

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**EVALUACIÓN DE TÉCNICAS JURÍDICAS APLICADAS EN LA
SENTENCIA DEL EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, 2019.**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHOS HUMANOS**

AUTOR

Abg. LEANDRO SIERRALTA, NORIA
ORCID: 0000-0003-1026-
4360

ASESOR

Dr. RIVEROS CARPIO BLADIMIRO
ORCID: 0000-0003-3848-
7101

AYACUCHO-PERÚ

2019

EQUIPO DE TRABAJO

AUTOR

Abg. LEANDRO SIERRALTA NORIA

ORCID: 0000-0003-1026-4360

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Estudiante de Maestría,
Ayacucho, Perú

ASESOR

Dr. RIVEROS CARPIO BLADIMIRO

ORCID: 0000-0003-3848-7101

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, Facultad de Ciencia Política,
Escuela Profesional de Derecho, Ayacucho, Perú

JURADO

Dr. DUEÑAS VALLEJO ARTURO

ORCID: 0000-0002-3016-8467

Magtr. CARDENAS MENDIVIL RAUL

ORCID: 0000-0002-4559-1989

Magtr. AROTOMA ORE RAUL ORCID:

0000-0002-3488-9296

HOJA DE FIRMA DEL JURADO Y ASESOR

Mgtr. DUEÑAS VALLEJO ARTURO
ORCID: 0000-0002-3016-8467
PRESIDENTE

Mgtr. CARDENAS MENDIVIL RAUL
ORCID: 0000-0002-4559-1989
MIEMBRO

Mgtr. AROTOMA ORE RAUL
ORCID: 0000-0002-3488-9296
MIEMBRO

Mgtr. RIVEROS CARPIO BLADIMIRO
ORCID: 0000-0003-3848-7101
ASESOR

DEDICATORIA

A mi madre por su apoyo constante y siempre guiarme por la senda correcta, a mi padre por ser mi luz y guía, a mi esposo e hija Sofía, por ser mi fortaleza y hacer mis días felices.

AGRADECIMIENTO

A Dios por su protección.

Al Mgter. Bladimiro Riveros Carpio, docente de la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote, quien estaba al cargo de los cursos de Tesis I y Tesis II, quien con paciencia y sagacidad nos enseñó a investigar y concluir la tesis.

RESUMEN

La presente investigación tuvo como problema: ¿la evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019, ¿se enmarca dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación?; el objeto general fue: Verificar que la sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019., se enmarque dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación. Es de tipo cualitativo, nivel exploratorio hermenéutico; diseño método hermenéutico dialéctico. La unidad de muestra fue un expediente judicial, seleccionado mediante muestreo por conveniencia; para la recolección de datos se utilizó las técnicas de observación y el análisis de contenido; y como instrumento una lista de comparación, validado mediante juicio de expertos. Los resultados demostraron que en la sentencia se utilizó adecuadamente la argumentación y la interpretación.

Palabras claves: Amparo, arbitrario, incausado, calidad, motivación, sentencia, agravio constitucional, tribunal constitucional.

ABSTRACT

The present investigation had as problem: the evaluation of legal techniques applied in the EXP ruling. N ° 00669-2016-PA / TC-AYACUCHO, of the Constitutional Court of Peru, 2019, is part of the interpretation, integration and argumentation techniques?; The general purpose was: Verify that the sentence of the EXP. No. 00669-2016-PA / TC-AYACUCHO, of the Constitutional Court of Peru, 2019., is framed within the techniques of interpretation, integration and argumentation. It is of qualitative type, hermeneutical exploratory level; Dialectical hermeneutical method design. The sample unit was a judicial file, selected by convenience sampling; for data collection, observation techniques and content analysis were used; and as an instrument a comparison list, validated by expert judgment. The results demonstrated.

Keywords: Amparo, arbitrary, uncaused, quality, motivation, sentence, constitutional tort, constitutional court.

ÍNDICE

Contenido	
EQUIPO DE TRABAJO.....	ii
HOJA DE FIRMA DEL JURADO Y ASESOR	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
ÍNDICE	viii
I. INTRODUCCIÓN	10
II. REVISIÓN DE LA LITERATURA	14
2.1. ANTECEDENTES.	14
2.2. BASES TEÓRICAS	18
2.2.1. LA JURISDICCIÓN	18
2.2.2 EL PROCESO	34
2.2.3 El proceso Constitucional	39
2.2.5. El Estado Constitucional de Derecho	50
2.2.6. El Tribunal Constitucional	52
2.2.7. Técnicas de Interpretación Constitucional	63
2.2.8. LOS DERECHOS PRIMORDIALES	99
2.2.9. La motivación de las resoluciones.	113
2.2.10. Las decisiones del tribunal constitucional	117
2.2.11. Recurso de Agravio Constitucional	123
2.2.12 Desarrollo de Instituciones Jurídicas Sustantivas relacionados con la sentencia en estudio	126
2.3. REFERENCIA CONCEPTUAL.....	149
2.4. SISTEMA DE HIPÓTESIS	151
2.5. VARIABLES	151
III. METODOLOGÍA	152
3.1. Tipo y Nivel de investigación	152
3.1.1. Tipo de investigación	152
3.1.2. Nivel de investigación	152
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	152

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA	152
3.4. Técnicas e instrumentos	153
3.5. Plan de análisis	153
3.6. DEFINICION Y OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES.....	154
3.7 Matriz de consistencia.	157
3.7. Principios éticos	160
3.7.1. Consideraciones éticas	160
3.7.2. Rigor científico	160
IV. RESULTADOS	161
4.1. Resultados	161
CONCLUSIONES	164
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

I. INTRODUCCIÓN

La presente tesis, ha obedecido a las exigencias previstas en el Reglamento de Investigación Versión 012 Aprobado por el Consejo Universitario con Resolución N° 0014-2019-CU-ULADECH CATOLICA, de fecha 15 de enero del 2019, y al cumplimiento de la línea de Investigación (LI) de la Escuela de Posgrado de Derecho en el nivel de Maestría; razón por la cual, se denomina

“Evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en las sentencias de procesos concluidos en el Tribunal Constitucional del Perú”, cuya base documental es la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú, materia de análisis para el presente trabajo de investigación.

El título de la Línea de Investigación revela dos fines, el primero, ha quedado conforme con el análisis de la sentencia proveniente del Tribunal Constitucional del Perú, siendo materia de estudio, un expediente sobre acción de amparo concluido, determinándose las técnicas de interpretación ante la incompatibilidad de normas constitucionales y legales; mientras que, el segundo propósito será contribuir a que los órganos supremos emitan una sentencia debidamente motivada, tomando en cuenta lo reflejado en el contenido de la presente investigación.

Es así, que del Reglamento de Investigación (RI) se desprenderá la meta análisis, que es el reflejo de los resultados en términos generales de la línea de investigación, la cual surgirá de los resultados alcanzados en la presente investigación.

Siendo, la investigación de tipo cualitativa, de nivel exploratorio – hermenéutico, para la recolección de los datos se ha elegido la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú, aplicando el muestreo no probabilístico denominado técnica por conveniencia, lo que nos lleva a utilizar las técnicas de la observación y el análisis de contenido. En consecuencia, se desprende que la presente investigación contó con rigor científico en la propia recolección, identificación y análisis de datos a obtener.

Es de tener en cuenta, que la transformación de Estado Legal de Derecho en Estado Constitución de Derecho, se origina el desplazamiento de la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución, por lo tanto, el Estado Constitucional de Derecho es la perfección del Ordenamiento Jurídico basado en la dignidad de la persona humana y en la defensa de los derechos fundamentales, tal como también lo reconoce la constitución política del Perú, en su artículo primero: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y por el Estado” (Constitución Política del Perú, 1993),

Sobre el particular Bidart, refiere que “todo Estado tiene necesariamente un derecho fundamental y básico de organización, un derecho que ordena, que lo informa, que le da estructura, que le confiere su singular modo de existencia política. Este derecho es el Derecho Constitucional, es la Constitución del Estado.” (Citado por Perez, 2013).

