello²⁵ y en el Código de Napoleón, es el de la prohibición de que los jueces por medio de sus sentencias pudieran pronunciarse por la vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que

²³ El precedente como técnica argumentativa “es utilizado, principalmente en la actividad jurisdiccional y consiste en extraer de una resolución jurisdiccional el principio o fundamento que permite la solución del caso, con la finalidad de que sea considerado como regla al momento de resolver otro similar o idéntico, pero posterior. Esto implica un proceso de retroalimentación entre los jueces de primera instancia y los tribunales supremos”. LOZANO TELLO, Jeannette (2011). “¿Hasta qué punto era necesario adaptar el precedente constitucional peruano a nuestra realidad jurídica?”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, Tomo 217, Lima, Gaceta Jurídica, Diciembre, p. 178.

²⁴ ZARATE, José Humberto (1997). *El sistema jurídico contemporáneo*. México: Editorial Mc Graw-Hill, p. 1.

²⁵ El Código Civil de las Repúblicas de Chile, Colombia y Panamá (también conocidos como Código de Bello) fue obra del jurista Andrés Bello. Y en el Derecho Civil Comparado, los países de España, Francia, Perú, Paraguay, Japón y Grecia son códigos de gran inspiración para el código civil colombiano de Bello.

se les sometiesen, como lo señala el art. 5º del Código Civil francés²⁶. De este modo, el único que podía crear derecho a través de la generación e interpretación de la ley, es el legislador y no el juez.

En la concepción que plasman estos textos legales, la “ley” predomina totalmente sobre la costumbre y la jurisprudencia, y esta circunstancia tiene como explicación histórica, el hecho de que en Francia aquello era una forma de creación del derecho propia del ancien régime²⁷, por lo que los códigos pos-revolucionarios prohibían utilizar la costumbre y la jurisprudencia como fuentes, para impedir que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad general soberana que sólo se puede expresar por medio de la ley²⁸.

La posición antijurisprudencial del legalismo francés fue modificándose con el tiempo en Europa Continental, y desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a hablar de la jurisprudencia constante, mientras los españoles hicieron de la doctrina legal, expresiones que tradujeron un cambio en la concepción del Derecho. Invariablemente, el resultado fue que comenzó a rehabilitarse el valor normativo de la jurisprudencia, que tuvo en Francia autoridad persuasiva y en

²⁶ CASTRO PATIÑO, Nicolás (2009). “Hay que establecer un verdadero precedente constitucional vinculante” En: *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. Guayaquil: Publicación Semestral, N° 02, Febrero, p. 302.

²⁷ Se llama Antiguo Régimen al régimen social y político (fines siglo XVI-fines siglo XVIII) que la Revolución Francesa destruyó. Se considera el reinado de Luis XV, en Francia, como el prototipo del Estado del Antiguo Régimen (A.R.); que ha nacido de la sociedad feudal y que podemos considerar grosso modo como la última pervivencia de una Cristiandad en Europa. BROCOS FERNÁNDEZ, José Martín (2010). *El Antiguo Régimen y la Revolución Francesa, Libros para la Historia en Libertad*. Disponible en sitio web: <http://www.religionenlibertad.com/articulo.asp?idarticulo=9626>. Consultado el 14 de marzo del 2016.

²⁸ CASTRO PATIÑO, Nicolás. Ob. Cit., pp. 302-303.

España, obligó a los jueces inferiores, hasta el punto de que la violación de la doctrina legal era causal suficiente para cesar el fallo.

Para tal fin, precisamente, surge la idea del precedente constitucional vinculante, que en clave anglosajona determina que un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por los tribunales superiores, correspondiéndole a aquél determinar que hay identidad sustancial entre los casos²⁹, en virtud de que esta circunstancia es la que da lugar a la obligación de aplicar el precedente vinculante.

La doctrina del precedente se remonta a “los primeros periodos de la historia inglesa, establecida en el siglo XVIII; y observa ser (...) una regla establecida (...) para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no se sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez (...). Convirtiéndose ahora en una permanente “rule” –regla- que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados, (...) él -Juez- no ha sido considerado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo”³⁰. De la

²⁹ LOZANO TELLO, Jeannette (2012). “¿Quiénes son los jueces posteriores en el precedente constitucional peruano?” En: *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Tomo 57, Lima: Setiembre, p. 370.

³⁰ BLACKSTONE, William, citado por TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (2009). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa: Editorial Adrus, p. 27. Como bien a recabado Jhonny Tupayachi, todo esto empieza desde el fin de la guerra de independencia en Norteamérica, las colonias se separan de la Corona inglesa, empezando el dilema de mantener el orden jurídico existente a la fecha o el iniciar un nuevo modelo jurídico propio a un Estado naciente, con el reto de llevar a la práctica los grandes principios sobre los que se estructuraba su orden constitucional. El reto principal que tenían era el de “americanizar el derecho inglés en concordancia con las condiciones que se vivían en Norteamérica”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa (2001). *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid: McGRAW-HILL, p. 4. Este mismo autor nos narra que “los historiadores del derecho inglés y norteamericano coinciden en señalar las cuestiones básicas que impulsaron el afianzamiento de la doctrina del precedente actual. En primer término, la existencia de un sistema confiable y eficiente de publicación de sentencias (law reports). La única forma en que se podía predicar la obligatoriedad de las reglas contenidas en las decisiones judiciales previas era si se aseguraba que tales reglas fueran conocidas por todos y que, además, los law reports fuesen lo suficientemente fiables como para que

misma forma, en retrospectiva a la doctrina del precedente se ha entendido, que la función totalizadora y global de la ley fue siempre así o, por lo menos, que lo que ahora representa la ley en los estados modernos, es fruto de la marcha del Derecho.

Sin embargo, el antecedente histórico relevante es que aquí aparece la “modernidad jurídica”³¹; ésta entonces, ocasiona el alejamiento del Derecho respecto de la sociedad, en estricto, esta separación tiene como instrumento la reducción del Derecho a la “legalidad”³², con el efecto de que aquél se divorcia de los valores sociales. Y que, por cierto, se somete a un mandato superior que alcanza contundencia con la teoría kelseniana que, a este efecto y condensando la existencia del Derecho a la consistencia de la norma fundamental, se convierte en una enorme corteza que cobija a toda la modernidad jurídica.

existiesen diferentes versiones de una misma decisión judicial. Pero además, y sobre todo, la configuración de la doctrina del precedente requería de la sustentación de la concepción iusnaturalista u ortodoxa del common law, según la cual la función de los jueces era descubrir los principios subyacentes en las decisiones judiciales previas y aplicarlos al caso en concreto, por una concepción positivista en la que abiertamente se reconociese que las decisiones judiciales creaban derecho y que el common law era un derecho de creación judicial (judie-made law). El concepto de precedente vinculante solo tiene sentido si se admite que las decisiones judiciales en sí mismas son derecho y, por lo tanto, que el common law no es un derecho separado de tales decisiones. Tanto en América como en Inglaterra, ambas cuestiones fueron evolucionando paralelamente. Lo hicieron a partir de una dialéctica interna muy peculiar: cuanto más estricta se volvía la teoría del precedente, fueron surgiendo law reports más fiables, pero, al mismo tiempo, cuantos más law reports fiables existieron, mayor atención y autoridad le daban los jueces a sus decisiones previas”.

³¹ “Situación novedosa en aquellos ordenamientos ajenos a la influencia anglosajona, donde el valor del precedente se encuentra devaluado y rige una tradicional cultura legalista”. ABAD YUPANQUI, Samuel (2008). “El precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano: una indispensable fuente del Derecho”. En: *Jus Constitucional*, Tomo I, Enero, Lima, p. 45.

³² En la Europa Continental (durante el siglo XIX), los jueces parten de la premisa, propia de las teorías normativistas, de que el Derecho es un dato, una formalización normativa, abstracta y general que les viene dada. El juez está obligado a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y conocidos por las partes. “El modelo del juez vinculado, que ante todo viene a fallar de acuerdo con ciertas normas o estándares preexistentes y cuya función es satisfacer unas expectativas que nacen, no de la confianza de sus cualidades personales, sino de unas prescripciones conocidas por las partes”. PRIETO SANCHEZ, Luis (1993). *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 13. “(...) para el Juez norteamericano, en cambio, el Derecho es abierto, incompleto y dinámico. Bajo esta perspectiva, función del Juez no puede ser sólo la de aplicar el derecho preexistente, en algunos casos también tendrán que crear derecho nuevo para dar solución jurídica al problema planteado”. Cfr.: MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. Ob. Cit., p. 64.

A pesar de lo anteriormente dicho, ¿qué se ha perdido en esa traslación a la modernidad? Quizá la salida histórica más trascendente sea que, al convertirse la ley en un acto de voluntad más que un acto de conocimiento de la realidad social, ha ocurrido lo que Magaloni Kerpel describe como “el quebrantamiento de la dimensión inteligente del derecho”³³. Los fallos ya no son producto de la comprensión de la realidad social y tampoco del razonamiento consciente que condensa una práctica histórica anterior, sino el juego de voluntades que lleva a que las masas parlamentarias resuelvan aquello que oportunamente les pueda resultar más cómodo para persistir el ejercicio monopólico del poder de aquellos a los cuales les sirve; convirtiéndose en algo que se acepta sin crítica.

Este preámbulo tiene una razón empleada en el análisis central del presente trabajo: si el divorcio entre el Derecho y la sociedad es en gran medida el elemento histórico responsable de la actual crisis del Derecho, ¿no sería recomendable gestar un Derecho que tenga como punto de partida los fenómenos sociales?.³⁴

Una de las expresiones de la crisis del Derecho en el civil law, antes anotada, es que el exceso de la legalidad ha determinado que se haya perdido la certeza del derecho, probablemente uno de los objetivos más importantes que debe alcanzar un

³³ *Ibíd.*, p. XX. Para que se explique, “(...) es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual –satisfecho o saciado– diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas –sustento en la realidad social– (...), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación, pues el resultado resultaría erróneo”. QUIROGA LEÓN, Aníbal (2005). “Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano. A propósito del control concentrado de la Constitución”. En: *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Santiago, p. 36.

³⁴ El dinamismo de la realidad social hace que siempre exista una zona de media luz en el derecho que el legislador no puede iluminar a priori. Sin embargo, siendo el common law un derecho preexistente al derecho legislado, se mantiene como un derecho de carácter supletorio: todo aquello que el legislador no reguló expresamente se podrá regular a través de la técnica del common law”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. *Ob. Cit.*, p. 67.

sistema jurídico. En el civil law se ha enfrentado el tema de la certeza con la formulación de reglas abstractas que ordenen la vida en sociedad, con la ley. En el “common law”³⁵ el mismo problema ha sido enfrentado con la doctrina del precedente, esto es, vinculado al juez a las decisiones expedidas por ellos mismo y, sobre todo, por sus superiores.

Así, la interpretación del Derecho es una labor indesligable para el juez desde el momento en que debe resolver los conflictos sometidos a su conocimiento³⁶. En esa medida, se hace referencia a aquella nueva doctrina de modelo estatal que en teoría jurídica se ha convenido en llamar Neoconstitucionalismo, la que tras reconocer la especial peculiaridad de las constituciones a partir de la segunda postguerra mundial derivan importantes consecuencias en torno a la interpretación constitucional y a la posición de los tribunales constitucionales³⁷.

³⁵ Institución compleja desarrollada en muchos años, que tiene como antecedente en el principio de stare decisis (estar a lo decidido). Donde su jurisprudencia es fuente de derecho. Asimismo, cabe decir, que el filósofo RONALD DWORKIN (es el teórico constitucional estadounidense que lidera el enfoque moral de la Constitución, pero advierte que existe un contraste paradójico entre la práctica constitucional prevaleciente, que confía especialmente en una lectura moral de la Constitución y la teoría constitucional prevaleciente, que rechaza esa lectura. Justamente los que critican esa postura se basan en que el discernimiento es fácil en teoría, pero no en la práctica, convirtiéndose en una fuente indeterminada, manipulable y que en definitiva depende del juicio subjetivo de valor de cada juez, por ejemplo, en materias tan controvertidas como el aborto) afirma que: No es el juez “boca de la ley” del positivismo, sino el juez “Hércules” creador de derecho al interpretar leyes. Por todo ello, es una creación judicial o jurisprudencial del derecho, a partir de una realidad concreta (en diálogo con la sociedad), más sensible a los cambios, de elaborar el derecho. Cfr. BARKER, Robert (2005). *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, p. 187.

³⁶ Al respecto, HÄBERLE, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Dykinson, pp. 33 y ss. “(...) el juez que debe examinar en cada caso lo exigido o prohibido socialmente, ha de atenerse, como resulta de la naturaleza de la cosa, pero también según lo prescrito en el artículo 1.3 de la Ley Fundamental, a aquellas decisiones valorativas fundamentales y a los principios sociales del orden que encuentre en los artículos sobre derechos fundamentales de la Constitución (...)”. CRUZ, Luis (2009). “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”. En: *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAIÓN*. Año 23, N° 18, Diciembre, p. 20.

³⁷ FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2010). “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima, N° 117, Noviembre, pp. 45 y 47. “La definición más óptima de Neoconstitucionalismo la brinda, (...), PRIETO

Por lo tanto, refiere que la mera subsunción de los hechos en la norma jurídica y el papel pasivo del juez queda de lado para dar paso a un nuevo horizonte del Derecho³⁸, en el que cobra protagonismo tanto el TC como los criterios interpretativos de la ponderación y los principios de interpretación constitucional o en el control constitucional abstracto.

Contrariamente de que el civil law ha adquirido la calidad de valor, entendida la tesis de que el juez crea derecho cuando resuelve un caso, queda claro del mismo modo que la afirmación sobre plenitud del ordenamiento jurídico es sólo una ficción (es decir, algo que se acepta sin crítica) que sostiene la eficacia del civil law; siempre será inevitable que el intérprete –entre ellos los jueces de preferencia- cubra los vacíos. Esta función creadora resulta vital mostrarse de acuerdo a que la ley no sólo esta desvalida de alternativas, sino que regularmente no se desplaza al compás del cambio social. Por esta razón, no es excepcional advertir como en muchos sistemas del civil law que la jurisprudencia³⁹ es la que incorpora figuras jurídicas casi en simultáneo con lo que ocurre en el common law.

SANCHÍS, Luis (2002). *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Editorial Palestra, Lima, p. 34. Para quien esta novísima expresión del tradicional Estado Constitucional implica un cierto tipo de Estado de Derecho, (...) una Teoría del Derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada. (...) Así, en el Estado neoconstitucional se varían los supuestos de antaño sobre la forma del Estado, se redefine la fórmula política hacia una concepción más garantista sobre las demandas de los derechos fundamentales y se replantea la forma de resolver las controversias constitucionales”.

³⁸ STC. N° 0030-2005-AI/TC, de 10 de febrero de 2006, Fundamento 40: “La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución)”.

³⁹ Entendiéndose como un “conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidos en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución”. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (2007). “Precedente Vinculante”. En: *Conferencias sobre la Justicia*. Lima: PUCP, p. 39.

De ahí que, normalmente se exponga la necesidad de pretender una adaptación óptima de la doctrina argumentativa del precedente vinculante, por la extrema necesidad de referir un Derecho que sea previsible para sus usuarios, pero que a su vez tenga suficiente flexibilidad y dinámica de las reglas como para enfrentar con fallos justos los diferentes retos de una sociedad en constante cambio⁴⁰. Entonces, cuando indagamos en la posibilidad de obtener consecuencias efectivas de la doctrina del precedente, estamos admitiendo que la certeza sigue siendo, a pesar de los actuales tiempos modernos, un valor que debe ser perseguido y obtenido, sin renunciar a un derecho que no se colme en fundamentos que se respetan sólo por su antigüedad.

Aquí cabe cuestionar, entonces, si el precedente⁴¹ en los sistemas del civil law debe ser un dato estadístico a tener en cuenta, o un valor formal previamente establecido por la norma, o un efecto vinculante sobre los jueces inferiores de quien expidió la regla o finalmente, una técnica que debe ser incorporada sin prescindir de presupuestos que requiere necesariamente.

Algo que también se hace manifiesto en la doctrina del precedente vinculante es que uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales actuales ha sido la universalización de la jurisdicción constitucional, en sus

⁴⁰ Una concepción instrumental del Derecho que significó exigir a los jueces que se involucrasen en la reforma del derecho y elaborasen consideraciones sustantivas de carácter extranormativos, buscando así configurar un nuevo orden jurídico a través de un proceso de casuística judicial flexible y dinámica. *Cfr.* MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. *Ob. Cit.*, p. 12.

⁴¹ “El precedente vinculante se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al igual que las demás normas”. Se trata, según puede advertirse, de una noción amplia que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de atribuir el valor de “precedentes” sólo a las decisiones emanadas de las cortes supremas respectivas, o que expresen criterios “reiterados” en otras decisiones, o que estén “firmes” (esto es que gocen del status de la *res iudicata*), o que hayan sido publicadas. TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. *Ob. Cit.*, pp. 28-29.

lineamientos fundamentales⁴². Hoy en día se señala la creciente aproximación de los dos sistemas clásicos y se advierte, por una parte, que el régimen de la Judicial Review norteamericana se ha acercado en forma muy apreciable al modelo europeo continental, debido a la institución de la autoridad del precedente que se adopta con la existencia de un órgano jurisdiccional supremo para todo el ordenamiento jurídico, y que además, ha culminado con otorgar a las sentencias de este último, así sea de manera indirecta, efectos generales o erga omnes, bien diferentes a la mera desaplicación en el caso en concreto, procurando articularlas de manera dinámica⁴³, con lo cual en la práctica este tipo de resoluciones ha dado la eficacia del precedente en términos semejantes al modelo norteamericano.