Por lo tanto, la constitución no solo es la norma jurídica suprema formal y estática; material y dinámica, pues viene a ser una norma básica y necesaria en la que se fundamentan las distintas ramas del Derecho y es norma de unidad a la cual se integran, exigiendo no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con la constitución y respetando los derechos fundamentales de las personas.

Toda vez que, en todo Estado Constitucional de Derecho, lo que se busca es incidir en la interpretación de las normas legales y constitucionales, para lograr mayor libertad en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, es así que, los jueces constitucionales deben resolver los conflictos de intereses basados en la interpretación que más garantía brinde sobre el respecto de los derechos fundamentales de las personas; y, de advertir colisión de normas, el Juez Constitucional cuenta con el mecanismo procesal de la ponderación como alternativa de la subsunción del caso a la norma jurídica. Toda vez que, por medio de la interpretación constitucional se armoniza la Ley con la norma suprema constitucional y de esta manera se evita la confrontación entre la norma legal y la norma constitucional.

En caso de lagunas en la Ley, el Juez no puede dejar de resolver, toda vez que tiene las facultades para llenar los vacíos legales con el objeto de dar respuesta jurídica al caso no previsto por la ley, denominada “Integración del Derecho”; esto se suele denominar creación de una ley para el caso concreto, mediante la aplicación de análoga de las mismas normas cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero que regulan otro semejante entre los que existe identidad de razón.

Se advierte que, pese a que los jueces tienen el deber de aplicar la Constitución para que el sistema jurídico sea coherente y represente seguridad jurídica para los justiciables; en algunos casos, se advierte que los jueces únicamente efectúan la subsunción del hecho a la norma, sin efectuar interpretación alguno, no obstante, hay jueces constitucionales efectúan interpretación de normas y aplicación de normas análogas en caso de silencio de la ley, con lo que se convierten en creadores del derecho; con lo que cumplen su deber, de administrar justicia pese al defecto o vacío en la Ley.

En tal sentido, los jueces constitucionales deben analizar las normas mediante una adecuada aplicación de la integración e interpretación de las normas constitucionales y legales, relacionadas a

la sentencia que emiten, a fin de analizar su incompatibilidad, dando siempre primacía a la constitución sobre las normas de mejor jerarquía. Siendo, por ende, la labor del Tribunal Constitucional, no solo verificación de la constitucionalidad, sino la de interpretación constitucional, aplicando las respectivas técnicas de interpretación, tomando en cuenta la ponderación de intereses o el principio de proporcionalidad.

Pudiendo además, aplicar el control concentrado, la misma que es empleada por el Tribunal Constitucional del Perú, cuando se presenta una incompatibilidad de las Leyes, la que debe entenderse como el control de la constitucionalidad de las Leyes, esto se puede corroborar de acuerdo a la obra de Hans Kelsen, en el que se distingue por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la Ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de “Tribunal Constitucional”, “Corte Constitucional” u otra similar, siendo así, es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto por la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.

De lo que se colige, que el Tribunal Constitucional es el Máximo intérprete de la Constitución, teniendo en cuenta en la actualidad viene desarrollando una ardua labor, dirimiendo controversias en las cuales estén en juego derechos fundamentales o pronunciamientos sobre la constitucionalidad de normas legales de inferior rango como leyes ordinarias, decretos legislativos, decretos, reglamentos, entre otros, (Rojas 2019).

De uno de los textos de la academia de la magistratura, se desprende que en el ámbito del Derecho Constitucional, la hermenéutica presenta ciertas peculiaridades, basadas primordialmente en su diferencia con la interpretación de las leyes fundada en referencia al derecho privado; lo que impone particularidades en su interpretación ya que no resulta siendo lo mismo interpretar una ley que interpretar la constitución dada la importancia y trascendencia de esta última. Así, la interpretación constitucional es de mayor relevancia que la interpretación infraconstitucional, por cuanto determina el espacio en el cual se interpretan estas últimas; las que deberán ser desentrañadas en conformidad con la Constitución. A ello debe sumarse que en la constitución existen varios enunciados valorativos o de principios que presentan más complejidad que las demás normas infraconstitucionales. Siendo así, todo Juez constitucional u ordinario tiene como labor diaria el interpretar las normas, siendo que la Constitución también es una norma pero que goza de prioridad, razón por la cual amerita ciertas particularidades (AMAG,2011).

En el presente trabajo de investigación, de los datos del expediente se desprende que mediante sentencia del tribunal constitucional N°0069-2016-PEA/TC AYACUCHO, emitida por el Tribunal Constitucional, se declaró FUNDADA la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo. En consecuencia, NULO el despido arbitrario del demandante.

Se planteó el siguiente enunciado del problema:

¿la evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia del EXP. N° 00669-2016PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Peru, 2019, ¿se enmarca dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación?

Para abordar el enunciado del problema, se trazó un objetivo general:

Verificar que la sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019., se enmarque dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación.

Asimismo, para resolver el problema se determinó los siguientes objetivos específicos:

- 1.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de interpretación de la sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019.
- 2.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de integración de la Sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019.
- 3.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de argumentación de la Sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019.
- 4.- Evaluar las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación de la Sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019

Es así, la presente tesis surge a consecuencia del problema existente en la realidad social peruana, la incompatibilidad de normas constitucionales y legales referente al Derecho al trabajo y protección contra el despido arbitrario, en donde se evidencia que en algunos casos las sentencias por Agravio Constitucional que emite el Tribunal Constitucional, no se utilizan adecuadamente las técnicas de interpretación, en las cuales se refleja la falta de argumentación jurídica, aplicación de selección, fiabilidad y valoración conjunta de normas constitucionales y legales. Por lo cual, es de suma

importancia el estudio correspondiente de las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales.

En tal sentido, los más beneficiados con la presente investigación son los justiciables puesto que al concientizar y sensibilizar a los Jueces respecto a la aplicación correcta de las técnicas de interpretación de normas constitucionales y legales, se intentara de demostrar que una sentencia del Tribunal Constitucional sea debidamente motivada, es decir que la decisión sea emitida empleando un razonamiento adecuado y una adecuada interpretación e normas, las cuales evidenciaran la satisfacción de los ciudadanos.

Es por ello, que la presente investigación cuenta con teorías que respaldan la problemática existente, como la teoría de la Argumentación Jurídica, la cual describe que toda sentencia del Tribunal Constitucional debe contar con un razonamiento judicial al momento de interpretar y aplicar las técnicas de interpretación en caso de advertir incompatibilidades normativas.

Finalmente, es de precisar, que la presente investigación contiene un valor metodológico, el que se evidencia a través del procedimiento de recolección de datos, por medio de la sentencia del Tribunal Constitucional, el que goza de confiabilidad y credibilidad, el cual hizo posible analizar las técnicas de interpretación frente a incompatibilidades normativas y legales provenientes de la sentencia que emite el tribunal constitucional y de esta forma resolver la interrogante planteado en nuestro problema.

II. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES.