Definitivamente, de esta manera, es normal comprender que algunos pueblos hispanoamericanos hayan adoptado, al presente, una mixtura o una dualidad de los dos modelos tradicionales de control constitucional, como de las figuras y prácticas de ambos sistemas. No sólo en Hispanoamérica sino en el mundo entero.

⁴² Los dos polos opuestos de los sistemas de justicia constitucional, en el que el modelo norteamericano calificado como difuso tiene una vía prejudicial que solo puede proponerse por las partes y en ocasiones por el juez en una controversia concreta, sus efectos son especiales para la desaplicación de las normas legislativas aplicables en relación con las partes en el proceso y de una naturaleza declarativa que implicaba la declaración de certeza retroactiva de la decisión. Por el contrario, el modelo continental europeo, denominado como concentrado, de manera que es ejercido el control por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal y cuestiona la legitimidad constitucional de las normas legales impugnadas sin tomar en cuenta una controversia concreta; sus efectos son generales y tienen carácter constitutivo pues valen para el futuro, pero se respeta para el pasado la validez de la ley inconstitucional. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco (s/f). *“La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad”*. pp. 1 – 3. Disponible en sitio web: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file. Consultado el 10 de marzo del 2016.

⁴³ “(...) la óptica dinámica del sistema jurídico americano, lo relevante es explicar el modo como las decisiones judiciales van desarrollando el derecho (...), la doctrina del precedente constituye la herramienta jurídica básica para penetrar en el mundo de las decisiones judiciales y descubrir cómo el derecho se mueve bajo ciertos patrones de orden (...) que van desarrollando y transformando el derecho al ritmo de los cambios sociales, políticos y económicos”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. Ob. Cit., p. XXVII.

Justamente, el valor del precedente vinculante que tradicionalmente constituye un rasgo característico en los países del common law, poco a poco se ha propagado hacia los países de tradición romano-germánico. Una de las manifestaciones de esta hibridación aparece cuando las jurisdicciones constitucionales concentradas progresivamente han venido incorporando instituciones con arraigo en el sistema del common law.

Esto sucede precisamente con la fuerza vinculante del precedente constitucional vinculante, que fue creado por el sistema jurídico anglosajón y ha tenido especial eco en los países derivados de la doctrina del stare decisis en la práctica judicial de los Estados Unidos; si bien con ciertos acondicionamientos, no sin cierta polémica y complicaciones que la acompañen.

Por esa razón, la figura del precedente vinculante se encuentra enraizada en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia expedida por los órganos jurisdiccionales debe ser obligatoria tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior. Sin embargo, no son pocos los ordenamientos de tradición romano-germánica que consagran normas expresas en las que regulan la institución del precedente vinculante.

Actualmente el precedente vinculante se aplica en el Perú, España y Alemania, por aparecer reguladas tales facultades en las leyes orgánicas de sus Tribunales Constitucionales. En México también aparece en su Ley de Amparo; en Colombia por creación jurisprudencial y en el caso brasileño por una enmienda ha quedado establecido que la jurisprudencia constitucional sea vinculante.

La recepción del precedente vinculante en el Perú ha significado contar con una herramienta distinta de aquella originaria del modelo norteamericano y de la clásica jurisprudencia de la tradición romano-germánica que conocemos mejor. Así lo entendió el TC al recibir del legislador la breve previsión sobre el precedente vinculante contenida en el art. VII del TP del CPC⁴⁴. El colegiado se encargó de definirlo, regularlo y precisarlo, dándole un sentido a su presencia en el ordenamiento: “la incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro Derecho comparte la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica”⁴⁵. Esto, en el marco de que el Tribunal Constitucional en el Derecho Procesal vigente es auspiciado por la autonomía procesal constitucional^{46 47} que preconiza.

⁴⁴ TITO PUCA, Yolanda Soledad (2011). “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. En: *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, pp. 114 - 115.

⁴⁵ STC. N° 03741-2004-PA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005, Fundamento 38.

⁴⁶ Este principio establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas procesales constitucionales. De esta manera, la autonomía procesal constitucional denota “la potestad de creación judicial del derecho, más específicamente, la potestad de creación judicial del derecho procesal constitucional. Se trata de la creación de derecho procesal constitucional, pero no derecho constitucional sustantivo. En tanto se trata de creación judicial, ella viene a ser el producto del ejercicio de función jurisdiccional y, por ello, son las resoluciones (autos y sentencias) los medios a través de los cuales se crea ese derecho procesal constitucional”. Este principio, apareció en el contexto del derecho procesal constitucional y tuvo lugar en el ámbito de la jurisprudencia constitucional alemana (1950). Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail (2007). “La autonomía procesal constitucional”, En: *Justicia Constitucional, Diplomado de Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 4, pp. 1 y 4.

⁴⁷ Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional que: Por lo demás, la potestad de crear ex novo reglas procesales, con el objeto de suplir, completar o perfeccionar el ordenamiento procesal constitucional, es una potestad que este Colegiado ha asumido como doctrina jurisprudencial en un sinnúmero de resoluciones. Así, en la RTC 0020-2005-PI/TC se ha sostenido que: “El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales”. En dicha resolución se plantearon en forma enunciativa los temas que podían ser regulados por la autonomía normativa del Tribunal Constitucional, al haberse señalado que: “El espectro es bastante amplio, por ejemplo respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas,

2.1.1.3. Definición y apología de su realidad

El sustantivo precedente se refiere a una fase de creación del derecho distinta y posterior a la de su configuración dispositiva. Por esta razón, la producción normativa no se agota en la configuración dispositiva. Posteriormente, el órgano de aplicación debe asignarle un significado a la disposición, para resolver el caso, utilizando para el efecto la interpretación o la integración del derecho.

KELSEN, sostuvo que la interpretación: “es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a un norma inferior, y que en el caso de la interpretación de una ley se trata de saber cómo aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o

capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto”. Es en esta perspectiva que la decisión de suplir el vacío normativo indicado, a través de la modificación reglamentaria (lo que le otorga un mayor grado de seguridad jurídica), es desde todo punto de vista legítima y no puede ser cuestionada, en base a argumentos que en muchos otros casos son aceptados con toda naturalidad. Así, por ejemplo: a) El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional creado mediante la RES. recaída en el Exp. N° 00168-2007-Q/TC. En aquella ocasión se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para “realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional” que significó ampliar los alcances del artículo 202° de la Constitución, b) Otro caso fue el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Poder Judicial creado mediante la RES. recaída en el Exp. N° 00201-2007-Q/TC. En esta oportunidad se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para realizar, por segunda vez, un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional. Se consideró que “de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales (...) para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial”, pese a que la Constitución y la ley no lo permiten, c) Asimismo, la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad creado mediante la RTC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Acumulados). Al respecto, en la RTC 0006-2009-PI/TC el Tribunal Constitucional reconoce que “a partir del principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional ha incorporado la figura del partícipe constitucional [fundamento 23 de la STC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC], el mismo que se incorpora al proceso, sin ser actor, en atención a las funciones que la Constitución les confiere y su funcionalidad en el proceso es la de aportar una tesis interpretativa que enriquezca los puntos de vista que el Tribunal deberá evaluar”. STC. N° 00228-2009-PA/TC-LA LIBERTAD, Caso Flor de María Ibáñez Salvador, de fecha 18 de abril de 2011, Fundamento 03.

administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer”⁴⁸. Y GARCÍA MAYNES, al referirse al proceso de integración dice: “cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del legislador”⁴⁹. Es decir, el juez tiene siempre el deber de resolver las controversias y la insuficiencia o falta de ley, no lo releva del cumplimiento de tal obligación.

Fue por esto que Cossio afirmó que “el juez debe juzgar siempre porque es juez, es decir, porque así es su ontología”⁵⁰. De ahí que cuando se habla de precedente se alude a la norma que crea el juez para resolver el caso planteado, la misma que debe servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo, siempre que se trate de un precedente vinculante⁵¹. Precisamente, el adjetivo vinculante entraña la fuerza con que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros, sustancialmente idénticos aquél en el que fuera establecido.

⁴⁸ Cfr. KELSEN, Hans (1983). *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM.

⁴⁹ GARCÍA MAYNES, Eduardo (2000). *Introducción al Estado del Derecho*. México: Editorial Porrúa, p. 366.

⁵⁰ COSSIO, Carlos (1947). *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la Ley*. Buenos Aires: Editorial Losada, p. 59.

⁵¹ El adjetivo vinculante entraña la fuerza con que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros, sustancialmente idénticos a aquél en el que fuera establecido. De lo mismo, más detalladamente, lo explica ARAGÓN REYES, Manuel (1986). “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Nº 17, pp. 110 y ss.; “Las normas son un parámetro de decisión indisponible y preexistente para el juzgador, (...) gran parte del debate en torno al problema de la interpretación legal y constitucional se centra en la búsqueda de cánones de valoración objetivos y de criterios predeterminados de composición de esos cánones, de tal forma que la interpretación y aplicación del derecho por los jueces no sea una mera decisión política”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. Ob. Cit., p. 65.

La noción vinculante guarda relación con el concepto de fuente del derecho, entendida ésta como “aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”, según la predicación de Bobbio⁵². Subsiguientemente, estamos frente a un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional se incorpora al derecho objetivo, con carácter general, obligando a los operadores jurídicos a aplicarla, siempre que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo.

Con la Constitución vigente, no consta que el Congreso pueda interpretar la Carta Magna, aunque tiene atribución para hacerlo con la ley, como puede consultarse en el art. 102º, Inc. 1⁵³, de la CPP. Así mismo, en los arts. 201⁵⁴ y 202⁵⁵, las normas establecen que el TC es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia y que genera jurisprudencia vinculante en materia constitucional (lo que en parte satisface nuestra aspiración que realmente va más allá), pues se trata de que se incluya en nuestro sistema jurídico el instituto del precedente constitucional vinculante como una fuente del derecho⁵⁶; advirtiendo que no es lo mismo el concepto de precedente

⁵² BOBIO, Norberto (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, p. 158.

⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 102 inciso 1º.- “Son atribuciones del Congreso. 1.- Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”.

⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 201º.- “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. (...)”.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 202º.- “Corresponde al Tribunal Constitucional: 1.- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2.- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3.- Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”.

⁵⁶ STC. N° 00047-2004-AI/TC, del 08 de mayo de 2006, Fundamento 15. “La fuerza vinculante de los precedentes constitucionales significa entrelazar y armonizar el pasado con el futuro, de tal modo que los jueces de la constitucionalidad adapten el contenido de la doctrina y resuelvan nuevos conflictos en la materia, sin desconocer o ignorar los principios y reglas establecidos por los jueces que les precedieron. (...) el stare decisis hace que la interpretación y aplicación de la Constitución se convierta en un proceso colectivo e histórico, en el cual convergen las diversas ideologías y

constitucional vinculante y el de jurisprudencia vinculante (que es el concepto al que se refiere la Constitución).

Por consiguiente, negativa es la posibilidad de asumir una concepción del derecho que tenga como único referente a la Constitución y a la ley, porque en ese escenario no se tendría en cuenta la textura abierta y muchas veces indeterminada de la Constitución, y entrañaría renunciar a que ésta sea expresión del pluralismo que se concreta en la vida diaria por la vía de la interpretación.

No olvidemos que el Estado Constitucional de Derecho es en esencia Estado de la Jurisdicción, en cuanto en la jurisprudencia reside el resguardo último de los derechos fundamentales, como lo proclamó Häberle⁵⁷. Tampoco olvidemos que cuando la jurisdicción constitucional resuelve casos en los que debe hacer frente a las decisiones del Estado, puede ser un poder contra mayoritario, que lejos de representar es una amenaza para la democracia, que confiere su razón de ser. Éste es el motivo por el que las dictaduras no soportan vivir con Cortes, Tribunales⁵⁸ o Jueces constitucionales “independientes”, porque ante los asaltos del dictador, o frente al ejercicio de un poder concentrado y autocrático, los derechos fundamentales hablan a través de los jueces, por lo que conviene mejor silenciarlos.

posiciones de los miembros que van conformando el Tribunal a lo largo del tiempo”. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. Ob. Cit., p. 206.

⁵⁷ Cfr. HÄBERLE, Peter (2003). “El estado constitucional”. En: *Serie doctrina jurídica*. Nº 47. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 55.

⁵⁸ A continuación detallamos algunos de los principales Tribunales Constitucionales de América Latina y Europa: Tribunal Constitucional del Perú, Tribunal Constitucional de Bolivia, Tribunal Constitucional de Chile, Corte Constitucional de Colombia, Conseil-Constitutionnel Francia, Tribunal Constitucional Alemán, Tribunal Constitucional Austríaco, Tribunal Constitucional de España, Corte Constitucional de Italia, Tribunal Supremo de los EE.UU., Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela

En consecuencia, hay que hacer una apuesta firme por los jueces y su labor creadora en la jurisprudencia. Sólo así habremos dado un paso mayor en la reestructuración profunda de nuestras fuentes del derecho: el precedente constitucional vinculante constituirá en ese escenario medio idóneo para conseguir la realización plena del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, a la predictibilidad y a la seguridad jurídica⁵⁹.

Entonces, la expedición de un precedente, según Eto Cruz, constituye la cristalización de un proceso racional de argumentación que se refleja en la sentencia, y que el juez asume como lo suficientemente correcto para su aplicación a otros casos similares. Es la expresión jurídica del principio kantiano universal, según el cual uno debe estar convencido de la validez moral universal de una conducta, a fin de estar dispuesto a comportarse de acuerdo a ella con cualquier interlocutor ocasional⁶⁰.

De esta forma, el TC, jurisprudencialmente ha definido al precedente como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza análoga. En este contexto (...) la regla general externalizada como precedente a partir de un caso

⁵⁹ Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín (Exp. N° 0016-2002- PI/TC, de fecha 30 de abril de 2003), ha sostenido lo siguiente: “(...) la predictibilidad de las conductas (en especial, la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (...)”. DONAYRE MONTESINOS, Christian (2007). “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, Enero-Junio. Lima: Palestra Editores, p. 103.

⁶⁰ ETO CRUZ, Gerardo (2009). “Presentación del Libro”. En: *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa: Editorial Adrus, p. 10.

concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos, con efecto similar a una ley”⁶¹. Lo que nos evidencia que el propio TC es el que decide qué parte de su sentencia es vinculante (con alcances generales).

Al respecto, cabe señalar que el TC en el caso Ramón Salazar Yarlenque [STC. N° 3471-2004-PA/TC] ha establecido que “el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido delimitando paulatinamente (...)”. El precedente queda inserto en el derecho objetivo, desplegando como bien afirma RODRÍGUEZ SANTANDER, “la fuerza general que le es inherente. Por ende, tiene por su condición de tal efecto similar a una ley”⁶². Consecuentemente, solo los jueces del PJ quedan vinculados a los contenidos de los precedentes vinculantes, es decir, quedan obligados a interpretar los dispositivos constitucionales del modo como lo haya establecido el TC en el precedente constitucional vinculante.

Pues bien, lo que el precedente vinculante significa es que, en el futuro, y mientras el precedente no se anule, los tribunales vinculados que apliquen esa misma norma a casos en los que se den circunstancias iguales o similares en lo que

⁶¹ En "Municipalidad Distrital de Lurín" (Exp. N° 0024-2003-AI/TC) o las precisiones hechas a las mismas en "Salazar Yarlenque" (Exp. N° 3741-2004-AA/TC). Preocupa entonces que el criterio esbozado primero en "Teodorico Bernabé Montoya" (Exp. N° 03173-2008-PHC/TC) y consolidado en "Proviás Nacional" (Exp. N° 03908-2007-PA/TC). Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2007). "¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de un caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año II, N° 04, Abril. Lima: Palestra Editores, p. 581.

⁶² RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger (2007). "El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos". En: *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, p. 57.

importe –y en los que no concurra algún dato adicional que haga que el problema interpretativo sea de otra apariencia- dicha norma ha de ser aplicada bajo aquella misma interpretación, con aquel mismo sentido establecido en la decisión anterior que vale como precedente⁶³.

Un precedente será considerado como constitucional en la medida en que para efectos de la creación de la norma o regla jurídica que contiene, hayan participado los dispositivos constitucionales⁶⁴. Así, podría ser que el precedente se establezca con la sola interpretación de la Constitución, o se derive de la interpretación de la ley con el marco constitucional o de omisiones evaluadas a la luz de los dispositivos constitucionales⁶⁵.

2.2.2. Principio-derecho de igualdad

2.2.2.1. Sobre el concepto de igualdad

El principio de igualdad ha sido objeto de diversos sentidos interpretativos, los cuales han sido, en cierta manera, asociados a distintos momentos históricos. Ahora bien, cualquier enfoque relacionado con el

⁶³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2012). “Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 51, Abril. Lima: Gaceta Jurídica, p. 282.

⁶⁴ En efecto, de ahí que es importante distinguir entre precedente constitucional, precedente legal y el precedente en el Common Law. Así, se alude al primero cuando la norma jurídica ha sido creada por el juez al momento de aplicar la Constitución como norma decisoria del litigio. Estaremos ante un precedente legal, si se acudió al derecho legislado para tal efecto, y si más bien fue establecida en base a las decisiones del common law, se trata de un common law precedent. Sobre el particular puede revisarse: MAGALONI KERPEL, Ana Luisa. Ob. Cit., p. 31. De ahí que, quizá las principales diferencias entre el precedente constitucional previsto en el artículo VII del Código Procesal Constitucional peruano y el precedente propio del common law sean: en primer lugar, que está regulado en una norma jurídica escrita, es decir, en la ley, y, en segundo término, que mientras en el precedente del common law, es al juez posterior a quien corresponde determinar la ratio decidendi que servirá de norma aplicable para los futuros casos análogos, en nuestro país, la regla es precisada por el propio Tribunal Constitucional.

⁶⁵ DONAYRE MONTESINOS, Christian. Ob. Cit., p. 106.

principio de igualdad se encuentra fuertemente interrelacionado con distintas teorías de la justicia. Es así que, en el primer acápite, se efectuará un breve análisis del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad, el cual será examinado desde una particular teoría de la justicia. En ese marco, se analizarán los conceptos de igualdad formal y material, a fin de advertir la evolución que ha experimentado el principio general de igualdad.⁶⁶

En la doctrina italiana, refiriéndose al tema, Bobbio⁶⁷ ha expresado: “... decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa (...) si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quienes?, y b) ¿Igualdad en qué?. Se advierte entonces, de modo inmediato, que la igualdad es un concepto relacional, que solo se revela a partir de la identificación de los datos precitados. El mandato de igualdad no produce en modo alguno la pluralidad, la diferenciación; solo proscribe el trato desigual arbitrario”.

Adicionalmente, el concepto de igualdad adquiere otro nivel de complejidad cuando lo trasladamos al terreno jurídico, pues en él ha de convivir con otras normas y principios. Un mundo en el que no serán infrecuentes las colisiones, en especial con el derecho -principio- de libertad. En efecto, libertad e igualdad son categorías que se implican recíprocamente. Cada hombre es igual a los demás en la medida en que es libre respecto de ellos, es decir, en la medida en que no está obligado a

⁶⁶ PAZO PINEDA, Oscar (2014). “Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad”. En: CARPIO MARCOS, Edgar / SAR SUÁREZ, Omar. *Alcances del principio de igualdad*. USMP, Lima, p. 3.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona - Buenos Aires - México: Ediciones Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 53-54.

obedecer a ningún otro; o es libre en la medida en que, siendo igual a los demás, ninguno de ellos puede imponerle su voluntad.⁶⁸

Constitucionalmente la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, "...la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona -minimum de humanidad respecto del cual no cabe distinciones, y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes..."⁶⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha ocupado del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad. Al respecto ha señalado que:

"[...]La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) 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". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

⁶⁸ RUBIO, Francisco (1997). "La forma del poder". En: *Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 105.

⁶⁹ PETZOLD-PERNÍA, Hermann (1990). "La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana". En: *Anuario de Filosofía Jurídico Social*. Argentina, N° 10, pp. 211-212.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable...”⁷⁰

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 proscribiera 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

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un

⁷⁰ STC EXP. N° 03525-2011-PA/TC, fundamento jurídico 4.

⁷¹ STC EXP. N° 00009-2007-PI/TC, fundamento jurídico 2.

derecho autónomo, sino relacional”⁷²; en otras palabras, el derecho a la igualdad “funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan”⁷³.

Cabe anotar entonces que, desde una perspectiva constitucional, la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo, como un derecho pasible de reclamación y protección individual.

A. La igualdad constitucional. Derecho a la igualdad y principio de igualdad

Tal como ya se anotó, la igualdad constitucional puede encararse desde dos perspectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habrá que dotarlo de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

Pero en realidad no solo la igualdad, sino prácticamente todos los derechos fundamentales son al propio tiempo derechos individuales y valores o principios

⁷² STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1.

⁷³ STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2

que vertebran el ordenamiento jurídico. Vistos así, “...los derechos fundamentales se comportan como principios estructurales básicos para el derecho positivo y el aparato estatal...”⁷⁴, “...los cuales deben tenerse en cuenta en las diferentes actividades públicas, como son la expedición de normas, su interpretación y aplicación jurídica, la intervención de la fuerza pública, la actuación administrativa, etc...”⁷⁵.

En esta misma línea, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio “implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático” y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental “comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución 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”⁷⁶.

2.2.2.2. La igualdad como principio

La palabra principio es una expresión polisémica en el Derecho, es decir contiene diversos significados, muchos de los cuales incluso son contradictorios.

⁷⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio (1993). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 20-22.

⁷⁵ Cfr. STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, fundamento jurídico 25.

⁷⁶ STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC, fundamento jurídico 2

Como expresión y como concepto el término ha estado presente en el Derecho desde hace mucho, incluso en los propios textos legislativos la referencia a los principios jurídicos data cuando menos de principios del siglo XIX. Sin embargo, el debate moderno sobre los principios jurídicos se inicia con los trabajos de Dworkin⁷⁷, y en gran medida aun giran a su alrededor.

Por su lado, Robert Alexy ha sostenido que los principios son “mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas que juegan en sentido contrario”⁷⁸. Al respecto, cuando se afirma que la igualdad es un principio, se alude tanto a los alcances que sobre él da Alexy, como al entendimiento de estos como aquellas piezas que estructuran y dan sentido a todo el ordenamiento legal, permitiendo entender que el sentido de una ley no está dado solo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento y su relación con las demás normas, sentido que tampoco es fijo e invariable, pues puede cambiar en función de las modificaciones en el ordenamiento jurídico⁷⁹.

Ahora bien, para nosotros, como ya referimos en un trabajo anterior⁸⁰, los principios generales del Derecho son fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Se encuentran invariablemente en su

⁷⁷ Cfr.: DWORKIN, Ronald (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.

⁷⁸ ALEXY, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 86.

⁷⁹ DE CASTRO, Federico. *Derecho Civil*, p. 462; citado por GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo (1986). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, p. 24.

⁸⁰ GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2003). “Vacíos de la Ley y principios generales del Derecho”. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 34.

estructura y en ocasiones expresadas en algunas normas positivas, incluso con rango constitucional. Permiten la creación y recreación del ordenamiento legal, su cabal aplicación y comprensión, y por supuesto tienen un especial papel en la integración del sistema. Son igualmente indispensables en la investigación científico-jurídica como en la aplicación práctica.

Las diferencias entre reglas y principios son suficientemente conocidas, no insistiremos aquí en ellas⁸¹, igualmente conocida es la relevancia de los principios para explicar y determinar el alcance de los derechos fundamentales en casos concretos. No obstante, sí consideramos conveniente detenernos en el contenido del principio constitucional de igualdad.

En este punto lo primero que hay que observar es que tal principio no aloja una única norma -o para decirlo en expresión de Alexy: “mandato de optimización” -, sino que su observancia implica diversas obligaciones que pueden ser sintetizadas en la reflexión aristotélica: “parece que la igualdad es lo justo y lo es, pero no para todos sino para los iguales; y lo desigual parece que es justo, y ciertamente lo es, pero solo para los desiguales” (La Política). De soslayo, diremos que la mera igualdad no implica nada, no es ni justo ni injusto, porque antes y después de la igualdad están las distintas condiciones humanas.

De ahí que, en la línea de precisar los alcances del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse⁸²:

⁸¹ DWORKIN, Ronald. Ob. Cit., p. 25 y ss.

⁸² STC Exp. N° 0261- 2003-AA/TC, fundamento jurídico 3.1 y STC Exp. N° 0018-2003-AI/ TC, fundamento jurídico 2.

- (a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
- (b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- (c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,
- (d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

De estos mandatos se derivarán los alcances de la igualdad constitucional en el ámbito objetivo y en el subjetivo, esto es, como línea directriz del comportamiento del Estado y como derecho fundamental de la persona, tema sobre el que regresaremos luego.

Pero la igualdad ocupa, asimismo, un lugar especial en el sistema constitucional de principios. En efecto, el principio de igualdad, además de concentrarse en un derecho general de igualdad, se despliega y manifiesta a través de diversos “derechos especiales de igualdad”⁸³, estableciendo situaciones jurídicas singulares o, incluso, específicos derechos constitucionales. De esta manera el principio de igualdad se irradia por toda la norma fundamental y reposa especialmente en algunos de sus dispositivos.

⁸³ ALEXY, Robert. Ob. Cit. p. 381.

Así, fuera del mencionado derecho general de igualdad previsto en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, existen otros derechos referidos a la igualdad, reconocidos como expresión común del constitucionalismo comparado. Tal es el caso de la prohibición de crear y gozar de privilegios o fueros, la garantía de igualdad de acceso a los empleos públicos, el principio de igualdad de las cargas públicas, la norma de igualdad entre el marido y la mujer, la regla de igualdad entre los hijos, la igualdad de voto, el principio de igualdad en los impuestos, igualdad entre la inversión privada y la extranjera, la garantía de igualdad ante las jurisdicciones o ante la justicia, el principio de igualdad de partes en un proceso, etc.⁸⁴.

2.2.2.3. La igualdad como derecho

La igualdad como derecho no solo implica la interdicción de la discriminación, sino la atribución y disfrute igual de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento. Así, en general, los ciudadanos somos sujetos de derecho en la misma proporción.

Por consenso, los derechos fundamentales han de ser concebidos como atributos que corresponden a las personas y que se encuentran reconocidos y garantizados por las Constituciones, los cuales concretizan las exigencias de igualdad, libertad y dignidad, de acuerdo a circunstancias históricas.

⁸⁴ PETZOLD-PERNÍA, Hermann. Ob. Cit., p. 213; CARBONELL, Miguel (2004). *Los derechos fundamentales en México*. México: UNAM - Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 175 y ss.

Los derechos fundamentales -anotábamos antes- pueden ser exigidos al Estado y opuestos a los particulares. Se trata de derechos subjetivos del máximo rango y cualidad, siendo que toda persona que los detenta puede accionarlos a su favor acudiendo a las instancias tutelares correspondientes.

Vistas estas características, podemos concebir a la igualdad como un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; en otras palabras, hablamos de un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente. Contrarium sensu, cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable⁸⁵.

A. Igualdad en el contenido de la ley

Tanto la igualdad en el contenido de la ley como la igualdad en su aplicación, forman parte del concepto de igualdad ante la ley. Ambas nociones se suceden en la historia, de acuerdo a la evolución del Estado moderno y del constitucionalismo. La igualdad ante la ley tiene un origen claramente liberal, y en un inicio solo se refería a la igualdad “en el contenido”, esto es, a las características de la ley como general, abstracta y atemporal, así como a la atribución de una igual capacidad jurídica a toda la ciudadanía sin distinción.

Con esta concepción de la igualdad se pretendía combatir los privilegios y arbitrariedades de la monarquía, el clero y la nobleza, a través de las leyes del

⁸⁵ En el sentido anotado STC Exp. N° 0261-2003-AA/TC; STC Exp. N° 0018-2003-AII TC.

parlamento que debían encarnar la voluntad general. Así considerada, la igualdad en el contenido de la ley impone también un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que, sin más, contravengan la igualdad de trato.

Expresada esta garantía como derecho fundamental, implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse frente a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas.

No obstante, esta concepción formal de la igualdad puede llegar a ser falaz y dar una apariencia de igualdad donde no la hay, con lo cual se pone de manifiesto la injusticia de tratar igual a quienes soportan diferencias relevantes. ¿Cómo puede el analfabeto tener igual derecho a la libertad de prensa? ¿Cómo puede tener el mismo derecho a la salud quien vive en la miseria? Se advierte entonces con claridad que gran parte de la igualdad en los distintos derechos, está vinculada a situaciones fácticas y sociales de los individuos.

El Estado debería comprometerse, entonces, con la promoción de las personas desfavorecidas social y económicamente, así como con la disminución de desigualdades materiales. Con ello se hace admisible legislar en beneficio de algunos mediante leyes especiales, en la medida en que no se afecte la igualdad constitucional, sino que se busque alcanzada superando las ficciones formales⁸⁶.

⁸⁶ "El Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar a una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas" En: STC Exp. N° 0001/0003-2003-AI/TC, f.J. 8.

Como es evidente, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos⁸⁷.

Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique⁸⁸:

- (a) La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
- (b) La acreditación de una finalidad específica.
- (c) La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
- (d) La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad; y,
- (e) La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue.

⁸⁷ STC Exp. N° 1399-2001-AA/TC, f.J 3.

⁸⁸ STC Exp. N° 0018-203-AI/TC, fundamento jurídico 2 y STC Exp. N° 0261-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3.2. De consulta imprescindible resulta la STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 65 y ss.

B. Igualdad en la aplicación de la ley

Como ha quedado expresado, la igualdad ante la ley también comprende a la igualdad en la aplicación de la norma. En tal sentido, la regla de conocer y reconocer la igualdad de todas las personas no se le impone solo al legislador, sino que vincula a todos los órganos del Estado que crean y aplican el Derecho y, en particular, a la Administración estatal y a los órganos jurisdiccionales.

De esta manera, las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos. En tal sentido, tanto la Administración Pública como la jurisdicción, principales encargados de aplicar el Derecho, ejercen sus funciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos⁸⁹, salvo situaciones singulares, objetivas y razonables. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o -en general- decidir sobre situaciones jurídicas.

Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución.

⁸⁹ Cabe agregar que el Congreso también realiza aplicación de la ley, por ejemplo, al decidir las destituciones, vacancias, inhabilitaciones y levantamiento del fuero, decisiones que le corresponden según mandato de la Carta Fundamental.

Vistas, así las cosas, los órganos jurisdiccionales pueden resolver casos en apariencia similares con resultados diferentes, si se demuestra la razonabilidad constitucional de la decisión. Esto último solo se produce cuando el juez o la Administración consideran que el supuesto específico merece una aplicación diferenciada que restablezca una igualdad real, conforme a la Norma Fundamental.

No obstante, también puede acontecer que el juzgador varíe una decisión anterior, cuando frente a un nuevo caso en apariencia igual, advierta que los supuestos fácticos o jurídicos tienen peculiaridades que sustentan resultados distintos; igualmente es plausible aquella situación en la que el órgano jurisdiccional varíe una tendencia jurisprudencial anterior, pese a que los supuestos sean los mismos, basando su decisión en avances o cambios científicos, sociales, económicos, o de otra índole que justifiquen tal mutación, amparándose en su autonomía funcional, supuestos que no tienen que ver con superar una situación de inequidad a través de la aplicación diferenciada de las normas.

La doctrina ha establecido criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si se produce o no la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley⁹⁰; criterios ya seguidos por nuestro Tribunal Constitucional en un caso en el que se demandaba a la Administración⁹¹. Así, el máximo intérprete exigió que:

⁹⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando (2003). “*El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española*”. En: CARBONELL, Miguel (compilador) *El principio de igualdad constitucional*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, p. 114.

⁹¹ STC Exp. N° 1279-2002-AA/TC, fundamentos jurídicos 3 y 4.

- (a) La aplicación de la ley provenga de un mismo órgano, es decir, que una misma instancia emita resoluciones o actúe de manera arbitraria, caprichosa y subjetiva, sin base objetiva o razonable que justifique su proceder.
- (b) Exista identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos, que no necesariamente debe ser plena; en tal sentido, basta con que se verifiquen suficientes elementos comunes que permitan considerar que los supuestos de hecho analizados son jurídicamente iguales y, por ello, merecían en el trámite una aplicación igual de la norma.
- (c) Se acredite un *tertium comparationis* válido; en otras palabras, que se demuestre la existencia de una “línea constante”, una tendencia uniforme de interpretación y aplicación de las normas (que sirva de término de referencia o comparación).
- (d) No exista adecuada motivación que explique la variación de la tendencia para comprender y aplicar las normas, pues, como es sabido, no existe obligación por parte de quienes aplican las normas para entenderlas y utilizarlas siempre en un mismo sentido ante supuestos similares; por tanto, para acreditar la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley debemos encontrar ante un alejamiento ilegítimo e irrazonable de la tendencia de aplicación anterior.

En esta misma línea, que establece la necesidad de justificar los cambios en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional, en un caso de aplicación

diferenciada de la norma en sede judicial⁹², precisó que todo colegiado “tiene la facultad para variar los criterios de su propia jurisprudencia”, pero que “para optar por dicha alternativa se necesita (...) explicar las razones de hecho y de derecho en que se sustenta tal cambio de criterio”.

Es decir que el órgano judicial, al “tramitar dos procesos en forma simultánea, donde el petitorio es el mismo, al igual que la naturaleza de las partes que en ellos participan, no ha debido adoptar fórmulas diferenciadas, pues tal proceder lesiona el principio de igualdad, el cual queda sometido a una discrecionalidad judicial donde los principios constitucionales no tienen ningún referente objetivo.

2.2.3. Principios del derecho laboral

Los principios generales, como manifiesta Alonso García⁹³, 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”.

Para Plá Rodríguez⁹⁴, 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”

⁹² STC Exp. N° 1975-2002-AA/TC, fundamento jurídico 3.

⁹³ GARCÍA, Manuel Alonso (1960). *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Barcelona: Editorial Porrúa, p. 247

⁹⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 9.

En ese sentido, diríamos que los principios laborales son líneas directrices que orientan la formación de normas, la aplicación de éstas en el ordenamiento jurídico y la forma en que se resolverán los casos no previstos y aparecen para equiparar al trabajador en relación con el empleador y para que éste respete ciertos mínimos establecidos por la norma o en algunos casos prefiera una interpretación o una norma por ser más favorable al trabajador, los principios justifican la existencia de normas tanto al momento de su producción, interpretación, aplicación o sustitución.

Entre los principios que fundamentan el derecho laboral tenemos:

a) Principio protector

Llamado también tuitivo, este principio es el que inspira todo el derecho del trabajo y se funda en la desigualdad de posiciones existente entre empleador y trabajador, manifestada en la subordinación de éste hacia aquél.