Avalos (2011) en el Perú investigo: ¿Existe la figura del despido fraudulento en la vía ordinaria laboral?, en donde concluyo: En principio, el despido fraudulento como tipología del despido injustificado, existe solo en los procesos constitucionales de amparo, pues ese es el mandato dispuesto por el mismísimo Tribunal Constitucional. Como se advierte, al proceso ordinario laboral le corresponde la protección reparadora indemnizatoria. De la misma manera, el artículo 1° del Código Procesal Constitucional establece que los procesos tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Aguinaga (2012), en Perú investigo sobre: *La reposición por despido incausado y despido fraudulento*, de donde se deduce que esta tiene cuatro etapas, y sin las siguientes: a) Primera Etapa: Configuración del Tribunal Constitucional y Derivación a la vía ordinaria, este surgimiento fue secuencial por el cual el despido fraudulento, se produce: cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por lo tanto, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los canones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; b) Segunda Etapa: Pleno Regional Laboral 2009, celebrado en Chiclayo el 05 y 06 de Junio 17 y 18, en el cual dentro de su tema quinto a resolver, se encontraba la reposición en vía ordinaria por despido fraudulento que presente exigencias probatorias, en realidad el art.4.2 de la ley 26636 se refiere solo a la impugnación del despido, sin hacer alguna discriminación o indicación entre paréntesis que excluya a la reposición. Es necesario analizar, con respecto a la sentencia base de este pleno, que no parece que nuestro Tribunal Constitucional dirija las demandas por despido fraudulento a un callejón sin salida, cuando su intención justamente fue derivar la reposición por despido fraudulento que requiera exigencias probatorias a la vía ordinaria. c) Tercera Etapa: La NLPT y la reposición en blanco: A raíz del Pleno Regional Laboral del 2009 se han dado criterios uniformes que influyeron de cierta manera en la práctica judicial. Lamentablemente por no ser obligatorio el pleno, se generaron diferencias en la práctica. Así en Chiclayo, el despido nulo siguió siendo la regla; en Trujillo se continuó con la práctica notable de invocar el precedente Bailón Flores, y encausarlo vía proceso ordinario en virtud de la fuerza normativa que emana del precedente de nuestro Tribunal a derechos de la naturaleza universal, sino que conlleva como resultado la pérdida de la solidaridad y los vínculos de cohesión social. d) El Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 2012 – Reposición definitiva para la vía ordinaria: En él se decidió la procedencia de la reposición por despido fraudulento, y por despido encausado, en la vía ordinaria, para los dos leyes procesales en las cuales son: La Ley 26636, la decisión se basó en el precedente vinculante del caso Bailón Flores, el cual derivaba las causas controvertidas a la vía ordinaria, por tener una adecuada etapa probatoria, además de la necesidad de no desatender el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo los jueces ordinarios los primeros guardianes de la constitución. Y la Nueva Ley Procesal de Trabajo ley 29497 por las características del procedimiento abreviado que está basado en la rapidez, en las medidas cautelares inmediatas, doble instancia y casación, tutela restitutoria las cuales hacen del mismo una vía tan, o más efectiva que la del amparo.

Huamán (2012) en Perú, investigo “El proceso de amparo como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales” llegando a las siguientes conclusiones: a) amparo es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos fundamentales sustantivos y procesales. b) La protección del amparo sobre los derechos fundamentales procesales ha sido el resultado de una evolución

histórica que partió desde las Constituciones del siglo XIX hasta las del siglo XX, avizorando en estas últimas la incorporación de textos que reconocían la protección de los derechos procesales. Es por tal motivo que la Constitución Política de 1993 reconoce su tutela en el artículo 4 c) En lo que a experiencias comparadas respecta, debe destacarse al Código Procesal de Tucumán, el que, si bien tiene su alcance local, fue el primer cuerpo normativo de esta naturaleza en el continente. A su vez, debe destacarse la legislación argentina, colombiana y mexicana, las cuales desarrollan en extenso al proceso de amparo como mecanismo dirigido al resguardo de los derechos fundamentales de orden procesal. d) El contenido del artículo 4 del Código Procesal Constitucional ha sido respaldado por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional pues de los casos conocidos por el referido colegiado, este se ha valido para precisar el supuesto frente a los cuales se puede afirmar que tales derechos han sido vulnerados y, en consecuencia, recurrir al proceso de amparo. d) A efectos de establecer si, el contenido doctrinario relativo al proceso de amparo contra resoluciones judiciales es efectivo, se realizó una investigación sobre todas las resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional durante el mes de enero de 2009 sobre demandas de amparo interpuestas contra resoluciones judiciales. El resultado de la misma fue que solo el 10% eran estimadas, siendo que el 90% eran desestimadas generalmente porque el tribunal Constitucional advertía que en la demanda no se apreciaba circunstancia alguna que revelara la afectación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos procesales cuya tutela se solicitaba.

En Chile, Torrivilla A. (2005), en la Tesis “La ejecución de las decisiones dictadas en ocasión del procedimiento de reenganche del trabajador aforado: Una respuesta de mundialización”. En cuanto al proceso de Amparo que si bien es cierto es una vía expedita para lograr el restablecimiento de la situación jurídica con ocasión del despido al trabajador aforado, no es menos cierto que no puede considerarse una vía idónea para resolver conflictos de intereses creados a partir del despido, dado que el recurso de amparo como tal, se considera como un recurso extraordinario, previsto para aquellos casos en los cuales la vía ordinaria no establece mecanismos de tutela en derechos constitucionales, de igual manera es un procedimiento que solo permite obtener una tutela temporal y no definitiva del derecho vulnerado por cuanto la legalidad o la ilegalidad del acto siempre será objeto de revisión a través de los órganos del Amparo por Despido Fraudulento, y finalmente por cuanto el recurso de amparo no está previsto para crear título a favor de persona alguna, sino que sus efectos son meramente restablecedores.

Pineda (2012) en Perú investigo: “La procedencia de una acción de amparo contra lo resuelto en otro proceso de amparo”. de donde finiquito que: a) Los procesos constitucionales gozan de una particularidad que la hacen diferente en si a un procedimiento ordinario y este es que sea un proceso rápido, de protección urgente, que determine si efectivamente existe una vulneración o amenaza cierta de vulneración al derecho constitucional alegado por el justiciable, a través claro está, de un recurso sencillo; b) La rapidez y sencillez que caracteriza, más en la teoría que en la práctica a los

procesos constitucionales como tutela urgente de derechos, son la clave que garantizan la efectividad de los procesos constitucionales en la determinación de la vulneración del derecho constitucional alegando; sin embargo, cabe preguntarse ¿qué ocurre cuando en un proceso constitucional ha concluido con resultados favorables para el justiciable de la causa constitucional? y luego vea con gran decepción que existe un nuevo proceso constitucional donde sea él quien actúe ahora como parte demandada, nuevo proceso el cual tendrá como único objetivo, porque se deje sin efecto lo resuelto en el anterior proceso constitucional, es decir, se pretenda la nulidad de la referida resolución firme (con supuesta calidad de cosa juzgada).

Gayes (2006) en Colombia, investigó *-Principios del derecho laboral y la seguridad social en Colombia*”, teniendo las siguientes conclusiones: a) La distancia entre las normas y la realidad imperante genera espacios aptos para la aplicación del derecho fundado en principios, lo cual puede generar censura hacia las facultades omnímodas de los aplicadores del derecho, b) Los principios sirven de límite a la arbitrariedad del legislador, del juez y del administrador público y privado, en la medida en que todos ellos están en la obligación de respetarlos, evitando que, en un momento dado, se sacrifique la finalidad y el sentido de los derechos sociales por el apego irrestricto a las reglas, c) La revisión jurisprudencial permite identificar los principios más sensibles en el país en el mundo del trabajo sin que ello niegue o se oponga a la existencia de otros, que pueden estar en construcción como el de solidaridad y el del equilibrio financiero, que generarán nuevas ponderaciones y decisiones judiciales. Así como tampoco se opone al uso simultáneo de más de un principio al momento de resolver situaciones fácticas. d) De lo antes expuesto se colige que el principio de confianza legítima en materia pensional se fundamenta en el principio general del derecho de la buena fe y que significa la conservación de aquellas expectativas próximas a consolidarse o que encuentran respaldo en la conducta inequívoca de la entidad encargada del Sistema Pensional. e) Este principio vincula a los servidores públicos y particulares para obrar con la mayor diligencia y probidad, evitando todo daño o vulneración de los derechos fundamentales, f) Es así, que este principio como argumento normativo ha impedido que las instituciones y entidades encargadas de reconocer y pagar una pensión suspendan de un momento a otro el pago de las mesadas pensionales, o que simplemente, no se cumpla con la palabra dada y el respeto del acto propio, negando pensiones que por derecho se tiene.