Este principio contiene, a su vez, tres modalidades:

a.1. Principio “in dubio pro operario

Conforme a este principio, en las relaciones laborales debe predominar la interpretación que favorezca al trabajador cuando la duda sea insalvable en el sentido de una norma⁹⁵. Ello debe ser así, teniendo en cuenta que, en las relaciones laborales, el trabajador es la parte débil frente a la potestad del empleador, es por ello que el in dubio pro operario constituye una manifestación general de protección

⁹⁵ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. Ob. Cit. p. 9.

reconocida a favor del trabajador como una de las partes que es la más débil en la relación de trabajo.

En la Constitución Peruana, Art. 26, inciso 3, se encuentra recogido el principio *in dubio pro operario*, en los siguientes términos: “en la relación laboral, entre otros, se respeta el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”. En consecuencia, en la legislación peruana el principio es una norma jurídica y por lo tanto, de obligación aplicable por parte del juez o del intérprete.

a.2. Principio de la norma más favorable

Cuando se produce la existencia de distintas normas que son aplicables a una misma situación laboral, se deberá poner en uso la que conceda mayores beneficios o derechos al trabajador. Sin embargo, hay que dejar en claro que puede tratarse de normas del mismo rango y ámbito; normas de rango semejante, pero de ámbitos distintos; y normas de distinto rango tanto como de distinto ámbito. En cualquiera de los casos planteados, lo que deberá hacerse es aplicar la norma que más beneficios represente para el trabajador⁹⁶.

a.3. Principio de la condición más beneficiosa

Como manifiesta Plá Rodríguez⁹⁷ “la regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser interpretada en la medida que sea más favorable al

⁹⁶ ZAVALA RIVERA, Alejandro. Ob. Cit. p. 17.

⁹⁷ PLA RODRÍGUEZ, Américo. Ob. Cit., p. 61.

trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar”. Se produce cuando surgen nuevas normas que alteran condiciones laborales, de tal forma que, al momento de aplicarse se hará sin causar menoscabo de los derechos del trabajador que existían anteriormente pues las normas no se piensan con la finalidad de recortar derechos de los trabajadores.

No basta con citar el supuesto, sino que además hay que constatar una serie de requisitos como: que se trate de condiciones laborales; que, al compararlas, se trate efectivamente de una condición más beneficiosa para el trabajador; y que le sean reconocidas al trabajador, lo que implica que el trabajador debe haber logrado los requisitos planteados para ser beneficiario del derecho.

Cabe señalar que el trabajador puede acordar con su empleador la eliminación de tal derecho. Igualmente, invocar la condición más beneficiosa si el convenio colectivo otorga más derechos de los estipulados en el contrato de trabajo. Finalmente, no existe una posición unánime en la doctrina en el caso que este supuesto se dé entre normas del mismo rango.

b) Principio de irrenunciabilidad de derechos

Se trata de la imposibilidad legal del trabajador a renunciar a los derechos establecidos en su favor, tanto por la Constitución, la ley y los convenios, lo que constituye una base firme donde se asienta el derecho del trabajo. Es alrededor de este principio que se ha constituido la no disponibilidad, por parte del trabajador, y

la obligación del empleador de respetar su contenido, teniendo en cuenta que las normas laborales están dotadas de un mandato imperativo⁹⁸.

La Constitución peruana establece en su artículo 26°, inciso 2 la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. No dice nada acerca de los convenios colectivos que es una fuente fundamental del derecho de trabajo. Consideremos que debió haberlo precisado.

c) Principio de continuidad de relaciones laborales

Cuando hablamos del contrato de trabajo como base para ingresar al derecho del trabajo, no nos estamos refiriendo a un contrato similar al contrato establecido en el Código Civil, que busca proteger los intereses personales de los contratantes y en ese sentido se busca su fiel cumplimiento.

En el derecho laboral, como manifiesta Zavala⁹⁹, se usa “un esquema distinto en el cual el empleador y el trabajador ponen fin a la relación laboral solamente cuando se produzcan circunstancias que hagan imposibles o incompatibles las relaciones entre las partes.

Desde esta perspectiva, la relación laboral continua en tanto el trabajador no manifieste en la forma prevista por la ley su voluntad de extinguir el contrato de trabajo; así como el empleador no podrá dar por terminada la relación laboral a no ser por una causal establecida por la ley.

⁹⁸ PLA RODRÍGUEZ, Américo. Ob. Cit., p. 64

⁹⁹ ZAVALA RIVERA, Alejandro. Ob. Cit. p. 18.

d) Principio de primacía de la realidad

Este principio opera cuando se produce en discrepancia entre los hechos y aquello que ha sido declarado en los documentos. Por ello, por el principio de la primacía de la realidad, como manifiesta Toyama¹⁰⁰, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, deba otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Esta tarea es cada vez más frecuente en la medida que van apareciendo situaciones de simulación con el propósito de apartar las relaciones de trabajo del ámbito del derecho laboral, para ubicarlas en ámbitos distintos que no reconocen beneficios laborales. Tal sucede, por ejemplo con contratos parecidos al contrato de trabajo como son la locación de servicios, los servicios no personales, la locación de obra, el contrato de intermediación o de tercerización¹⁰¹.

e) Principio de razonabilidad

Para entender este principio, debemos entender que la razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Se trata de una especie de límite o de freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro

¹⁰⁰ TOYAMA MIYAGUSUCO, Jorge (2011). *Derecho Individual de Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, p.71.

¹⁰¹ PLA RODRÍGUEZ, Américo. Ob. Cit., p. 70

y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles¹⁰².

Las relaciones en el derecho laboral son muy conflictivas, por lo que surge para ambas partes la necesidad de la razonabilidad para poner fin a esa conflictividad. Por eso, en la práctica, significa que debe existir razonabilidad en las pretensiones de los trabajadores, al igual que en el ofrecimiento de los empleadores. La razonabilidad los acerca a ambas partes para encontrar la solución.

Por el contrario, lo irrazonable sirve para agudizar el conflicto por lo que las partes empleador y trabajador deben buscar la forma más razonable arreglar los problemas evitando por ejemplo las huelgas, tomas de locales, paros, etc.

f) Principio de buena fe

Siendo las relaciones de trabajo de carácter personal y sinalagmático, de por medio está la conducta de los trabajadores y empleadores quienes tienen la obligación de actuar de buena fe, que implica lealtad, honestidad y honradez en el cumplimiento de sus obligaciones. En tal sentido, el trabajador debe cumplir con su labor prestando sus servicios de la mejor manera; por su parte, el empleador debe abonar todos los derechos que le corresponde a la otra parte¹⁰³.

En ese sentido, el trabajador que debiendo producir, no lo hace, afecta el principio de la buena fe, como también, el empleador actúa de mala fe cuando mediante simulación, sale de los alcances del contrato laboral.

¹⁰² TOYAMA MIYAGUSUCO, Jorge. Ob. Cit., p. 74

¹⁰³ PLA RODRÍGUEZ, Américo. Ob. Cit., p. 75

g) Principio de no discriminación

Ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales o a la inversa. Está proscrita la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, idioma, estado civil, responsabilidades familiares, edad, discapacidad, ser portador del VIH/SIDA, condición económica o de cualquier otra índole¹⁰⁴. No constituyen discriminación las acciones positivas adoptadas por el Estado destinadas a lograr una igualdad efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales. Está previsto en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Estado.

2.3. Definición de términos

- a. El precedente constitucional.** - La Constitución Política del Perú no ha establecido como una función expresa del Tribunal el poder determinar la existencia de un “precedente vinculante”. Sin embargo, gran parte de la doctrina y la legislación comparada (por ejemplo, de España y Bolivia) ha concluido que, en general, algunas de las resoluciones emanadas de un tribunal constitucional constituyen precedente vinculante. En nuestro país la Carta Política ha aprobado que el Tribunal Constitucional “el órgano de control de la Constitución” (artículo 201). La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es la que ha precisado que eso significa que el tribunal constitucional es “el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad”. Todo ello en razón de que, para la

¹⁰⁴ CARRILLO GONZALES, Vitor (2008). *Legislación Laboral. Material de Estudios Profesionales por Experiencia Laboral*. Lima: Universidad Ricardo Palma. p. 10.

doctrina, el Tribunal Constitucional es considerado en el sistema constitucional “intérprete supremo de la Constitución”¹⁰⁵.

- b. **Jurisprudencia.** - En un sentido lato se refiere a las resoluciones judiciales que los magistrados emiten en su función jurisdiccional cualquiera sea la instancia o nivel que emita. En sentido jurídico; constituye la reiterancia obligatoria nacida de la apreciación jurídica de los cuales se puedan extraer criterios de alcance general. Desde el punto de vista de su carácter vinculante pueden ser Doctrina jurisprudencial: resoluciones judiciales referenciales que carecen de obligatoriedad por lo que no son fuente de derecho y pueden apartarse cuando crean conveniente¹⁰⁶.
- c. **Constitucionalismo.**- El constitucionalismo es la forma de organizar un Estado en base a una ley suprema, al que el resto de las normas jurídicas deben respetar, la Constitución, que asegure al pueblo la igualdad, el goce de sus derechos naturales, el respeto a su dignidad humana; y organice y limite los poderes del Estado, diferenciando entre poder constituyente, propio del pueblo soberano para darse una constitución y poder reformarla, y los poderes constituidos que gobiernan en base a ella, limitados unos por otros, y son elegidos por la mayoría popular¹⁰⁷.
- d. **Principio.** - Es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del

¹⁰⁵ Cfr. GARCIA TOMA, Víctor (2009). Diccionario de Derecho Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ *Ibidem*

contenido de las normas jurídicas de un Estado. Un principio no es una garantía. Un principio es la base de una garantía^{108a}.

- e. **Igualdad.** - La igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo, como un derecho pasible de reclamación y protección individual¹⁰⁹.
- f. **Los principios laborales.**- 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, por ello los principios laborales constitucionales son 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 normativa.
- g. **Principios constitucionales.** - Son reglas básicas que guía el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal de un Estado determinado. Sirven los principios Constitucionales para garantizar la vigencia, estabilidad y el respeto a la Constitución¹¹⁰.
- h. **Función pública.** - La función pública puede ser definida como el conjunto de relaciones laborales entre el Estado y sus servidores en donde

¹⁰⁸ Ibídem

¹⁰⁹ Ibídem

¹¹⁰ Ibídem

las funciones desempeñadas son señaladas por la Constitución, una Ley o un reglamento. La función pública es la actividad realizada en cabeza de personas naturales en nombre del Estado cuyo fin está encaminado al logro de los fines esenciales del mismo estado. Esta figura está sometida a un Régimen con el cual se garantiza la igualdad, la eficiencia, los servicios que brinda el Estado y en consecuencia la práctica de los principios fundamentales en que se basa dicha actividad¹¹¹.

¹¹¹ CARRILLO GONZALES, Vitor (2008). Legislación Laboral. Material de Estudios Profesionales por Experiencia Laboral. Lima: Universidad Ricardo Palma. p. 45.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Análisis del precedente Huatuco

El 05 de junio 2015, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha publicado en el Diario Oficial el Peruano una nueva sentencia que contiene cinco precedentes vinculantes, que modifican la línea jurisprudencial en materia de reposición de trabajadores del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada¹¹², estableciendo que sólo procederá la readmisión de aquellos que hubieran ingresado por concurso público de méritos, para una plaza presupuestada vacante y que tenga duración indeterminada.

En los demás casos el demandante que no ha ingresado a la Administración Pública, cumpliendo estos requisitos no procederá la readmisión. Si el proceso se encuentra en trámite el Juez Constitucional reconducirá el trámite al proceso laboral ordinario, para que de corresponder disponga el pago de una indemnización.

En buena cuenta elimina el derecho a la reposición de los trabajadores del Estado, cuya relación laboral se hubiera desnaturalizado para convertirse en uno de régimen 728, disponiendo sólo el pago de una indemnización y retrocede en los criterios sobre reposición que había desarrollado el TC desde el año 2002. A continuación, un breve análisis sobre si es verdad que encuentra fundamento en el derecho a la igualdad.

¹¹² por el Originalmente regulada Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97 TR del 27 de marzo de 1997.

3.2. Síntesis de los fundamentos de la sentencia

La sentencia, obviando la uniforme jurisprudencia¹¹³ que disponía la reposición de trabajadores, cuando se verificaba simulación o fraude a la ley, deja de lado a la misma, asumiendo que en la comunidad jurídica, órganos jurisdiccionales del Poder Judicial e incluso en el Tribunal Constitucional existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4° y 77° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública.

Expresa, existen dos posiciones respecto de si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: a) convertirlo automáticamente en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito de “ingreso por concurso público”; o b) si tratándose del empleo público, se exige el requisito de “ingreso por concurso público”, tal como lo prevé el artículo 5° de la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público.

Resuelve la controversia optando por la segunda opción, argumentando que el capítulo IV, sobre función Pública (artículos 39 al 42) de la Constitución, establece cinco contenidos de relevancia constitucional entre ellos que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; la carrera administrativa constituye

¹¹³ Que amparado en el principio de primacía de la realidad o cuando constataba simulación o fraude a las normas de la LPCL, ordenaba la reposición de trabajadores del Estado.

un bien jurídico constitucional; existe prohibición de deformar el régimen de los funcionarios y servidores públicos; y el derecho de acceso a la función pública tiene como base el principio de mérito e igualdad en el acceso.

Partiendo de estos significados señala que la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público, en su artículo 5° establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, concluyendo que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente “un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada” (Noveno Fundamento).

3.3. Errores de apreciación en la sentencia

3.3.1. TC ha preferido la aplicación de la Ley del Empleo Público en perjuicio de la Constitución.

Para justificar la sentencia el TC ha invocado como núcleo de su argumentación que el acceso al empleo público es por concurso en condiciones de igualdad, respetando el principio de mérito. Ha señalado que el sustento en cuanto al concurso se encuentra en los cuatro artículos del Capítulo IV, sobre la Función Pública de la Constitución y que, respecto al acceso en condiciones de igualdad, no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento constitucional sino en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte. (Letra e, numeral 8 del cuarto fundamento).

El derecho al acceso al empleo público en igualdad de condiciones como bien lo señala no se encuentra en la Constitución, pues analizando los cuatro artículos de dicho capítulo no se advierte que el requisito de ingreso a la función pública de un trabajador sujeto a régimen 728, sea por concurso. El artículo 39 describe las jerarquías de los funcionarios y trabajadores públicos, el artículo 40 reserva a la ley, el ingreso a la función pública, el 41 la responsabilidad de los funcionarios y servidores y el artículo 42, los derechos de sindicación y huelga que se les reconoce.

Los requisitos a los que alude en cambio están claramente establecidos en el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, en los siguientes términos: “El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”.

Esta norma al expresar que el acceso al empleo público es mediante concurso público abierto por grupo ocupacional, indudablemente se refiere al ingreso a la carrera administrativa. Ello por cuanto el concepto grupo ocupacional, es utilizado en las leyes que regulan ascensos desde niveles bajos hasta más altos de las categorías de personal, conforme lo demuestra el artículo 8° del Decreto Legislativo 276, que señala “la Carrera Administrativa se estructura por grupos ocupacionales” agregando en su artículo 9° que estos están conformados por los grupos Profesional, Técnico y Auxiliar.

En la misma lógica el artículo 2° de la Ley 30057 señala que los servidores civiles se clasifican en Funcionario, Directivo, Servidor Civil de Carrera y Servidor de Actividades Complementarias. Es decir, se refiere a trabajadores que inician y

siguen carrera dentro del Estado, distintos del régimen 728 o Contrato Administrativo de Servicios en donde no existe progresión.

De acuerdo a lo expuesto los presupuestos para el ingreso a la función pública en condiciones de igualdad no se encuentran en el Capítulo IV de la Constitución. El fundamento se encuentra en una norma con rango de ley: la Ley Marco de Empleo Público.

Ello significa que el TC ha interpretado, desde la Ley y no desde la Constitución en claro agravio del principio de supremacía normativa de la Constitución, por el cual la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante cuya vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, al Tribunal) y a la sociedad en su conjunto¹¹⁴.

De lo expuesto se infiere que el TC, ha forzado la interpretación por la vía de vulnerar la Constitución, al concluir que los requisitos de la carrera administrativa son aplicables a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada contratados por el Estado.

3.3.2. El artículo 40 de la Constitución distingue relación laboral de servidores públicos de relación laboral en la actividad privada.

De una lectura del artículo 40 de la Constitución se advierte que existe una clara vocación por diferenciar el régimen laboral aplicable a funcionarios y

¹¹⁴ STC 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.

servidores públicos del régimen jurídico aplicable a la relación laboral en la actividad privada. Si la relación laboral en el Estado se regulara por normas de la relación laboral común ¿qué sentido tiene crear un capítulo específico para los servidores y funcionarios públicos?

Es evidente que el capítulo IV sobre la Función Pública tiene el objetivo de regular en un todo orgánico la relación laboral de los servidores públicos diferenciando de la relación laboral en la actividad privada. Congruente con ello el artículo 40 crea el marco para la regulación de la carrera administrativa infiriéndose que es la forma en que se expresa la función pública.

Por ello no es arbitrario que el constituyente haya instituido en un capítulo diferenciado a la carrera administrativa como instrumento indispensable para el funcionamiento de la administración pública. Es indudable que su objetivo es contar con un instrumento técnico permanente encargado de dotar a la gestión pública de un cuerpo de empleados públicos que den perdurabilidad a la gestión más allá de los vaivenes del gobierno de turno. Ello solo es posible a través de una carrera administrativa.