Córdova Luis (2009) *“El amparo como proceso protector”* señala que el proceso ordinario nos facilita recoger tres aspectos adicionales presentes en el proceso de amparo que son: i) pronta ejecución de las sentencias firmes; ii) configuración de cosa juzgada sólo en los casos de decisiones finales que se pronuncien sobre el fondo; y iii) existencia de una tercera instancia (por ejemplo, alguna sala de la Corte Suprema) en caso en la segunda instancia se haya denegado al reclamante su demanda. En cuanto a lo primero, consideramos que la prontitud en la ejecución de las sentencias firmes (dictadas en el proceso ordinario antes referido) debería expresarse, tal como sucede con las

sentencias de amparo, a través de dos elementos: i) plazo razonable, pero corto, para el cumplimiento de las sentencias; ii) ejecución prioritaria respecto de las sentencias emitidas por el mismo juez en otros tipos de procesos ordinarios.

Chajón (2008), en Guatemala, investigó “*La idoneidad y pertinencia de los medios de prueba en el proceso de amparo*” llegando a las siguientes conclusiones: a) En la práctica los medios de prueba que se proponen en el amparo en la mayoría de los casos no tienden a demostrar el agravio causado o la amenaza denunciada, circunstancia que hace que los mismos sean rechazados al momento de su proposición a efecto de evitar el retardo en su trámite y decisión, b) La mayoría de litigantes, dentro del proceso de amparo proponen como prueba las actuaciones o diligencias judiciales lo cual resulta innecesario, toda vez que las mismas por constituirlos antecedentes del amparo por imperativo legal deben tenerse a la vista por los tribunales para su examen, análisis y valoración, c) De la investigación realizada se concluye que no todos los medios de prueba son aplicables en un proceso constitucional de amparo o bien que sean los idóneos y pertinentes para demostrar el agravio denunciado, d) En materia de amparo la prueba idónea y pertinente es la documental que tiende única y exclusivamente a corroborar las aseveraciones del amparista frente al agravio o la amenaza de agravio de sus derechos fundamentales que pretende se le mantenga o se evite que sean violados, e) Con base en la encuesta realizada se estableció que la mayoría de profesionales del derecho no se concretan a proponer prueba idónea y pertinente en el proceso de amparo, sino ofrecen y proponen prueba como si estuvieran frente a un proceso que se ventila en la jurisdicción ordinaria, f) Dentro del proceso de amparo las partes proponen pruebas que resultan inidóneas e impertinentes, en cuanto a la pretensión de su acción lo cual provoca un retardo en la agilización del procedimiento de amparo; incumpliendo con los principios de celeridad y economía procesal.

2.2. BASES TEÓRICAS

En este punto se desarrollarán las Instituciones Jurídicas Procesales relacionados con las sentencias en estudio.

2.2.1. LA JURISDICCIÓN

2.2.1.1 Definición de jurisdicción

La jurisdicción es la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo por requerimiento de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a ellos en la actuación de la norma que tutela aquellos intereses, declarando el lugar de ello si existe cual es la tutela que una norma concede a un determinado interés, imponiendo al obligado, en lugar del derecho habiente, la observancia de la norma, y realizando mediante el uso de su fuerza coactiva en vez del derecho habiente, directamente aquellos intereses cuya tutela legalmente se ha declarado cierta.

Jurisdicción proviene del latín *iuris dictio* que significa decir el derecho y alude a la función que asume el Estado, a través de los jueces y tribunales, de administrar la justicia, aplicando el derecho a

los casos concretos que se le presenten (Hervada, 2000). La jurisdicción es la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del estado y ejercida por un órgano especial, en este caso, por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, conforme señala Sánchez (2004).

Huamán (2007), determina que el estado sustituye por medio de sus órganos jurisdiccionales la actividad de los titulares de los intereses en conflicto eliminándole auto tutela, pero al mismo tiempo, otorgando al justiciable el derecho de acudir a ella, mediante la acción.

Tenemos además a Grados (2010) quien define a la jurisdicción como el poder- deber que ejerce el estado mediante los órganos jurisdiccionales, buscando a través del Derecho resolver un conflicto de interés, una incertidumbre jurídica o imponer sanciones cuando se hubiera infringido prohibiciones o incumplido exigencias u obligaciones.

Por otro lado, Osorio (2012) refiere que es la administración del derecho, la acción de administrar el derecho, no de hacerlo, es pues la función específica de los jueces, también es la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de materia, territorio, sí se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le esta atribuido.

Para Giuseppe Chiovenda (1989) la jurisdicción es: "la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la substitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente"

2.2.1.2 Jurisdicción Constitucional

La jurisdicción constitucional, es un tema novedoso, toda vez que mediante esta figura se reconoce una jurisdicción especial, estudios que han llegado a nuestro país, en ese sentido García (1994) sostiene que:

La jurisdicción constitucional es aquella parte de nuestra disciplina que, teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental.

Por su parte, Rubio (1994) explica que dentro de la jurisdicción constitucional —es donde se ejerce la actividad del control constitucional. Por ende, viabiliza la utilización del conjunto de procesos que permiten asegurar la plena vigencia y respeto del orden constitucional, al cual se encuentra sometido toda la normatividad que emane de los poderes constituidos y la conducta funcional de sus apoderados políticos.

Para Kelsen, (1998), quien es el autor del primer estudio sistemático sobre la jurisdicción constitucional en su obra *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, donde fundamenta y desarrolla en forma sistemática la existencia de una jurisdicción constitucional concentrada y especializada. El valor jurídico de la constitución es la presencia de un órgano encargado de velar por su supremacía

Por su parte, Belaunde, (1998) nos dice que se acostumbra denominar como jurisdicción constitucional, al:

Conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución sea en su aspecto orgánico o el dogmático. Destaca la importancia del control constitucional frente de las leyes y la defensa de los derechos fundamentales, el poder sólo es legítimo sí se compromete con el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

Lucas Murillo de la Cueva (1989) dice que la jurisdicción constitucional solo cobra sentido pleno en el seno del Estado Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes gobernados; el eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado: el asegurar el sometimiento de este derecho; y, el velar por la afirmación de los derechos de la persona

Eduardo Cifuentes Muñoz (1996), refiere que la jurisdicción constitucional colombiana tiene carácter mixto: -En realidad, la defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y difuso, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. Puede, sin embargo, afirmarse- aunque no se desconoce la polémica que encierra el aserto - que la presencia de la Corte Constitucional y el peso y significado de sus atribuciones, en la práctica, han hecho que el aspecto difuso del modelo ceda, sin naturalmente perder toda su importancia, cierto predominio, a favor de los elementos derivados del modelo concentrado.

Abad. (2001) indica que. -el Título V del texto de 1993, denominado al igual que la Carta de 1979 —De las Garantías Constitucionales, diseña el modelo de Jurisdicción Constitucional vigente.

Además, el artículo 138 regula el sistema difuso en el capítulo sobre —Poder Judicial.

2.2.1.3 Principios aplicables en el proceso constitucional

De acuerdo al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los siguientes principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales.

A. Principio de dirección Judicial del proceso

Según el Código Procesal Civil (1993), art. II del Título Preliminar: este principio establece que la dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en dicho código.

Monroy, (.1996) señala que:

El juez civil es el director del proceso, en tal virtud, debe presidir las audiencias que se realicen en los procesos en que sea competente, al hacerlo, no solo debe estar atento a las discusiones sobre la pretensión resistida, sino además debe hacer suyo todo tipo de información que se filtre en el iter de las audiencias. Entonces, coloca al juez civil como un mero aplicados de la ley es reivindicar como actual una concepción de la función puramente protocolar del juez, ya sepultada en la doctrina."

Al respecto, Sagástegui, (2010) expone que este principio consiste en la intervención activa del juez en un conflicto sometido a su jurisdicción, garantizando que el proceso sea resuelto en el menor tiempo posible.

En palabras de Aléala Zamora y Castillo (2009);

Brinda una solución intermedia -entre el Juez-espectador y el -Juez- dictador, a través de la figura del -Juez-director del Proceso. De esta manera como explica Ariano, el Juez, se convierte - en un sujeto activo tanto en aspecto formal del Proceso como en relación a lo sustancial, es decir, en un protagonista del mismo.

Que, a mayor abundamiento el Tribunal Constitucional señalo, que; -el principio de dirección judicial del Proceso delega en la figura de juez constitucional el poder- deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta (expediente N° 2876- 2005).

Además, en cuanto a este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que; -El principio de dirección judicial del proceso se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simplemente pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor (expediente N° 0005-2005).

Según este principio, el juez es el encargado de dirigir e impulsar el proceso y deberá hacerlo de conformidad con el Código Procesal.

Por otra parte, el principio de dirección judicial del proceso delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta (N.º S76-2005-11C/TC FJ 23).

B. Principio de Gratuidad

Según lo previsto en el inciso 16º del artículo 139 de nuestra constitución establece que se expone que el principio a la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos, y, para todos, en los casos que la ley señala, Sagastegui, (2003) sobre este principio expone que:

Mediante este principio las personas que acrediten la insuficiencia de recursos para acceder a la justicia, deben ser exoneradas de pagos. Es decir que los procesos no están sujetos a pagos de tasas judiciales, siendo así que el actor del proceso constitucional queda librado de pago de costas y costos.

Al respecto, este mandato se traduce en asegurar a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito. (Mesinas, 2008).

Esto permite que las partes no puedan hacer uso indiscriminado de todo el aparato judicial para llevar adelante un proceso que a las finales resulte improcedente. (Camelutti, 1952)

El tribunal Constitucional, señala que el principio de la gratuidad del servicio de justicia, prescrito en inciso 16 del artículo 139, de la Constitución Política, es una garantía normativa que supone la exoneración de toda tasa judicial o carga impositiva de algún tipo en aquellos casos que sea necesario la expedición de copias de los actuados para la formación de cuadernos incidentales, de un expediente tramitado en la vía penal, o en los que por la naturaleza del propio derecho se solicita la expedición de copias certificadas. (Sent. N° 01812-2005-IIC/TC).

En ese sentido, Bardelli (sí), señala: "Conforme a este principio, los procesos constitucionales están exonerados del pago de tasas judiciales".

Por su parte, Mesinas (2008), afirma que, este mandato se traduce en -asegurar a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito.

En suma, la gratuidad en el acceso a la justicia o para interponer medios impugnatorios allí donde se encuentra constitucional o legalmente previsto forma parte del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. (Sent, N° 1606-2004-AA/TC).

C. Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva

Según Couture (2002):

El proceso en sí, es un instrumento de tutela de derecho; y se realiza por impela, de las disposiciones constitucionales. Está consagrada en la mayoría de las constituciones del siglo XX, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal es necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana de las garantías a que ella se hace acreedora.

Este principio está previsto y reconocido en todas las Constituciones modernas: Gonzales (2001) indica el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho.

Respecto a la tutela jurisdiccional efectiva, es aquel por el cual una persona como integrante de la sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o la defensa de sus derechos intereses, con sujeción a que sea atendida a través de un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización. (Martel,2003).

Así mismo, Sar (2006): define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se presentan su derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, de probar, de defensa, al contradictorio y a la igualdad sustancial en el proceso.

Sin embargo, este derecho, como señala Priori, "es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformada por una serie de derechos que determinan su contenido" (Priori. 2003). Tal y como lo menciona el distinguido procesalista, este es mi derecho que está conformado a su vez por distintos derechos particulares que cuentan a su vez con diversos principios; una larga lista de estos derechos se encuentra en la sentencia N° 0023-2005-PI/TC del Pleno del Tribunal Constitucional, que señala a este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso como garantía procesal y derecho fundamental de la Constitución; El Tribunal Constitucional clasifica estos derechos en los derechos Constitucionalmente reconocidos entre los cuales encontramos el derecho a la motivación, el derecho a la publicidad, el derecho a la pluralidad de instancia, entre otros; y las garantías de naturaleza procesal reconocidas por su jurisprudencia constitucional como el derecho a un juez imparcial e independiente, el principio a la igualdad procesal de las partes, el derecho de libre acceso a la jurisdicción, entre otros.

Mientras tanto Monroy Gálvez (1994), considera que:

Todo sujeto de derechos, sea persona natural o jurídica, concebido, patrimonio autónomo, órgano constitucional autónomo, órgano público despersonalizado o cualquier otro

sujeto a quien el sistema jurídico le concede calidad de parte material dentro de un proceso puede solicitar la intervención del Estado, en mérito a contar con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de éste".

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo. Constituye la manifestación concreta de porque la función jurisdiccional es además de un poder, un deber del Estado, ya que éste no puede excusarse de conceder tutela a todo el que se lo solicite.

(Rioja, s.f.)

En cuanto a Martel y Alfonso (s.f.) describen que: -El derecho a la tutela jurisdiccional "es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas".

Por su parte, Ticona (1999) lo conceptualiza como: "El derecho tutela jurisdiccional no solamente es un derecho procesal civil derecho procesal, sino que es esencialmente un derecho humano, un derecho fundamental. Hay quienes como Mauro Cappelletti y Bryant Garth sostiene que el acceso la justicia es el más importante de los derechos humanos, cuando nos dice: Claro está que el reconocimiento de la importancia del acceso efectivo a la justicia no tendría sentido si no se proporcionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente. De ahí que deba tenerse al acceso a la justicia como el principal -es más importante de los derechos humanos- en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar el derecho de todos. Sin embargo, el procedimiento no está suspendido en el vacío. Los juristas tienen que admitir que las normas procesales cumplen también una función social: que ellos, aunque permitan interpretaciones diversas, con mayor o menor amplitud, influyen en la aplicación del derecho sustantivo, beneficiando a alguien, y se proyectan, por tanto, socialmente, y eso mismo hace que los jueces no se limiten a solo dirimir conflictos de intereses individuales".

D. Principio de Pluralidad de Instancia

Al respecto Chanamé Orbe, (2009) expone:

(...) constituye una garantía con sustancial del derecho al debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisada por un órgano funcionalmente superior; y de esta manera se permita que lo resuelto por aquél, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento.

Desde una perspectiva histórica el profesor Julio Geldres Bendezú (2000), considera que:

su génesis se remonta a la decisión adoptada por el cónsul romano Publio Valerio aproximadamente unos 450 a. C. Al respecto dicha autoridad más conocida como "Publico

la" que significa amigo del público concedió a todo ciudadano condenado a muerte o a la flagelación, el derecho de apelar ante la Asamblea.