Si esta premisa es cierta no tiene ningún sustento aplicar los preceptos contenidos en los artículos 39 al 42 de la Constitución, a la interpretación de los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo 728. Este marco constitucional es aplicable a los regímenes de carrera como son el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa o la Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil.

3.3.3. ¿El fundamento Constitucional se encuentra en el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad?

Como lo ha reconocido, este derecho no se encuentra en nuestra carta fundamental, en cambio se encontraría en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte. El Tribunal no desarrolla cual sería esa norma. No obstante en la sentencia del Proceso de Inconstitucionalidad, sobre violación del derecho a la igualdad, al exigir llevar el curso del Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura, para acceder a la magistratura¹¹⁵ señaló que se encuentra en los artículos 25, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece:

“Artículo 25: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:(...)”

“c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 23, numeral 1, literal c), establece que:

“Artículo 23. Derechos Políticos: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

¹¹⁵ Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

(...) c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Pero estas normas se refieren a derechos de participación política y no al derecho de acceso al empleo público, conforme así lo interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Por ende, tampoco serían aplicables.

Sin embargo el fundamento constitucional es posible encontrarlo en el principio y derecho a la igualdad, recogido en el artículo 2º de la Constitución, en su versión igualdad ante la ley¹¹⁶ desarrollada en diversas sentencias del TC, y que se expresaría en que se estaría violando el derecho de las personas que ingresan o aspiran acceder a la función pública por concurso público de méritos, en condiciones de igualdad, pues un grupo lo estaría haciendo sin previo proceso de selección vía sentencias judiciales amparado en una aplicación indiscriminada del principio de primacía de la realidad. Aunque no lo haya fundamentado así, este sería el argumento que finalmente le otorgue razonabilidad y legitimidad a la sentencia.

No obstante tal razonamiento sería válido si es que se cumpliera la premisa de que el ingreso al empleo público en el Perú, es principalmente a través de concurso de méritos, lo que -salvo excepciones- es inexistente en el Perú, pues desde 1990 en aplicación de procesos de flexibilización de la regulación laboral, se incentivó el ingreso sin concurso, a través de formas de contratación distintas al regulado por el Decreto Legislativo 276: Servicios No Personales, contratos del

¹¹⁶ Entendida como el derecho a que “la norma debe ser aplicable de la misma manera a todos los (as) que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma”, contenido en el fundamento sesenta de la STC EXP. N° 0048-20014-AI/TC.

régimen laboral de la actividad privada o a través de Organismos Internacionales como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y del Fondo de Apoyo Gerencial (FAG). Sendos informes de la propia Autoridad de Servicio Civil dan cuenta de ello.

Y los procesos de selección que se registran desde el 2005, en aplicación de la Ley Marco del Empleo Público adolecen de criterios técnicos de mérito, y obedecen a consideraciones políticas o de conveniencia social¹¹⁷.

Al estar demostrado que el parámetro de igualdad: concurso público, es imaginario, no tiene asidero afirmar que la interpretación que venía realizando el Poder Judicial y el Propio TC de los artículos 4 y 77 del TUO del 728 basado en el principio de primacía de la realidad, vulnera este derecho. Todo lo contrario, al ser éste una de las columnas sobre las que se erigió el Derecho de Trabajo, es dicho derecho que se ha puesto en cuestión.

3.3.4. Derechos y principios vulnerados por el TC

En general nadie debería estar en contra de un servicio civil basado en principios de transparencia, eficacia y eficiencia, igualdad de oportunidades, rendición de cuentas, entre otros¹¹⁸, pero de ello no se deduce que para su aplicación se tengan que vulnerar derechos fundamentales. Una reforma bajo dichos principios no se puede edificar sobre la base de trastocar derechos.

¹¹⁷ VIGNOLO, Orlando (s/f). *¿Por qué reformar el empleo público peruano?* Disponible en sitio web: <http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo>. Consultado el 10 de mayo del 2016.

¹¹⁸ Contenidos en la Ley Marco del Empleo Público y en la Ley de Servicio Civil.

El ingreso de trabajadores a una plaza determinada después de un proceso judicial al régimen 728, según reiterada jurisprudencia se producía como consecuencia no solo de haberse verificado el fraude y simulación en la contratación conforme al artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728 y de la aplicación de la primacía de la realidad contenida en el artículo 4, sino ante todo por haber vulnerado el principio de que todo despido debe fundarse en causa justa, contenido implícitamente en el Derecho al Trabajo regulado en el artículo 22 Constitucional y el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario consagrado en el artículo 27. De esta forma todo despido basado en la sola voluntad del empleador es inconstitucional.

Pero no sólo ello, estos despidos, se encuentran proscritos por el artículo 7 inciso d del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁹, en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales que en su artículo 7, inciso d, establece que los Estados garantizaran “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

A simple vista pareciera que al fundarse en el derecho y principio de igualdad se estaría haciendo prevalecer el mismo, sin embargo, al no ser cierto que el ingreso

¹¹⁹ El mismo que debe interpretarse en conjunto con la Constitución por haber sido aprobado por Resolución Legislativa N° 26448.

al empleo público es previo proceso de selección carece de fundamento sostener que es dicho principio que lo ampara.

Al estar demostrado que la sentencia no tiene asidero en el Capítulo IV del Título I de la Constitución, ni en el derecho a la igualdad, y al haber interpretado los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo 728 desde el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público, y no desde la Constitución, es evidente que ha vulnerado el deber de hacer primar la Constitución sobre normas de menor jerarquía. Al actuar de tal forma ha vulnerado principios y derechos fundamentales como primacía de la realidad¹²⁰, igualdad¹²¹, predictibilidad y seguridad jurídica¹²², además de desnaturalizar la institución del precedente vinculante¹²³, expresados con pedagógica claridad en su voto singular por el Magistrado Ernesto Blume Fortini.

3.3.5. ¿Era necesario vulnerar derechos fundamentales?

En un acertado juicio de ponderación no se justificaba sacrificar estos derechos por cuanto existían otras fórmulas menos gravosas que permitan lograr la igualdad y mérito en el ingreso al empleo público. Así, es necesario que se instituyan procesos transparentes e imparciales en los procesos de selección de personal, sobre los cuales, si bien no tiene competencia el Tribunal, puede en

¹²⁰ Que a decir del propio TC, en el Exp. N° 0015-2008-PA/TC es “un elemento implícito en el ordenamiento jurídico laboral peruano, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución.”

¹²¹ Ello al otorgar un trato desigual y discriminatorio a los trabajadores públicos respecto a los trabajadores del sector privado en cuanto a sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.

¹²² Ello al modificar su línea jurisprudencial y coherente que consideraba inconstitucional los despidos inmotivados basados en la sola voluntad del empleador y aplicarlos incluso a los procesos que se encuentran en trámite.

¹²³ Pues a decir del séptimo fundamento del voto en discordia del magistrado Ernesto Blume Fortini, “No es consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada ni de un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares”.

cambio dictar reglas interpretativas de carácter general que permitan unificar criterios en los concursos públicos.

En un análisis de costo beneficio es más dañino para la institucionalidad del país afectar derechos fundamentales y vulnerar la seguridad jurídica, que establecer mecanismos de control en la gestión pública.

3.4. El precedente Huatuco se alinea en el marco de reforma del servicio civil, parte de la reforma del Estado

Es verdad que el Perú viene atravesando por un proceso de reforma del servicio civil dirigido por SERVIR, organismo que teniendo como base la Ley Marco del Empleo Público, ha emprendido el proceso de implementación de la Ley de Servicio Civil. El objetivo de dicha norma es instaurar un solo régimen de servicio para los trabajadores del Estado, siendo evidente para que ello suceda, los trabajadores de los regímenes 276, 728 y 1057 ingresen al mismo. Estas normas señalan la regla general de que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público.

Por ende, si por la vía de un proceso constitucional u ordinario se ordena que un trabajador, que no ingresó por concurso de méritos, ingrese a una plaza permanente, es evidente que se atenta contra la reforma. Tal es el argumento esbozado por el Tribunal en su décimo primer fundamento.

Aunque el presente documento tiene por finalidad comentar los fundamentos y alcances del precedente, no podemos soslayar que esta se inscribe dentro del

proceso de reforma del servicio civil que se viene llevando como parte de la reforma del Estado.

Proceso que ha tenido una serie de cuestionamientos no tanto por su necesidad sino porque se ha venido realizando tomando como eje las necesidades de implementación del programa económico, sin tomar en cuenta a los actores sociales en especial a los trabajadores y sobre todo sin definir si su objetivo es hacer del Estado un regulador o prestador de servicios, o es un promotor del desarrollo e igualador de oportunidades sociales.

Como lo han expresado investigadores como Efraín Gonzales de Olarte, la reforma del servicio civil, es una parte de la reforma administrativa y esta a su vez componente de la reforma del Estado, sin embargo, se ha sobredimensionado su importancia obviando que la reforma administrativa sin participación ni capacitación de los trabajadores, con ausencia de mejora en procesos de gestión, y sin inversión en tecnologías de la información, carece de visión de conjunto.

La lógica de la reforma del empleo público es la misma que opera en las relaciones labores del sector privado: sólo es posible mejorar la productividad bajo la fórmula de la reducción de costos laborales. La Ley de Servicio Civil tiene esa misma perspectiva pues sus artículos 42, 43 y 44 limitan la negociación a condiciones de trabajo eliminando la materia de remuneraciones además de trasgredir el derecho a la igualdad pues su Segunda Disposición Complementaria Transitoria prohíbe cualquier forma de ascenso e incremento salarial para los servidores sujetos a los Decretos Legislativos 276 y 728.

El precedente recientemente dictado se inscribe en esa dinámica pues considera que por la vía de recortar derechos se hará viable la tan ansiada reforma del empleo en el Estado. Olvida que, sin definir el rol del Estado, sin participación de la sociedad civil organizada, y sin reformas en la gestión, será difícil arribar al objetivo deseado.

3.5. El escenario post precedente

Planteado un escenario donde el TC, abandona su obligación de hacer primar la Constitución y hacer vigente los derechos fundamentales, optando por defender los intereses del Estado, corresponderá a las partes interesadas acudir a las instancias internacionales para evitar se consume el carácter de consentida.

En el plano nacional será importante tener en cuenta que el fundamento N° 21 señala que el precedente será “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”.

En tal sentido el dilema para los justiciables será plantear a los jueces, que entre la opción de aplicar mecánicamente los enunciados normativos derivados del precedente o en uso de la independencia judicial desvincularse del mismo con la finalidad de otorgar una mayor protección al derecho fundamental vulnerado, deberá optar por la segunda amparado en las siguientes razones:

- a. El precedente vinculante de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene efecto erga omnes, cuyo verdadero alcance, es igual al de una Ley que emite el Congreso. Por ende,

le son aplicables las reglas sobre aplicación de las normas establecidas en la Constitución, entre ellas que los efectos de una norma no pueden ser retroactivos, pues la Constitución no lo permite respeto de las leyes. En consecuencia, aun cuando el mandato sostenga que “debe ser de aplicación inmediata”, se deberá interpretar en el marco del artículo 103 de la Constitución, que prohíbe la irretroactividad de las leyes.

- b. El Juez debe tener en cuenta que cuando un precedente es dejado sin efecto o variado en sus alcances, lo adecuado es que, por seguridad jurídica, no se aplique a los procesos que se hayan iniciado en base del precedente que se deja sin efecto o se varía.
- c. Es evidente que el Precedente en la forma en que ha sido dictada en la sentencia bajo comentario afecta la independencia de los jueces, pues al imponerles que sigan los criterios prefijados por el máximo tribunal se convertirían en meros aplicadores de lo que otros han decidido. Si los jueces están sometidos sólo a la Constitución y a la ley, no es acorde a este marco constitucional el que se le someta a un “intermediario” de la ley, como es el Tribunal Constitucional.

3.6. Juez ordenó reposición de trabajador CAS y se apartó del precedente Huatuco¹²⁴

El Tribunal Constitucional determinó, a través del conocido precedente Huatuco, que solo puede exigirse la reposición laboral si el trabajador despedido

¹²⁴ Juez Félix Ramírez Sánchez del Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en el Expediente N° 00058-2014-0-1618-JM-LA-OI sobre proceso de amparo por pago de beneficios sociales y otros, iniciado por un ex trabajador del proyecto especial chavimochic Nelson Jubenal Flores Ayllon.

demuestra que ingresó a la Administración Pública tras un concurso público. Pero una reciente decisión judicial se ha apartado de dicha regla señalando que esta no puede ser aplicada en todos los casos. Resulta posible apartarse del precedente Huatuco (STC Exp. N° 05057-2013-PA/TC) si se logra establecer que existen diferencias entre el caso que originó dicho precedente vinculante y el caso que corresponde resolver, esto es, aplicando la técnica del distinguishing. Para ello, debe tenerse en cuenta los fundamentos fácticos que originaron el precedente y los fundamentos jurídicos que puede extraerse de la ratio decidendi.

Así lo estableció el Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en el proceso de amparo iniciado por un ex trabajador del Proyecto Especial Chavimochic. El demandante exigió la inaplicación de los contratos administrativos de servicios que había suscrito y que se declare su condición de trabajador permanente.

Antes de emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, el juez explicó que el Tribunal Constitucional ha acogido una teoría de autoritarismo inflexible del precedente vinculante, pero que no debe olvidarse que en algunos supuestos excepcionales es posible apartarse de la regla establecida en este, siempre que se delimite cómo utilizar la técnica jurídica del precedente en la mecánica judicial.

Para llegar a la conclusión de que el precedente Huatuco no se aplicaba al caso concreto, el juez recordó que el distinguishing es una técnica que permite apartarse de un precedente vinculante si se logra demostrar que los dos casos (el que originó el precedente y el que toca resolver) son diferentes. En este punto, corresponde identificar las circunstancias fácticas del precedente, identificar qué

parte de su texto despliega efectos normativos y, finalmente, comparar los hechos de ambos casos.

Al realizar un análisis de ambos casos sobre la base de lo explicado en el párrafo anterior, el juez llegó a la conclusión de que la situación del demandante no era equivalente a la que originó el precedente Huatuco, en primer lugar, porque este se vinculó con la entidad pública demandada en dos momentos marcados: bajo contratos de servicios (entre los años 2004 y 2008) y, luego, bajo contratos administrativos de servicios (desde el año 2008); y, en segundo, porque existía una sentencia judicial firme que ordenó la incorporación del demandante al régimen laboral privado luego de declararse la desnaturalización de los contratos de servicios suscritos en forma previa a los contratos administrativos de servicios.

Asimismo, el magistrado señaló que la ratio decidendi o razón suficiente del precedente Huatuco que vincula a los jueces para casos futuros es sobre dos aspectos claramente definidos: la condición del trabajador (a plazo determinado o indeterminado) y la ruptura del vínculo laboral. Ambos supuestos deberán ser analizados en cada caso en que se demande la declaración de existencia de un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada y/o la reposición.

3.7. Precedente Huatuco: Sala Laboral considera que vulnera derechos constitucionales¹²⁵

La Cuarta Sala Laboral de Lima, a cargo del magistrado Omar Toledo, inaplicó el polémico precedente Huatuco a través de la figura del “distinguish”. Las

¹²⁵ Exp. N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03 (S) – Lima

razones de la Sala para apartarse de un precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional. En efecto, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03 (S) (Tribunal Unipersonal), la Sala –a cargo del magistrado Omar Toledo Toribio– decidió apartarse del precedente vinculante Huatuco a través del “distinguish”, figura que puede aplicarse cuando el supuesto de hecho que ha servido para emitir el precedente no se presenta en el caso concreto a resolver.

El magistrado Toledo sostiene, que el precedente Huatuco vulnera el principio-derecho a la igualdad, pues resulta evidente la desprotección de los derechos de los trabajadores del sector público. Asimismo, sostuvo que la inobservancia de los principios del Derecho Laboral y la afectación de los derechos de los trabajadores ciertamente constituye una afrenta a la dignidad del trabajador, principio-derecho garantizado constitucionalmente.

Dicho pronunciamiento se emitió al resolver un recurso de apelación, en la que una ex trabajadora peticionaba el reconocimiento de una relación laboral de naturaleza indeterminada (por desnaturalización del contrato bajo régimen CAS), así como la nulidad del despido incausado, y se ordene la reposición en sus labores en una procuraduría pública y el reintegro de sus remuneraciones.

La Sala declaró nulo todo lo actuado, y ordenó emitir al juez nuevo pronunciamiento pues resultaba necesario que se otorgue a la demandante la posibilidad de expresar y acreditar su forma de ingreso al servicio de la demandada. En similar sentido el magistrado Omar Toledo Toribio considera que, en base a los fallos que él ha emitido, no debería aplicarse el precedente Huatuco en los siguientes casos:

1. 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.
2. 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).
3. Cuando la demandada sea una de las instituciones públicas excluidas de la Ley SERVIR. - No es de aplicación para el caso de los obreros municipales que expresamente han sido excluidos de la Ley SERVIR. (EXP. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 sentencia Del 14/7/2015, 4ta.Sala Laboral de Lima).
4. No es de aplicación para los trabajadores de las empresas del Estado que no están comprendidos en la función pública por expresa mención del artículo 40 de la Constitución Política del Estado y por tanto expresamente los mismos han sido excluidos de la Ley SERVIR. (Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09 (S) sentencia Del 15/7/2015. 4ta. Sala Laboral de Lima)”.

CAPITULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis formulada ha quedado validada ya que existen argumentos razonables y fundados que justifican que existe una relación negativa y contradictoria entre el precedente Huatuco al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y los principios del derecho laboral debido a que vulnera el principio-derecho a la igualdad, afectación y desprotección de los derechos de los trabajadores del sector público; asimismo inobserva los principios del Derecho Laboral como el principio de primacía de la realidad lo cual resulta incompatible con los principios que sustentan un sistema democrático y social de derecho en el que debe primar la dignidad de la persona y los derechos y principios constitucionales reconocidos no solo a nivel nacional sino también internacional; sustentándose en las siguientes razones:

4.1. Argumentos a favor del precedente

Diversas adhesiones y reconocimientos ha recibido este precedente, para lo cual se han invocado una serie de argumentos, ya sea avalando los argumentos expuestos en la referida sentencia o invocando otros fundamentos, pero todos ellos, dirigidos a destacar el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional peruano en el precedente Huatuco¹²⁶.

¹²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2014). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 29.

4.1.1. Cuestionamiento a la Constitucionalidad de la Reposición como protección adecuada contra el despido arbitrario.

El precedente Huatuco, ha reavivado las opiniones contrarias a la reposición de los trabajadores como protección adecuada contra el despido arbitrario, a pesar de la uniformidad en la jurisprudencia Laboral e incluso Constitucional emitida antes del precedente Huatuco.

En efecto, los precedentes vinculantes dictados en los Expedientes N° 1124-2005-PA/TC (caso Fetratel), y Exp. 976-2001-PA/TC (caso Llanos Huasco) en el año 2001, significaron una trascendental transformación en el derecho laboral (posteriormente a través del Exp. 206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores), los cuales estuvieron relacionados con la creación de dos causales de reposición en el puesto de trabajo como protección adecuada contra el despido arbitrario: el despido incausado¹²⁷ y el despido fraudulento¹²⁸.

Es decir, a partir de la publicación de estos precedentes, el trabajador que era objeto de un despido incausado o fraudulento, tenía la opción de elegir entre la Indemnización por Despido Arbitrario (en adelante IDA) equivalente a una remuneración y media por cada año completo de servicios, o también tenía la posibilidad de elegir su reposición en el empleo. En estos precedentes vinculantes se indicó que el artículo 34° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado a través del Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante

¹²⁷ Se configura el 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 capacidad que justifique el despido. (STC. Exp. 976-2001-AA/TC). Cfr.: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2013). *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores, p. 28.

¹²⁸ *Ibíd.*

LPCL), era inconstitucional en el sentido que ofrece una IDA como protección adecuada contra el despido arbitrario; determinándose que una interpretación conforme a la constitución debe entenderse como una potestad del trabajador para optar por la Reposición en el Empleo o por el pago de la IDA.

De ahí que la crítica se haya centrado en cuestionar la corrección de este razonamiento, esto es, determinar si efectivamente es el mencionado art. 34° de la LPCL es inconstitucional o por el contrario la regulación realizada por el legislador es constitucionalmente válida; al respecto se ha indicado: "... por exigencia de la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, el intérprete constitucional tiene la obligación de determinar (mejor dicho, de concretar), el contenido constitucional de los derechos fundamentales tomando en consideración las normas convencionales así como las interpretaciones que de las mismas haya formulado la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH-.”

Una de esas normas convencionales es el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

En el artículo 7d¹²⁹ de este Protocolo (...) según esta norma convencional, en caso un trabajador (público o privado) sea despedido sin justificación basada en su concreto actuar, es decir, si es despedido mediante un llamado despido arbitrario,

¹²⁹ se establece lo siguiente: “Artículo 7: Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas satisfactoria, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

tres posibles respuestas podrá recibir como protección: la indemnización; la reposición; o cualquier otra prestación (razonablemente protectora).

Esto quiere decir que la indemnización como adecuada protección contra el despido arbitrario, no es inconstitucional. En este mismo sentido, el TC tiene dicho que “el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador –vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional”¹³⁰.

Según esta posición, los precedentes en los casos Fetratel, Llanos Huasco y Baylón Flores, son inconstitucionales, ya que al hacerlo el TC se excedió en sus funciones y competencias, pues el poder constituyente delegó en el legislador las funciones de legislar y determinar que se entiende por protección adecuada contra el despido arbitrario, y este órgano así lo hizo mediante el art. 34° de la LPCL estableciendo la IDA como mecanismo de protección de los trabajadores¹³¹.

¹³⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2015). “El tuero desfacedor de entuertos: El nuevo precedente en discusión”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 26 y ss.

¹³¹ Entre algunos de los doctrinarios a favor de esta posición tenemos: PUNTRIANO ROSAS, César. Estabilidad laboral del trabajador público sujeto al régimen laboral privado: “Estamos de acuerdo con este criterio en tanto nuestra Constitución Política no dispone que la reposición sea la única forma de reparar al trabajador ante un despido arbitrario, siendo dicho argumento una creación jurisprudencial del propio TC. En efecto, el artículo 27 de la Norma Fundamental establece que, ‘la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario’. Este precepto que contiene un derecho de configuración legal al conceder al legislador la potestad de definir cuál es el nivel de protección apropiado de tutela ante un despido arbitrario, debe ser leído en forma armónica con el artículo 22 de la Constitución que recoge el derecho al trabajo, el cual, en uno de sus aspectos, proscribire la extinción carente de razón, abusiva o arbitraria”. PUNTRIANO ROSAS, César (2015). “Estabilidad laboral del trabajador público sujeto al régimen laboral privado”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 17 y ss.

Se señala que la razón por la que el TC dictó estos precedentes, se debió a que “el amparo tiene por finalidad reponer las cosas al estado anterior a la agresión, una sentencia de amparo no podía cavar de otra manera que ordenando la reposición. Esta es una razón manifiestamente incorrecta.

No se daba cuenta el TC que primero es la determinación del contenido constitucional del derecho fundamental y después viene su protección (...) A esta razón hay que añadir esta otra: el TC se excede a la hora de modificar la constitucional regla jurídica creada por el legislador. Este tiene un margen de acción legislativa que le permite decidir entre dos o más posibles respuestas constitucionales. La razón que permite abrazar una u otra respuesta igualmente constitucional ya no es una razón jurídica, sino una razón política, el que tiene que analizar la concreta realidad y decidir qué es lo que más conviene”¹³².

4.1.2. Prevalencia del Interés Público frente al Interés Privado

Según la tesis defendida fundamentalmente por Sebastián Soltau, lo que ha realizado el estado es una ponderación de derechos entre el derecho al trabajo y el principio de primacía de la realidad de una parte, y de la otra el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público, del cual ha salido victorioso el segundo, habiendo el TC optado por hacer prevalecer la meritocracia como un valor superior.

Este autor nos indica, “Lo que ha hecho es reivindicar el principio-derecho de igualdad de oportunidades en el acceso a los empleos públicos, el cual ciertamente

¹³² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*El tuero desfacedor...*”. Ob. Cit., p. 26

es vaciado de contenido cuando se convalida el ingreso irregular de un servidor público, aplicando –sin más- el principio de primacía de la realidad” y continúa diciendo “En una sociedad democrática, el concurso público es valorado y respetado, porque se entiende que todas las personas tienen el derecho a postular a los puestos vacantes, sin perjuicio de que sólo una o algunas de ellas finalmente vayan a ser elegidas (este es uno de los ámbitos en los que opera el principio de mérito y capacidad)”¹³³

4.1.3. Diferencia entre trabajadores públicos y privados

También se ha alentado el precedente Huatuco, haciendo una distinción entre trabajadores públicos y trabajadores privados, resaltándose el Principio de mérito y capacidad, lo cual según el TC, el acceso a la función o servicio público debe obedecer a criterios estrictamente meritocráticos, a través de concurso público y abierto, lo cual significará contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, eficiente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona elegida en un concurso riguroso, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá en beneficio de la población.

Precisamente el beneficio de la población a la que está dirigida la función y servicio públicos, constituye para esta postura, la principal diferencia entre trabajadores públicos y privados, indicándose que no es posible realizar una comparación basada solamente en las labores que realizan y el régimen laboral al

¹³³ SOLTAU SALAZAR, Sebastián. “La importancia del concurso público en las contrataciones del Estado”. En Gaceta Constitucional. Tomo 91, Lima, Julio 2015, pp. 48-51.

cual están adscritos; por ello se expresa, “(...) quien ingresa a un puesto que requiere concurso público de méritos para ser cubierto, forma parte de una relación jurídica inestable ab initio, cuyo desarrollo no puede generar la misma estabilidad en el empleo que un servidor que sí ‘gano’ su plaza indefinida siguiendo las reglas constitucionales de la función pública. En esa línea se considera adecuado el sentido de la sentencia del Alto Tribunal”¹³⁴

4.1.4. Necesidad de evitar la vulneración de la Ley Marco del Empleo Público en lo relativo al acceso al empleo

Siguiendo los fundamentos esgrimidos por el TC en el caso Huatuco, referente a la determinación de la carrera administrativa como bien jurídico constitucional, en virtud a lo dispuesto en el art. 40 de la Constitución, el cual indica que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores públicos; por ello, el legislador al realizar el desarrollo constitucional de este precepto normativo, ha limitado el acceso al empleo mediante la exigencia de la necesidad de hacerlo mediante concurso público.

En tal sentido se ha expresado que “es válido que el TC rescate la necesidad de cumplir con la normativa (LMEP, Ley de Servicio Civil) que exige la existencia de un concurso público para incorporar válidamente personal indeterminado en una

¹³⁴ CRISANDO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. “*El caso de la trabajadora que perdió su reposición e indemnización*”. En Gaceta Constitucional. Tomo 91, Lima, Julio 2015, pp. 21-25.

entidad pública. Lo contrario supondría validar el hecho que jurisprudencialmente se pueda contravenir una ley”¹³⁵.

4.1.5. Defensa del Acatamiento del Precedente

Mientras que en la doctrina y la judicatura se han alzado diversas voces orientadas a desacatar, desconocer, o apartarse del precedente Huatuco, otros, entre ellos el profesor Renzo Cavani¹³⁶, ha defendió su acatamiento, expresando que “una decisión de una corte de vértice como el TC debe ser seguida no por sus buenos argumentos, sino por su autoridad. El TC es la última palabra en la interpretación de la Constitución; es así como está estructurado nuestro sistema al colocar una Corte Constitucional cuya misión, más allá de tutelar el caso concreto, es dar unidad al derecho y promover su unificación mediante interpretación y precedentes”.

En tal sentido, en vista de que el referido precedente ha sido dictado en aplicación a lo dispuesto en el art. VII del Código Procesal Constitucional, su aplicabilidad no puede ser discutida, resaltando así la plena vigencia del derecho fundamental a la seguridad jurídica, así como la defensa de la igualdad ante las decisiones judiciales, la racionalidad del sistema, la competencia del intérprete supremo de la constitución y en la posibilidad de que los ciudadanos y el Estado

¹³⁵ PUNTRIANO ROSAS, César. Ob. Cit., p. 20.

¹³⁶ CAVANI, Renzo (2015). “*Todavía sobre Huatuco: “control de convencionalidad” e “independencia judicial” como excusas para desacatar un precedente del Tribunal Constitucional peruano*”. Disponible en sitio web: <http://www.ius360.com/sin-categoria/todavia-sobre-huatuco-control-de-convencionalidad-e-independencia-judicial-como-excusas-para-desacatar-un-precedente-del-tribunal-constitucional-peruano-parte/>. Consultado el 12 de marzo del 2016.

anticipen razonablemente las consecuencias de sus actos y las respuestas que recibiría de la Judicatura.

Frente a las críticas de que los hechos del caso Huatuco no justificaban un precedente por haberse dictado para situaciones distintas, nos indica que “En el Perú llamamos “precedente” a una formulación similar a un enunciado legislativo hecho por una corte de vértice, enmarcada en una decisión y producto de interpretación, sí, pero con escasa conexión con el material fáctico que le da origen¹³⁷.

Pero el precedente (sin comillas, o sea el sentido correcto) no se puede concebir sin los hechos del caso. ¿Por qué? Porque es partir de ellos que los jueces a los que se dirige el precedente (que es vinculante, por la competencia de la corte que lo emite) dilucidarán si deben aplicar la misma solución jurídica por existir identidad o si no deben aplicarla por existir una distinción”¹³⁸.

Así, nos indica que tanto en el art. 400 del Código Procesal Civil como en el art. VII del Código Procesal Constitucional, en estricto no nos encontramos ante un precedente vinculante tal como ocurre en el sistema del Comon Law, sino que nos encontramos ante Reglas Jurisprudenciales Vinculantes ajenas al caso concreto, por lo que son válidas las reglas dictadas en el precedente Huatuco.

Asimismo, en relación a la propuesta de control de convencionalidad (una especie de control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales)

¹³⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Los Precedentes...*”. Ob. Cit., p. 30.

¹³⁸ *Ibidem*.

formulada por algunos doctrinarios, parte diciendo que no debe ser olvidado que “originalmente entendido está íntimamente vinculado con la verificación del cumplimiento de obligaciones internacionales y la atribución de responsabilidad internacional y, correlativamente a ello, determinar pautas que el Estado parte debe cumplir para asegurar de forma más efectiva algún derecho reconocido por la CADH”¹³⁹.

Por tal motivo, señala que no es posible aceptar que un juez doméstico o interno, tenga la potestad de desligarse completamente del ordenamiento jurídico nacional, pues ello sería negar la jerarquía del TC y la vinculatoriedad de sus interpretaciones y decisiones.

Esto no implica que el TC no pueda equivocarse, sino conlleva, a que los cuestionamientos deben ser canalizados ante los organismos internacional y no violentando la jerarquía constitucional.

4.2. Argumentos en contra del precedente

Los principales cuestionamientos al precedente Huatuco, han venido desde la orilla del derecho Laboral y en algún modo también desde el Constitucional, los primeros están orientados por la defensa del trabajador y los segundos relacionados con los requisitos y fundamentos para la emisión de un precedente vinculante conforme a los criterios fijados por el propio Tribunal Constitucional.

¹³⁹ GARCIA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José (2014). “*El control de convencionalidad en el Perú*”. En: Revista de la PUCP, Lima. Disponible en sitio web: revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/.../9363. Consultado el 09 de marzo del 2016.

4.2.1. Control de convencionalidad

Curiosamente el art. 7d. del Protocolo de San Salvador (PSS), ha sido invocado también para cuestionar el precedente Huatuco, expresándose que según éste precepto jurídico “En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Así pues, de acuerdo con el PSS, el derecho es del trabajador y solo él, como titular del derecho, puede reivindicar la forma de restitución que deriva de su violación ; ésta es la posición defendida por el profesor Javier Mujica¹⁴⁰, quien recomienda a los órganos jurisdiccionales, en base al principio de independencia de los jueces, éstos tienen el derecho/deber de apreciar con sentido crítico los precedentes judiciales que estimen contrarios a la Constitución con cargo al principio/derecho de independencia judicial.

Independencia que justifica que apliquen, razonada y argumentadamente, el control difuso que la Constitución les reserva para asegurar la primacía de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte.

Una de ellas es la CADH y su protocolo adicional, el PSS, respecto de los cuales la Corte Interamericana ha dicho que 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 les obliga a velar porque

¹⁴⁰ MUJICA, Javier. Ob. Cit., p. 15.

los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las 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 esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interpreté última de la Convención Americana.

La forma en la cual los órganos jurisdiccionales lo harían, sería realizando una especie de control difuso al igual que se hace de la constitución, pero en este caso, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como “Protocolo de San Salvador”, esto es, en virtud a la jerarquía normativa y supremacía de la Constitución prevista en su art. 51°, los jueces deberán preferir el art. 7d. del mencionado protocolo a efectos de dejar sin efecto (inaplicar) el precedente Huatuco y aplicar directamente la referida convención.

Esto, tomando en cuenta que según lo dispuesto en la Cuarta disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de

conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”¹⁴¹.

4.2.2. Cuestionamiento a la validez del precedente

Importante polémica está causando el caso Huatuco en el ámbito Constitucional, pues no solamente está siendo cuestionada la posición adoptada, sino también se cuestiona la validez del Precedente como tal, se discute si en este proceso se ha cumplido los presupuestos para la emisión de un precedente vinculante siguiendo los parámetros establecidos por el propio TC en el Esp. N.º 3741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlénque), básicamente en el sentido de que solo pueden formularse sobre la base de un hecho concreto y para situaciones directamente relacionadas con el fallo. Y en el presente caso se indica, “No se ha cumplido con la regla básica del establecimiento de un precedente: los hechos del caso deben generar la regla del precedente”¹⁴².

Se cuestiona también la legitimidad del precedente, el cual está relacionado no solamente con su validez jurídica, sino con su corrección frente a la sociedad, habida cuenta que “los precedentes vinculantes en los términos tan estrictos que los identifica el artículo VII del Código Procesal Constitucional no pueden ser el resultado de la imposición de una mayoría que, sobre la base de la votación en el Pleno, logra sobreponerse, sino, en todo caso, el resultado de un proceso

¹⁴¹ En similar sentido, el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevé: “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 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”.

¹⁴² MORALES SARAIVIA, Francisco (2015). “La ilegitimidad constitucional del precedente Huatuco”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 36 y ss.

argumentativo racional que se expande desde el consenso en el seno del Tribunal hacia la búsqueda de mayores consensos en la sociedad¹⁴³.

El Tribunal lo ha señalado en términos de orientación principista al establecer que, “el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública”. En tal sentido ha invitado a “una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta”¹⁴⁴.