Para García Toma (s/f),

La instancia se entiende como una de las etapas o grados del proceso. En pluralidad, se trata del ejercicio del derecho al recurso impugnatorio. Así, lo que resulta cautelado las decisiones de los jueces y tribunales, una vez terminada una etapa del proceso, pueda ser objeto de una ulterior revisión que tiene en cuenta su actuación y el fallo. La pluralidad de instancia permite que una resolución sea vista en una segunda y hasta en una tercera instancia. Es decir, existe la posibilidad de que un error, deficiencia o arbitrariedad contenida en una resolución expedida por un órgano jurisdiccional de instancia menor, pueda ser subsanado" (p. s/f).

La instancia plural es además una seguridad para el propio juez, ya que los fallos de resultar correctos habrán de ser corroborados por el superior jerárquico. En cambio, si las decisiones son equivocadas como consecuencia de la existencia de cualquier tipo de deficiencia o insuficiente interpretación de la ley, dicho superior habrá de enmendadas.

La Comisión Andina de Juristas considera (1997), que: "Implica la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió. Esto obedece a que toda resolución es fruto del acto humano, y que, por lo tanto, puede contener error, ya sea en la determinación de los hechos o en la aplicación del derecho, los cuales deben ser subsanados".

En el ámbito Jurisprudencial; se expone; la independencia del Juez no sólo hay que protegerlo del Poder Ejecutivo sino, también, de las cuestiones que se dan en el interior del mismo Poder Judicial, es decir, debe garantizarse al interior de la estructura misma de la cual el juez forma parte, e incluso respecto de los tribunales orgánicamente superiores, a lo cual se denomina: independencia funcional (...). (Exp. 0023-2003- AI/TC)

La pluralidad de instancia consiste en la intervención de un órgano revisor, que no es para toda clase de resoluciones (decretos, autos o sentencia), sino que la doble instancia es para que el proceso (para la sentencia y algunos autos), pueda recorrer hasta dos instancias, mediante el recurso de apelación. Su ejercicio está regulado en las normas procesales. (La casación no produce tercera instancia) (Ticona,1999). Asimismo, que independencia del Juez no sólo hay que protegerlo del Poder Ejecutivo sino, también, de las cuestiones que se dan en el interior del mismo Poder Judicial, es decir, debe garantizarse al interior de la estructura misma de la cual el juez forma parte, e incluso respecto de los tribunales orgánicamente superiores, a lo cual se denomina: independencia funcional.

(Chanamé, 2009).

E. Principio de Economía Procesal

En opinión de Serra, (1998) dicho principio exige, entre otras cosas, que se simplifiquen los procedimientos y se delimite con precisión el litigio; que sólo se admitan y practiquen pruebas que sean pertinentes y relevantes para la decisión de la causa; y que se desechen aquellos recursos e incidentes que sean notoriamente improcedentes.

Por su parte Sagástegui, (2003), expone que este principio guarda relación con el ahorro de tiempo, esfuerzo y dinero. Los procesos constitucionales deben de llevarse en el menor tiempo posible. Este principio está estrechamente vinculado a la seguridad jurídica, de lo contrario se constituye la justicia en una institución retrograda con perjuicios para el justiciable.

Huamán, (2010) precisa que, implica tratar de plasmar las instancias del proceso laboral en el mínimo de secuencias, las suficientes para dar las garantías necesarias, pero también para no prolongar en exceso la duración del mismo pues podría darse el caso que el transcurso de varias instancias pudiera perjudicar la resolución final de la materia sometida a controversia.

A su turno Zavala, (2011), indica que se trata de concentrar la actividad procesal en el menor número de actos para llegar a una solución que evite la dispersión, de allí que los medios de prueba que las partes aportan se concentran en una sola oportunidad con la finalidad de generar un ahorro de tiempo y de esfuerzo.

Morales Godo (1996), citando a Chioventa, refiere que lo consideró como uno de los dos principios columnas de los procesos, basado en la utilidad que presta al desarrollo de los mismos.

Castillo & Sánchez (2010), citando a Gozaine refieren que afirma que el principio de economía procesal tiene como objetivo lograr (...) un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidad que se consigue poniendo el acento en la conducta a observar por las partes en la simplificación que estructure el procedimiento.

Para Monroy Gálvez (2009), el principio de economía procesal es mucho más trascendente de lo que comúnmente se cree. De hecho, son muchas las instituciones del proceso que tienen como objeto hacer efectivo este principio. Es el caso del abandono o de la preclusión, por citar dos ejemplos.

Según Couture. (1988), el principio de economía procesal surge del convencimiento de que -el proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso.

F. Principio de Socialización del Proceso

El código procesal civil (1993) señala que el principio procesal de socialización del proceso se encuentra consagrado en el artículo VI del título preliminar del código peruano de 1993, el cual establece que el Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política económica, afecte al desarrollo o resultado del proceso. El código de los niños y adolescentes establece que para la interpretación y aplicación de este código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo.

Del mismo modo Gozaini, (1996) puntualiza que:

En el trámite procesal ambas partes deben tener iguales derechos y posibilidades, lo que se conoce como igualdad de armas, es decir, el equilibrio prudente entre las razones de las partes dando igual oportunidad a ellas para demostrar sus convicciones. La idea está en quitar espacio a la inferioridad jurídica, sin conceder a unos lo que a otros se niega, en igualdad de circunstancias.

Este principio faculta al juez a impedir que las desigualdades entre las partes no se reflejen al final de un proceso injusto. En tal sentido, el juzgador no quedado atado a la actuación de las etapas procesales conforme a la voluntad de las partes, porque en muchos casos en ella depende muchos factores, como la capacidad económica, la calidad técnica del abogado que se contrata o la actuación de pruebas costosas. En conclusión, este principio se basa en el que el juez debe. Tratar y respetar a todas las personas que son parte de un proceso por igual, sin distinción de raza, nivel socio-económico, relación, etnia, etc. (Sagastegui, 2003)

Según García, (2005), es uno de los más trascendentes tanto en el proceso civil como constitucional, y tal vez sea uno de los menos usados hasta la fecha por el Juez peruano.

Sin embargo, se tiene la esperanza de que en sede constitucional el empleo de la norma sea mayor. Lo que ésta regula es la facultad concedida al juez de intervenir en el proceso a fin de evitar las naturales desigualdades en que concurren los litigantes. Sobre este principio, Bardelli (s.f).de acuerdo con este principio, "el juez debe evitar la desigualdad entre las partes que puedan afectar de alguna manera el desarrollo o resultado de proceso".

Este principio impide que pueda afectarse un derecho subjetivo que garantiza el trato igual de los iguales y el desigual de los desiguales. En ese sentido evita que pueda existir algún tipo de discriminación, sea por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica. Por ello debe entenderse a la igualdad como un principio-derecho que sitúa a las

personas, en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Lo que involucra una conformidad o una identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. En ese sentido se pronuncian nuestros jueces señalando que: —El principio de igualdad de las partes en el proceso, no es otra cosa que una expresión particular del principio, esencialmente político, de igualdad de los individuos ante la ley". (CAS. N° 626-97- Ancash, El Peruano, 15-10-1998).

Gozani, O. (1996), al respecto señala que "En el trámite procesal ambas partes deben tener iguales derechos y posibilidades, lo que se conoce como igualdad de armas, es decir, el equilibrio prudente entre las razones de las partes dando igual oportunidad a ellas para demostrar sus convicciones. La idea está en quitar espacio a la inferioridad jurídica, sin conceder a unos lo que a otros se niega, en igualdad de circunstancias."

G. Principio de Inmediación

Siguiendo a Sagástegui, (2003), afirma que debe de haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obren en el proceso, los hechos que en el deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. El acercamiento espontáneo del juez a las partes para recibir de ellas mismas su versión de los intereses en litigio es lo que se llama intermediación subjetiva. En tanto, que el contacto directo del juez con los instrumentos legales que guardan íntima relación con el proceso, se denomina intermediación objetiva.

De este modo, el principio de intermediación exige que el juez que pronuncia la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de donde extrae su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos, y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos. (De Miguel y Alonso, s.f.). Huamán (2010) por medio del cual resulta imprescindible que el juez tenga la mayor cercanía posible con todos los elementos que le permitan llegar a la resolución de la materia controvertida. La forma que se evidencia este principio se produce por medio de la dirección que hace el juez de las audiencias.

Para Zavala, (2011), es un principio de naturaleza activa mediante el cual se busca que el juez, como director del proceso, tenga una cercanía que lo involucre al proceso pues no admite que pueda delegar su función en cualquier otro funcionario, lo que se castigaría con la nulidad de lo actuado. El conocimiento directo de los hechos le permitirá al juez las opiniones más adecuadas para decidir en el caso concreto de acuerdo con la legislación vigente ya que estará en condiciones de acceder y

poner mérito a todos los documentos y actuaciones de las personas que intervienen en el proceso. Por eso es que el juez debe dirigir las diferentes audiencias que se desarrollan durante el proceso.

Por su parte, Bardelli (s.f), establece: "(...) Todas las actuaciones se realizan ante el juez, esta función es indelegable bajo sanción de nulidad".

De otro lado, Mitre, (2006), alega que:

El principio de intermediación procesal implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima Compenetración de los intereses en juegos a través del proceso y de su objetivo litigioso.

Camón Lugo, (2007), "permite al Juez una mejor valoración de los medios probatorios actuados. Es por ello que nuestro Código Procesal Civil regula que el juez que inicia la audiencia de prueba debe concluir el proceso, entendiéndose que el deberá sentenciar la causa (Artículo 50° último párrafo, CPC).

2.2.1.4 Competencia

a. Definición de Competencia

Así mismo, Rocco (1969), destaca que: Es la distribución y atribución de la jurisdicción entre los distintos jueces. Agrega este mismo autor que la competencia es -aquella parte de la jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios, a través de los cuales las normas procesales distribución la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella.

Pata Torres (2008) es un presupuesto de la relación procesal, de modo que. si es incompetente para conocer el caso concreto sometido a su autoridad, dicha relación procesal no nace; que las reglas de la competencia por razón del grado son absolutas, porque sustenta una división de funciones que afectan al orden público, de ahí la necesidad de estar inequívocamente establecida en la Ley.

Asimismo, Zumaeta (2008) señala:

Se trata de la facultad que tiene un juez para la administración de justicia en los casos específicos bajo los parámetros de territorio, materia, función y cuantía. Por eso se dice que -si la jurisdicción es el poder jurídico que tiene el juez de administrar justicia, la competencia es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en caso determinado.

Osorio, (2012) Atribución legítima a un juez u «otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto. Couture la define como medida de jurisdicción asignada a un órgano del poder judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por «razón de la

materia, de la cantidad y del lugar. Las llamadas cuestiones de competencia se ocasionan cuando dos de ellos creen que les pertenece entender en asunto determinado.

Hinostraza, (1997), expresa que la competencia significa la facultad el deber de ejercicio de la jurisdicción, según sarmiento el requisito de la competencia exige, para el valido desarrollo de un proceso no solo que intervenga un órgano perteneciente la orden jurisdiccional al que este legalmente atribuida la materia en litigio, sino además que este órgano sea entre todos los órganos jurisdiccionales el que tiene asignado frente a los demás el conocimiento del asunto.

La competencia es la distribución de la jurisdicción entre diferentes órganos de ésta, dado que no es posible que un solo tribunal o muy pocos de ellos puedan hacerse cargo, por ejemplo, de todas las materias, en todos los lugares del país. O bien, que en un solo tribunal estén dos instancias, una inferior y otra superior.

Ramos (1997), la competencia es la porción de jurisdicción que cada juez o Tribunal ejerce y los limites dentro de los cuales la puede ejercer, es la medida de la jurisdicción de un Tribunal y una ulterior concreción de la garantía del juez natural. Luego Zavala (2011), señala que debe tenerse en cuenta que se trata de la facultad que tiene el juez para la administración de justicia en los casos específicos bajo los parámetros de territorio, materia, función y cuantía.

b. Determinación de la competencia en el proceso judicial en estudio

Conforme lo establece el Artículo 51 ° de la ley N° 28237, que es aquella que contiene el Código Procesal Constitucional es competente para conocer del proceso de amparo el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

El juez competente para conocer la Acción de Amparo es el juez civil, de conformidad con lo establecido por la ley N° 28237 Código Procesal Constitucional, Artículo IV Órganos Competentes. Los procesos constitucionales son de conocimiento del poder judicial y del tribunal constitucional, de conformidad con lo dispuesto r la constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente código. En el presente caso de estudio sobre proceso de amparo, por despido fraudulento la competencia le correspondió al Juzgado Civil de Piura.

2.2.1.5 Acción

2.2.1.5.1 Definiciones

El derecho a la acción está consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política, al establecer esa norma la posibilidad de recurrir a las instancias judiciales en búsqueda de justicia, la cual, según el precepto, debe ser -pronta y cumplida.

Dice Vescovi (1984), que para que el Estado pueda ejercer la función de resolver los conflictos (jurisdicción) es necesario que el(la) individuo(a) lo pida y es precisamente esto lo que se denomina acción, es decir, -el poder de reclamar la tutela jurisdiccional. En la doctrina moderna; el término acción tiene tres afirmaciones fundamentales: es un derecho autónomo, abstracto y público (Mantel, 2003).

- Es un derecho autónomo; porque es independiente del derecho subjetivo (a pretensión), que se reclama en el proceso.
- Es un derecho abstracto; porque pone en marcha o insta el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales a través del proceso. Por eso se dice, que la acción lo poseen todas las personas por la sola condición de ser personas, ya sea que tengan razón o no, así obtengan una sentencia favorable o no.
- Es un derecho público; porque no se dirige contra la parte contraria, sino contra el Estado representado por el Juez.

Por su parte Fairén (1990) nos dice que la acción es -el derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado; se trataría de un derecho público subjetivo procesal; de un derecho cívico'; se trata, en efecto, de un derecho comprendido entre los derechos del hombre, del ciudadano...; en fin, es un derecho cívico.

Para K.Lewin (1946), lo define; como un proceso de investigación, orientando al cambio social, caracterizado por una activa y democrática participación en la toma de decisiones.

Echandia (s/f), define la acción como el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante sus sentencias, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso.

Chiovenda (1922), define la acción como "el poder jurídico de dar la vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley". Dice, además, "La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está, simplemente, sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, según que la voluntad de la ley cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública.

Savigny citado por Bautista Toma (2007), señala que -el derecho de acción no es sino el derecho a la tutela judicial que nace de la lesión a un derecho subjetivo material.

2.2.1.5.2 La Acción y la pretensión.

La acción propiamente dicha o el derecho abstracto de acción se materializan por medio de la pretensión. Esto es, cuando la persona ejerce el derecho de accionar lo hace por medio de una pretensión. La pretensión es, entonces, el contenido de la acción, esta se materializa por medio de una demanda, y en materia penal por medio de una acusación, denuncia o parte policial (Chiovenda, 1922).

Siguiendo con el concepto genérico de pretensión, se ha dicho por parte de Guasp, que es -una declaración de voluntad, en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración (Sacre, 1986).