Tampoco se habría cumplido con el requisito de la existencia de divergencia interpretativa en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y del propio TC, lo cual constituiría una justificación válida para la emisión del precedente.

Sin embargo, en materia de reposición de los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado, se ha seguido una línea jurisprudencial uniforme, en favor de la reposición de los trabajadores ilegalmente despedidos, lo único que existía era un voto singular del ex Magistrado Ernesto Álvarez Miranda, pero que no pueden ser consideradas con divergencias justificadoras de un precedente.

4.2.3. Vulneración de los parámetros de constitucionalidad relativos al derecho al Trabajo

El precedente Huatuco –se ha dicho- vulnera la Constitución y PSS, los cuales establecerían dentro de su contenido esencial o núcleo pétreo, a) Que el trabajador

¹⁴³ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (2009). “*El precedente a la deriva, diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional*”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 19, Julio, Lima: Gaceta Jurídica, p. 34

¹⁴⁴ *Ibíd*em

sólo puede ser despedido por causa justa, ya sea que pertenezca al régimen laboral público o privado, b) Que, en caso de despido ad nutum (sin causa), nulo o fraudulento, el trabajador puede elegir entre la reposición o la indemnización, c) Que al haberse establecido este criterio interpretativo en favor de los trabajadores, no debe ser disminuido (principio de no regresividad).

Se indica que ha vulnerado diversos principios-derechos laborales fundamentales como el principio de Igualdad, pues al negarse la reposición a los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado que han desnaturalizado sus contratos civiles o CAS, supone un trato desigual ante situaciones iguales, con respecto a los trabajadores sujetos al mismo régimen laboral cuyo empleador no es el Estado, así como con relación a los trabajadores que reingresaron al estado antes del precedente; en este último caso, se vulnera el principio de igualdad de trato formal, “entendida como igualdad de equiparación y como diferenciación, lo que implica que un mismo órgano no puede modificar injustificadamente decisiones en casos iguales, ya que con ello se busca alcanzar seguridad jurídica”¹⁴⁵.

Se invoca también la afectación al principio protector que orienta el derecho del trabajo y que supone la razón de ser misma del derecho laboral, cuya función primordial es el establecimiento de una discriminación positiva, esto es, equiparar la asimetría existente entre trabajadores y empleadores, sin embargo, en el caso Huatuco, se ha desconocido este principio ahondando más la desigualdad estructural existente en el vínculo laboral. Afectación que se ha materializado al

¹⁴⁵ MONZON ZEVALLOS, Willy (2015). “El retorno a la estabilidad laboral relativa en favor del estado, A propósito de la STC Exp. N° 05057-2013-PA/TC”. En: *Dialogo con la jurisprudencia*. Tomo 202, Julio, Lima: Gaceta jurídica, pp. 24-28.

vulnerar el principio de continuidad expresado en la regla establecida en el art. 4° de la LPCL (preferencia por la contratación por tiempo indefinido).

Otro principio laboral quebrantado es el de primacía de la realidad, pues esta sentencia pretende desconocer el hecho de que, en la gran mayoría de casos, en la práctica los trabajadores del Estado realizan labores de naturaleza permanente, en plazas vacantes y debidamente presupuestadas aun cuando no se haya accedido al puesto mediante concurso público; en tal sentido, lo correcto es que en virtud a este principio, los trabajadores mantengan su puesto de trabajo.

Para esta posición, el precedente Huatuco transgrede el derecho al trabajo de los trabajadores estatales que en esta condición demandan reposición, pues ahora solo podrán demandar su indemnización; lo cual es grave, pues nos encontramos ante una manifiesta violación de este derecho de parte de quien debería ser garante y defensor de los derechos laborales, el Estado.

4.2.4. Violación del principio de jerarquía normativa

El ex magistrado del Tribunal Constitucional Cesar Landa¹⁴⁶, es uno de los que critica el precedente Huatuco, porque en esta sentencia tiene como punto de partida una concepción eminentemente legalista valorando sobre manera el ingreso al sector público, así, ha sostenido que “la labor del TC es interpretar la ley conforme a la Constitución y no la Constitución conforme a la ley; esto es, el TC habría vulnerado el principio de jerarquía normativa, por el cual todas las

¹⁴⁶ LOVON, Claudia (2015). “El precedente vinculante en el caso Huatuco: Entrevista a César Landa” En: *Enfoque del derecho*. Disponible en sitio web: <http://enfoquederecho.com/el-precedente-vinculante-en-el-caso-huatuco-entrevista-a-cesar-landa/>. Consultado el 10 de febrero del 2016.

interpretaciones legislativas tienen que someterse al control de constitucionalidad; no obstante en el presente caso, se habría tratado de adecuar la interpretación de las normas constitucionales, ajustándolo a los requisitos de ingreso al empleo previstos en la legislación ordinaria.

En el mismo sentido señala Morales Saravia, “El precedente Huatuco pretende que la Jurisprudencia Constitucional se adecúe a la Ley; por tanto no hace una interpretación de la ley conforme a la Constitución, sino que pretende interpretar la Constitución conforme a la Ley”¹⁴⁷.

4.2.5. Invalidez del Condicionamiento

Los condicionamientos para ser repuesto en el centro de trabajo, luego de haber declarado la desnaturalización de un “contrato civil” o “contrato temporal”, de demostrar que el ingreso se realizó mediante concurso público a una plaza presupuestada y la existencia de una vacante de duración indeterminada, es de imposible probanza, pues en la gran mayoría de casos los trabajadores no cumplen con alguno de estos requisitos; y no lo cumplen porque no accedieron por concurso o por las diversas restricciones presupuestarias que cada año viene dictando el Poder Ejecutivo; por lo que una condición como esta, no puede ser válida, pues se deja a criterio del deudor (Estado) la determinación última sí el trabajador puede ser repuesto o no, y claramente ello no ocurrirá, pues precisamente es él quien precariza la relación laboral.

¹⁴⁷ MORALES SARAIVIA, Francisco. Ob. Cit., p. 47.

Esto es, ninguna de las condiciones exigidas por el precedente Huatuco, son atribuibles al trabajador, lo cual a criterio del Dr. Landa, “desconoce la realidad laboral del empleo público y hace recaer la responsabilidad en el empleado, por más que se diga que se investigará a quien contrate de esa forma. Este precedente supone un giro, pues no combate el fraude a la ley del Estado, sino que facilita el abuso de derecho con el despido de estos empleados públicos”¹⁴⁸.

4.3. Diez razones para que el precedente Huatuco se deje sin efecto¹⁴⁹

El 5 de junio de este año, el Tribunal Constitucional publicó un nuevo precedente vinculante mediante el cual se estableció que la reposición del trabajador estatal solo procede si es que este acredita haber ingresado por concurso público. Lamentablemente, la sentencia constituye un retroceso y un gran error por parte del Tribunal Constitucional. Consideramos que dicho precedente es contrario a la Constitución, tiene una motivación deficiente, e incumple las reglas básicas por las siguientes razones:

1. El precedente vinculante Huatuco es contrario al parámetro de constitucionalidad (Constitución, jurisprudencia constitucional, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador) relativo al derecho al trabajo y a la reposición laboral (pública o privada), que establecen: a) El contenido del derecho al trabajo supone que el trabajador sólo puede ser despedido por causa justa b) En

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ MORALES SARAIVA Francisco (2015). “Una mirada al polémico fallo del Tribunal Constitucional: Diez razones para que el precedente Huatuco se deje sin efecto” En: La Ley. Disponible en sitio web: <http://laley.pe/not/2614/diez-razones-para-que-el-precedente-huatuco-se-deje-sin-efecto/>. Consultado el 08 de marzo del 2016.

caso de despido sin causa, nulo o fraudulento, el trabajador, a su elección, puede elegir la reposición o la indemnización c) Dichas pautas constitucionales se aplican indistintamente a trabajadores públicos o privados d) Este estándar mínimo reconocido por el Estado a favor de los trabajadores no debe ser disminuido (principio de no regresividad).

2. El precedente pretende que la Jurisprudencia Constitucional, en esta materia, se adecúe a la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, por tanto, no hace una interpretación de la ley conforme a la Constitución sino de la Constitución conforme a la Ley. Así se desprende del Fundamento de Voto del Presidente del TC, Magistrado Oscar Urviola, cuando afirma: “dado que el estado actual de la jurisprudencia se opone a lo dispuesto en dicha ley que, entre otras cosas, busca imponer de manera gradual un régimen laboral único en el Estado, para lo cual cierra el ingreso de personal bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 728, se hace imprescindible un viraje en la misma.”
3. Podemos pensar que la verdadera motivación de la expedición del precedente es imponer la implementación de la Ley del Servicio Civil, asumiendo tareas que le corresponde al gobierno y no al TC.
4. La mayoría de los Magistrados del TC se basan en una premisa falsa para expedir el precedente, porque, al momento de su expedición, no existía divergencia interpretativa sobre la reposición en el ámbito laboral público, tanto en el TC como en el PJ. Lo único que existía era un voto singular del ex Magistrado Ernesto Álvarez Miranda, que tiene las ideas que han sido desarrolladas en el precedente.

5. El precedente crea una condición imposible de cumplir para los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado que demandan por desnaturalización del contrato de trabajo modal o civil, porque es obvio que no han ingresado por concurso público.
6. La aplicación inmediata del precedente a los procesos de amparo en trámite no es aplicable porque no se han alcanzado los cinco votos conforme a la normativa y práctica que ha servido para emitir todos los precedentes del TC desde el año 2006, ya que el Magistrado Ramos Nuñez ha expresado en su fundamento de voto (que materialmente es un voto singular en ese extremo) su disconformidad con la aplicación inmediata del precedente a los procesos de amparo en trámite. De su firmeza y consecuencia en sostener lo expresado en el voto depende el futuro de cientos de demandantes.
7. El precedente es inválido porque no sigue las reglas básicas para emisión del precedente, esto es, que las reglas del precedente, sean consecuencia de los hechos del caso resuelto. En la controversia, la demanda fue desestimada porque no se había desnaturalizado el contrato de trabajo modal de la demandante, por ello, es ilógico que se creen reglas de otro supuesto (que se desnaturalice el contrato de trabajo modal).
8. Los Magistrados que emitieron el precedente incumplieron los principios de actuación del Tribunal Constitucional: Supremacía de la Constitución, carácter jurisdiccional de su actuación, protección de los derechos fundamentales, aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, respeto del debido proceso.

9. El precedente debe ser dejado sin efecto por el propio Pleno, pues, con dicha sentencia están obligando a los jueces del Poder Judicial a inaplicar o apartarse de tal precedente y no seguirlo por las razones que hemos expuesto y por los fundamentos del voto singular del Magistrado Ernesto Blume Fortini, con la consiguiente merma en la autoridad del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional, que se origina con la expedición del precedente.
10. Ha habido casos anteriores en que el TC ha modificado o atenuado los efectos de sus sentencias cuando se afectan derechos o comprueban que hubo un grave error, como es el presente caso. Los Magistrados Constitucionales también se equivocan, por ello están a tiempo de rectificarse.

4.4. ¿Deben o no los jueces aplicar este precedente en los procesos que conozcan ahora o más adelante?

Coincidimos con la opinión vertida por Javier Mujica¹⁵⁰ quien consideran que no deberían de aplicar lo por las siguientes razones:

- Porque se contrapone al derecho a un trabajo en el que no se limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador, así como a una protección adecuada contra el despido arbitrario en los términos definidos por los artículos 23 y 27 de la Constitución y el artículo 7 del PSS;

¹⁵⁰ MUJICA, Javier. Ob. Cit., p. 17.

- Porque discrimina inconstitucionalmente a los trabajadores del sector público sujetos al régimen laboral privado respecto de sus pares en el sector privado;
- Porque se opone al derecho a la protección judicial consagrado en artículo 25.1 de la CADH; (iv) porque deriva los procesos de Amparo tramitados actualmente a jueces y procedimientos que no estaban predeterminados legalmente desconociendo el artículo 139.3 de la Constitución según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)”; y (v) porque, en vez de desincentivarse los despidos arbitrarios en el Sector Público, se estimula la violación impune de los derechos constitucionales de los trabajadores implicados, validando y pretendiendo hacer irreversibles tales despidos.

En consecuencia, en base al principio de independencia de los jueces, éstos tienen el derecho/deber de apreciar con sentido crítico los precedentes judiciales que estimen contrarios a la Constitución con cargo al principio/derecho de independencia judicial¹⁵¹. Independencia que justifica que apliquen, razonada y argumentadamente, el control difuso que la Constitución les reserva para asegurar la primacía de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte. Una de ellas es la CADH y su protocolo adicional, el PSS, respecto de los cuales la Corte Interamericana ha dicho que cuando un Estado

¹⁵¹ Constitución, artículo 139.2: “(...) Ninguna autoridad puede (...) interferir en el ejercicio de sus funciones (...)”. E, igualmente, en el artículo 146.1 de la Constitución se agrega que “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: (...) Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”.

ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, “sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las 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 esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interpreté última de la Convención Americana”¹⁵². Con base a este principio, los jueces y magistrados pueden y deben apartarse argumentadamente del precedente Huatuco ya que éste contraviene varios principios y derechos amparados por la Constitución: el de igualdad ante la ley y a recibir igual trato de ésta; el derecho al trabajo y a no ser separado de éste si no por una causa justa; el de que el trabajo merece una protección adecuada frente al despido arbitrario; el del carácter restitutivo y no solo resarcitorio de la justicia constitucional; el derecho al juez natural y no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, entre otros. Y deben hacerlo, especialmente, porque así lo manda el artículo 1º de la Constitución cuando indica que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124

4.5. La Corte Suprema y la restitución del derecho a la reposición: Seis supuestos en los que no resulta aplicable el precedente Huatuco

Es importante destacar la importancia de la decisión tomada por la Corte Suprema al fijar seis supuestos en los que no resulta aplicable el precedente Huatuco. Asimismo, como se ha venido señalando en los ítems anteriores es lamentable que el Tribunal Constitucional no modificara su propio precedente, y haya tenido que ser el Poder Judicial quien le enmiende la plana y neutralice los efectos de su sentencia en casi todos los casos.

Tal como se ha precisado en el capítulo anterior, afirmando que la STC N° 05057-2013-PA/TC expedida por el Tribunal Constitucional por la que se proscribía la reposición laboral en el sector público –también conocida como Precedente Huatuco– era insostenible constitucionalmente y atentaba sendos tratados internacionales suscritos por nuestro país, por lo que correspondía al Poder Judicial equilibrar sus efectos estableciendo, cuando menos, el resguardo del derecho a la reposición en algunos grupos sensibles de trabajadores estatales.

Pues bien, la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, haciendo eco de los numerosos fallos disidentes que venían emitiéndose a nivel nacional en los que se inaplicó el Precedente Huatuco en algunos casos concretos¹⁵³ ha establecido, en una reciente sentencia casatoria

¹⁵³ La Ley: “Jueces siguen inaplicando precedente del Tribunal Constitucional Precedente Huatuco: Sala Laboral considera que vulnera derechos constitucionales, Viernes 27 de agosto del 2015, Lima. Así también, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03 (S) (Tribunal Unipersonal), la Sala –a cargo del magistrado Omar Toledo Toribio– decidió apartarse del precedente vinculante Huatuco a través del “distinguish”, figura que puede aplicarse cuando el supuesto de hecho que ha servido para emitir el precedente no se presenta en el caso concreto a resolver.

(Casación Laboral N° 12475-2014-Moquegua del 17/DIC/2015)¹⁵⁴ dictada como doctrina jurisprudencial obligatoria para las instancias inferiores del Poder Judicial, la necesidad de interpretar el precedente constitucional vinculante N° 05057-2013-PA/TC, afirmando que si bien la prohibición de reposición laboral dictada por el TC es de obligatorio cumplimiento en todo el sector público, éste no resulta aplicable en los siguientes casos (Fj. 14):

a. Pretensiones de Nulidad de Despido, previstos en el Art. 29° del D. S N° 003-97-TR, TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Es decir, no aplica el precedente Huatuco a los despidos discriminatorios (por embarazo, por Libertad Sindical, o ejercicio de la Tutela Efectiva, Etc).

b. Casos de trabajadores estatales sujetos al régimen laboral de la carrera administrativa DL 276 ó Ley 24041. Es decir, cuando el trabajador afectado sea servidor público acogido al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o incluidos en la Ley N° 24041 (servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios).

c. Casos de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada - DL 728.

¹⁵⁴ Ponencia del juez supremo Víctor Malca Guaylupo.

d. Casos de trabajadores sujetos al régimen del Contrato Administrativo de Servicios – CAS.

e. Casos de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el Art. 40° de la Constitución.

f. Casos de trabajadores estatales excluidos del ámbito de la Ley del Servicio Civil, señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057). Es decir, no aplica el Precedente Huatuco y también conservan el derecho a la reposición los siguientes grupos de trabajadores estatales:

- Empresas del Estado: Banco de la Nación, Petroperú, Sedapal, Corpac, etc.
- Banco Central de Reserva
- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT
- Congreso de la República
- Superintendencia de Banca y Seguros – SBS
- Contraloría General de la República
- Obreros regionales y obreros municipales
- Miembros del Servicio Diplomático – Ley 28091
- Profesionales de la Salud (Ley 23536): Médicos, odontólogos, químicos farmacéuticos, tecnólogos médicos, enfermeros, obstetras, sicólogos, biólogos, nutricionistas, ingeniero sanitario y asistentes sociales.
- Miembros de las FFAA y PNP
- Docentes universitarios – Ley 23733

- Docentes del magisterio – Ley 29944
- Carrera especial pública penitenciaria (INPE) – Ley 29709.
- Jueces y fiscales

En su resolución, la Suprema detalla que actualmente se presentan numerosos casos a nivel nacional en los que se discute la correcta aplicación y/o la inaplicación del precedente Huatuco. Por ello, la Corte consideró necesario expedir estos criterios jurisdiccionales de obligatorio cumplimiento por las instancias inferiores respecto a la aplicación del referido precedente constitucional vinculante del Tribunal Constitucional, 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 Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497.

Esta ejecutoria suprema se complementa con una anterior sentencia dictada por la misma sala suprema (Casación 11169-2014-Lima del 29/10/15)¹⁵⁵, en cuyo Considerando 12 estableció que el precedente Huatuco tampoco resultaba aplicable a los casos de trabajadores con vínculo laboral vigente que demandaban la desnaturalización de sus respectivos contratos, precisando que al no existir terminación o ruptura del vínculo laboral, en puridad no se pretendía una reposición al puesto de trabajo, incumpléndose con el supuesto de hecho introducido por el Precedente Huatuco.

¹⁵⁵ Ponencia del juez supremo Javier Arévalo Vela.

Podemos concluir que la Corte Suprema de la República coincide con la reiterada doctrina que señalaba que no era posible la reposición en casos tan sensibles como los despidos nulos o discriminatorios, y tampoco restringirla en grupos de trabajadores especialísimos como los obreros municipales o trabajadores del Decreto Legislativo N° 276, así como aquellos que han sido excluidos del ámbito del nuevo régimen del Servicio Civil -SERVIR¹⁵⁶, por citar solo unos ejemplos, en cuyos casos era evidente que no podía exigirse los requisitos del ingreso concursado y la existencia de plaza presupuestada para mantenerse y/o reponerse en la administración pública, pues ello hubiera alentado ejercicios abusivos de parte del empleador estatal.

Aún más, la máxima instancia del Poder Judicial ha ido más allá, y ha excluido también de las fauces del Precedente Huatuco a los trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios (CAS), quienes ya bastante desmejorada tenían su situación laboral y que ahora mantienen, junto a los otros grupos de trabajadores mencionados, intacto su derecho a la reposición y bien podrían reclamarlo judicialmente a sus entidades estatales cuando sean víctimas de un despido.

Es una lástima que el Tribunal Constitucional no haya modificado su propio precedente vinculante, conforme se lo solicitó la unánime doctrina

¹⁵⁶ Al respecto ver: CARRASCO MOSQUERA, Jesús (2015). “La Reposición en el Estado a partir del precedente Huatuco. Problemas y consecuencias”. En: Soluciones Laborales, N° 91, Gaceta Jurídica, Lima, Julio, pp. 138-146.

constitucional y laboral en los últimos meses¹⁵⁷, y haya tenido que esperar a que sea el Poder Judicial quien le enmiende la plana y neutralice los efectos de su sentencia en casi todos los casos.

Es por ello la importancia de este pronunciamiento judicial, y reconocemos el esfuerzo argumentativo desplegado por todos los miembros del colegiado de la citada Sala Suprema para dictar esta sentencia judicial vinculante¹⁵⁸, en cuyas líneas se termina homenajando tácitamente la labor jurisdiccional de jueces de instancias inferiores tales como: Omar Toledo Toribio, Gino Yangali Iparraguirre, Julio Canales Vidal, así como algunos otros valientes magistrados (de Trujillo, Arequipa, etc.), quienes desde un inicio fueron animando el debate al perfilar interesantes técnicas de interpretación constitucional como el 'Distinguishing' y el Control de Convencionalidad para apartarse del Precedente Huatuco. Hoy estos criterios se ven respaldados por su propia Corte Suprema.

¹⁵⁷ Castillo Córdova, Luis Ricardo Beumont Callirgos, César Landa Arroyo, Francisco Morales Saravia, etc. Así como también: Javier Neves Mujica, Elmer Arce Ortíz, Javier Mujica Petit, Pamela Núñez Therese, etc.

¹⁵⁸ Javier Arévalo Vela, Montes Minaya, Víctor Malca Guaylupo, Eduardo Yrribarren Fallaque y Marien De La Rosa Bedriñana.

CONCLUSIONES

1. Los criterios e interpretaciones vinculantes del Tribunal Constitucional emitidas como precedente vinculante Huatuco, tienen al menos dos consecuencias: La primera es que su creación normativa no podrá ser cuestionada en su constitucionalidad; y la segunda significa que su interpretación se impone a la interpretación constitucional de los demás intérpretes vinculantes, de modo que en caso de contradicción prevalecerá la de aquel; de esta manera, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.
2. La discusión y polémica que ha generado el precedente Huatuco, se debe en parte a la poca precisión en la determinación de las normas constitucionales adscriptas creadas a través del precedente, por lo que la determinación de sus alcances ha sido dejada a los operadores del derecho y fundamentalmente los órganos jurisdiccionales; muchos de los cuales, mediante ingeniosos argumentos vienen apartándose del mencionado precedente.
3. El Precedente Huatuco no encuentra sustento en el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública reconocida en normas internacionales porque esta se refiere a derechos de participación política. Tampoco tiene sustento en el derecho principio a la igualdad contenido en el artículo 2 de la Constitución, porque el parámetro ingreso por concurso público es inexistente en el Perú desde 1,990, en donde producto de la reforma laboral en el Estado se fomentó el ingreso sin concurso y Los concursos existentes desde 2005 adolecen de transparencia.

4. El Precedente Huatuco, vulnera el principio de primacía de la realidad incorporado implícitamente a nuestra Constitución, al hacerlo cuestiona una de las bases en los que se funda el Derecho del Trabajo, por lo que los jueces ante el dilema de aplicar mecánicamente los enunciados normativos derivados del precedente o en uso de la independencia judicial deben desvincularse del mismo con la finalidad de otorgar una mayor protección al derecho fundamental vulnerado.
5. El precedente Huatuco contraviene varios principios y derechos amparados por la Constitución: el de igualdad ante la ley y a recibir igual trato de ésta; el derecho al trabajo y a no ser separado de éste si no por una causa justa; el de que el trabajo merece una protección adecuada frente al despido arbitrario; el del carácter restitutivo y no solo resarcitorio de la justicia constitucional; el derecho al juez natural y no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, entre otros.

RECOMENDACIONES

1. A los jueces del Poder Judicial. Este órgano del Estado 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 esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interpreté última de la Convención Americana.
2. A la universidad. Luego de haberse dictado el precedente vinculante expedido en el Exp. 05057-2013-PA/TC (denominado caso Huatuco) por el Tribunal Constitucional (TC), se han generado una serie de controversias a nivel doctrinario desde los puntos de vista Laboral, Constitucional y Administrativo; asimismo estas discusiones se han extendido a los tribunales jurisdiccionales laborales ordinarios, quienes como órganos decisores en los conflictos y controversias jurídico-laborales que se presentan, están obligados a aplicar el referido precedente conforme a lo dispuesto en el art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que resultan que la universidad a través de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas busque generar una línea de opinión en el sentido que dicho precedente es contrario a la constitución por lo que la judicatura debiera desvincularse.
3. A los abogados, debido que el precedente vinculante Huatuco constituye un retroceso en la consolidación del Estado Constitucional y de los derechos constitucionales, siendo contrario a la Constitución, se debe exigir a los magistrados el cumplimiento de los mandatos constitucionales y los

principios de interpretación de los derechos constitucionales como el prohombre, los mismos que son vinculantes para toda autoridad pública, y de esa forma se proteja adecuadamente y garantice los derechos de su patrocinados.

4. Se debe tener presente y destacar la importancia de la decisión tomada por la Corte Suprema en la casación laboral 12475-2014-Moquegua y casación laboral 11169-2014 La Libertad, al fijar seis supuestos en los que no resulta aplicable el precedente Huatuco, y de esta forma sea el Poder Judicial quien le enmiende la plana la Tribunal Constitucional y neutralice los efectos de su sentencia en casi todos los casos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABAD YUPANQUI, Samuel (2008). “El precedente en el Derecho Procesal Constitucional Peruano: una indispensable fuente del Derecho”. En: *Jus Constitucional*, Tomo I, Lima, Enero.
2. ALEXY, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
3. ARAGÓN REYES, Manuel (1986). “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 17, Madrid.
4. BARKER, Robert (2005). *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
5. BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTÍNEZ, Fernando (2003). “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia constitucional española”. En: CARBONELL, Miguel (compilador) *El principio de igualdad constitucional*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.
6. BLACKSTONE, William, citado por TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (2009). *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa: Editorial Adrus.
7. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2013). *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores.
8. BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona - Buenos Aires –México: Ediciones Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona.

9. BOBIIO, Norberto (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
10. BORJA, Rodrigo (2010). *Sociedad, cultura y sociedad*. Quito: Editorial Planeta del Ecuador.
11. BROCOS FERNÁNDEZ, José Martín (2010). *El Antiguo Régimen y la Revolución Francesa, Libros para la Historia en Libertad*. Disponible en sitio web:
<http://www.religionenlibertad.com/articulo.asp?idarticulo=9626>.
12. CARBONELL, Miguel (2003). “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial, Trotta.
13. CARBONELL, Miguel (2004). *Los derechos fundamentales en México*. México: UNAM - Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
14. CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (2007). *Estudios al precedente constitucional*. Editorial Palestra, Lima.
15. CARRILLO GONZALES, Vítor (2008). *Legislación Laboral. Material de Estudios Profesionales por Experiencia Laboral*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
16. CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2007). “¿Activismo extralimitado del Tribunal Constitucional?: a propósito de una caso de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Año II, N° 04, Abril. Lima: Palestra Editores.
17. CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2014). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

18. CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2015). “El tuero desfacedor de entuertos: El nuevo precedente en discusión”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio, Lima: Gaceta Jurídica.
19. CASTRO PATIÑO, Nicolás (2009). “Hay que establecer un verdadero precedente constitucional vinculante” En: *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. Guayaquil: Publicación Semestral, N° 02, Febrero.
20. CAVANI, Renzo (2015). “*Todavía sobre Huatuco: “control de convencionalidad” e “independencia judicial” como excusas para desacatar un precedente del Tribunal Constitucional peruano*”. Disponible en sitio web: <http://www.ius360.com/sin-categoria/todavia-sobre-huatuco-control-de-convencionalidad-e-independencia-judicial-como-excusas-para-desacatar-un-precedente-del-tribunal-constitucional-peruano-parte/>.
21. COSSIO, Carlos (1947). *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la Ley*. Buenos Aires: Editorial Losada.
22. CRISANDO CASTAÑEDA, Ana Cecilia (2015). “El caso de la trabajadora que perdió su reposición e indemnización”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio, Lima: Gaceta Jurídica.
23. CRUZ, Luis (2009). “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al Neoconstitucionalismo”. En: *Revista de Fundamentación Jurídica DÍKAION*. Año 23, N° 18, Diciembre.
24. DONAYRE MONTESINOS, Christian (2007). “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, Enero-Junio. Lima: Palestra Editores.
25. DWORKIN, Ronald (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
 26. ETO CRUZ, Gerardo (2009). “Presentación del Libro”. En: *El precedente constitucional vinculante en el Perú: análisis, comentarios y doctrina comparada*. Arequipa: Editorial Adrus.
 27. FERNANDEZ SEGADO, Francisco (s/f). “*La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*”. Disponible en sitio web: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file.
 28. FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2010). “Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional: ¿hacia nuevos horizontes en el Derecho?”, En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima, N° 117, Noviembre.
 29. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2012). “Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 51, Abril. Lima: Gaceta Jurídica.
 30. GARCIA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José (2014). “*El control de convencionalidad en el Perú*”. En: *Revista de la*

- PUCP, Lima. Disponible en sitio web:
revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/.../936.
31. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo (1986). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas.
 32. GARCÍA MAYNES, Eduardo (2000). *Introducción al Estado del Derecho*. México: Editorial Porrúa.
 33. GARCÍA MORILLA, Joaquín (1991). “La cláusula general de igualdad”
En: AA.VV. *Derecho Constitucional*. Valencia: Centro de Estudios Constitucionales.
 34. GARCIA TOMA, Víctor (2009). *Diccionario de Derecho Constitucional*.
Lima: Gaceta Jurídica Editores.
 35. GARCÍA, Manuel Alonso (1960). *Derecho del Trabajo*. Tomo I,
Barcelona: Editorial Porrúa.
 36. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005).
La argumentación en el Derecho. Lima: Editorial Palestra.
 37. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (2009). “El precedente a la deriva, diálogo
con un crítico del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*.
Tomo 19, Julio, Lima: Gaceta Jurídica.
 38. GUTIERREZ CAMACHO, Walter (2003). “Vacíos de la Ley y principios
generales del Derecho”. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I.
Lima: Gaceta Jurídica.
 39. HÄBERLE, Peter (2003). “El estado constitucional”. En: *Serie doctrina
jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima.

40. HÄBERLE, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Dykinson.
41. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGrawHill.
42. KELSEN, Hans (1983). *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM.
43. LOVON, Claudia (2015). “El precedente vinculante en el caso Huatuco: Entrevista a César Landa” En: *Enfoque del derecho*. Disponible en sitio web: <http://enfoquederecho.com/el-precedente-vinculante-en-el-caso-huatuco-entrevista-a-cesar-landa/>. Consultado el 10 de febrero del 2016.
44. LOZANO TELLO, Jeannette (2011). “¿Hasta qué punto era necesario adaptar el precedente constitucional peruano a nuestra realidad jurídica?”. En: *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 217. Diciembre. Lima: Gaceta Jurídica.
45. LOZANO TELLO, Jeannette (2012). “¿Quiénes son los jueces posteriores en el precedente constitucional peruano?” En: *Gaceta Constitucional: análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Tomo 57, Lima: Setiembre.
46. MAGALONI KERPEL, Ana Luisa (2001). *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid: Mcgraw-Hill.
47. MENDOZA ESCALANTE, Mijail (2007). “La autonomía procesal constitucional”, En: *Justicia Constitucional, Diplomado de Especialista*

en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Núm. 4, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

48. MONZON ZEVALLOS, Willy (2015). “El retorno a la estabilidad laboral relativa en favor del estado, A propósito de la STC Exp. N° 05057-2013-PA/TC”. En: *Dialogo con la jurisprudencia*. Tomo 202, Julio, Lima: Gaceta jurídica.
49. MORALES SARAVIDA Francisco (2015). “*Una mirada al polémico fallo del Tribunal Constitucional: Diez razones para que el precedente Huatuco se deje sin efecto*” En: La Ley. Disponible en sitio web: <http://laley.pe/not/2614/diez-razones-para-que-el-precedente-huatuco-se-deje-sin-efecto/>.
50. MORALES SARAVIDA, Francisco (2015). “La ilegitimidad constitucional del precedente Huatuco”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio, Lima: Gaceta Jurídica.
51. MUJICA, Javier. “¿Se debe desacatar el precedente Huatuco?”. Disponible en sitio web: <http://www.ius360.com/publico/constitucional/se-debe-desacatar-el-precedente-huatuco/>
52. PAZO PINEDA, Oscar (2014). “*Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad*”. En: CARPIO MARCOS, Edgar / SAR SUÁREZ, Omar. *Alcances del principio de igualdad*. USMP, Lima.
53. PÉREZ LUÑO, Antonio (1993). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos.

54. PEREZ SERRANO, Gustavo (1998). *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes*. Madrid: Editorial La Muralla.
55. PETZOLD-PERNÍA, Hermann (1990). “La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana”. En: *Anuario de Filosofía Jurídico Social*. Argentina, N° 10.
56. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
57. PRIETO SANCHEZ, Luis (1993). *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Editorial Tecnos.
58. PRIETO SANCHÍS, Luis (2002). *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Editorial Palestra, Lima.
59. PUNTRIANO ROSAS, César (2015). “Estabilidad laboral del trabajador público sujeto al régimen laboral privado”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio. Lima: Gaceta Jurídica.
60. QUIROGA LEÓN, Aníbal (2005). “Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano. A propósito del control concentrado de la Constitución”. En: *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Santiago.
61. RAMÍREZ ERAZO, Ramón (2010). *Proyecto de Investigación / Cómo hacer una tesis*. Lima: Fondo Editorial AMADP.
62. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Grijley.
63. ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía Metodológica para la elaboración del proyecto de investigación jurídica*. Lima: Editorial FFCAAT.

64. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima: Editorial Fecatt.
65. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (1993). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
66. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger (2007). “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En: *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra.
67. RUBIO CORREA, Marcial (2006). *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 8va edición, 6ta Reimpresión, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
68. RUBIO, Francisco (1997). “La forma del poder”. En: *Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
69. RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (2007). “Precedente Vinculante”. En: *Conferencias sobre la Justicia*. Lima: PUCP.
70. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Lima: Editora Princeliness.
71. SOLTAU SALAZAR, Sebastián (2015). “La importancia del concurso público en las contrataciones del Estado”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 91, Julio, Lima: Gaceta Jurídica.
72. TITO PUCA, Yolanda Soledad (2011). “Cómo vincula el precedente constitucional vinculante”. En: *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica

73. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2006). *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho*, 3ra edición, Lima: IDEMSA.
74. TOYAMA MIYAGUSUCO, Jorge (2011). *Derecho Individual de Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
75. VIGNOLO, Orlando (s/f). *¿Por qué reformar el empleo público peruano?*
Diponible en sitio web: <http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo>.
76. ZARATE, José Humberto (1997). *El sistema jurídico contemporáneo*. México: Editorial Mc Graw-Hill.