La acción solo puede ser ejercida ante los órganos jurisdiccionales, mientras que las pretensiones pueden ser hasta extraprocesales, derivadas de peticiones entre las partes en conflicto que suponen la auto tributación del derecho material (Davis, 1961).

Según Alcalá (2002), la acción es considerada desde un punto jurídico, es tal medio de promover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos intersubjetivos de intereses y derechos aparentes.

Carrión (2007) afirma:

La acción es un derecho público subjetivo, mediante la cual intervención del órgano jurisdiccional para la protección de un derecho también subjetivo, derecho éste que, hecho valer mediante la acción, constituye lo que llamamos pretensión procesal.

2.2.1.6 Pretensión

2.2.1.6.1 Definición de Pretensión

Elvito A. (2005), siguiendo a Rodríguez, (2005). Define a la pretensión, como la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio, puesto que la pretensión es una declaración de voluntad, pero no es ni supone el derecho subjetivo, la pretensión puede ser propuesta por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por lo tanto, puede ser fundada o infundada Azula (s/f), define la pretensión como el acto de voluntad de una persona, en virtud del cual reclama del Estado, por conducto de la jurisdicción, un derecho frente, o a cargo de otra persona.

Rengel (s/f), la define como el acto por el cual un sujeto se afirma titular de un interés jurídico frente a otro y pide al juez que dicte una resolución con autoridad de cosa juzgada que lo reconozca.

Para Camelutti, citado por Bautista Toma (2007), señala que la pretensión es —la exigencia de subordinación del interés ajeno al interés propio.

Sin embargo, Couture, citado por Bautista Toma (2007), señala que la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva.

Cabrera (2006) sostiene que es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distintas del autor de la declaración.

Vicente (2008) manifiesta que en el proceso contencioso se ha extendido que la pretensión se define como un acto emitido por el actor en ejercicio de su derecho de acción, que se interpone ante el órgano jurisdiccional pero que se dirige contra el adversario, y mediante el cual se solicita de dicho órgano que desarrolle una actividad frente a una persona determinada en relación con un bien de la vida. En el concepto, pueden distinguirse diversos elementos que configuran la pretensión, así los elementos subjetivos son el órgano jurisdiccional, cuya intervención se solicita y las partes: el actor de quien emana la pretensión y el demandado, frente a quien pretende. En nuestro proceso contencioso administrativo, el demandado es el órgano de la administración que realizó la actuación sometida a revisión jurisdiccional y concretamente, la parte demandada ha de ser alguno de los entes administrativos enumerados en **nuestra ley de la materia**.

2.2.1.6.2 Elementos de la pretensión

- Tienen mucha trascendencia práctica, ya que por medio de ellos se puede identificar claramente un proceso. Cuando hay coincidencia entre los tres se dice que se trata del mismo proceso. Con estos elementos cada proceso adquiere una individualidad. Estos son: el sujeto, el objeto y la causa.
- El sujeto es el elemento subjetivo de la pretensión; se refiere a las partes del proceso (actor(a) y demandado(a)). Cada una puede estar integrada por varias personas. La parte actora interpone la pretensión o presenta la demanda y el demandado(a) es contra quien se deduce o se presenta la pretensión.
- El objeto es el elemento objetivo de la pretensión; hace referencia a lo que se pide, lo que se reclama. Es la finalidad última por la cual se ejerce la acción. Dicho en otras palabras, es lo que la parte actora pretende que se declare en la sentencia; por ello solicita un bien de la vida. Ese bien de la vida que se pretende obtener podría ser el pago de un crédito, la devolución o entrega de un objeto o la realización de un servicio. No se debe confundir el objeto de la pretensión con el objeto que se quiere lograr con el resultado del ejercicio de la pretensión. Por ejemplo, lo que se pretende es recuperar el dinero, no la letra de cambio, o lo que se pretende es el desalojo, no la propiedad.

- La causa es el fundamento o título de la pretensión: -Consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor o actora asigna una determinada consecuencia jurídica... (Bacre), o sea, los hechos en los que el(la) actor(a) se fundamenta para pedir la aplicación de determinadas normas jurídicas. Por ejemplo, el incumplimiento contractual sería el hecho que sirve de causa para solicitar el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato conforme al artículo 652 del Código Civil.

Las pretensiones se clasifican según la clase de pronunciamiento que se presente (de conocimiento, de ejecución y precautorias); según el derecho que tiende a proteger (reales, personales y mixtas) y según la finalidad que persiguen (penales, civiles, laborales y administrativas).

Petitorio

Petitum o petitio La petición es la declaración de voluntad, integra el contenido sustancial de la pretensión, determinando los límites cuantitativos (acumulación de pretensiones) y cualitativos (naturaleza de la pretensión: declarativa, constitutiva o de condena) del deber de congruencia del fallo, la parte dispositiva de la sentencia (Vescovi, 2012).

Luciano (2006) afirma que el objeto de la pretensión lo constituye el determinado efecto perseguido (el derecho o la relación jurídica que se pretende o la responsabilidad que se imputa al sindicado) y por tanto, la tutela jurídica que se reclama.

El petitum es lo que se pide sea reconocido o declarado en la sentencia a favor del demandante. Se parte de la deducción jurídica del actor y se examina si de las circunstancias de hecho aducidas por él se puede extraer un determinado supuesto de hecho que corresponda con otro de la norma legal y permita la deducción de la pretendida consecuencia jurídica del supuesto de hecho adoptado.

(Herrera, 2010).

Causa o razón de pedir

La causa petendi es el fundamento histórico o de hecho de la acción, o bien los acontecimientos de la vida en que se apoya la pretensión, que no la justifican, sino que la acortan, esto es, la delimitan (Fix-Zamudio, 2001)

Hinostroza (1998) indica que son los hechos o material fáctico que sustenta la pretensión, es la configuración de hechos ocurridos en el pasado que generan la posibilidad de proponer la pretensión.

Los hechos también grafican más bien la situación de hecho (supuesto de hecho) por la cual se exige una consecuencia jurídica, concretamente por la aplicación de una determinada norma del ordenamiento jurídico. (Couture, 2002).

2.2.2 EL PROCESO

2.2.2.1 Definición del proceso

Primero debemos definir lo que es el derecho procesal, en ese sentido tenemos a Echandía (2006) para quien esta rama estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.

Priori (2011) menciona que el proceso es:

El instrumento a través del cual se solicita, se tramita y obtiene una respuesta jurisdiccional acerca de la protección de las diversas situaciones jurídicas de ventaja y la vigencia de los principios del ordenamiento jurídico.

Osorio, (2012) menciona que el proceso en sentido amplio equivale ajuicio, causa o pleito. En la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza.

Según Carnelutti (s/f), define al proceso como:

La suma de los actos que se realizan para la composición del litigio. El proceso es el conjunto de actos mediante los cuales se constituyen, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por parte, a través de una decisión del juzgado.

El proceso es, dicho de otra manera, el conjunto de actos sucesivos encaminados al dictado de una sentencia. Es el conjunto de actos dirigidos a un fin, a saber, la solución del conflicto, o la decisión de la pretensión mediante la imposición de la regla jurídica. Mientras que. el procedimiento es solo el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve hasta su finalización el proceso... el proceso es un conjunto de actos regulados mediante el procedimiento. (Véscovi, 1984).

Como afirma Véscovi (1984), el proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el Derecho Procesal, que establece el orden de los actos que se deben seguir para una correcta realización del ejercicio del poder jurisdiccional, puesto en marcha en virtud del poder de acción ejercitado por una de las partes.

Monroy (1990) define al proceso judicial como es el conjunto de actos jurídicos procesales, realizados por los elementos activos de la relación jurídico procesal, realizados por los elementos

activos de la relación jurídico procesal, con las finalidades de resolver el conflicto de intereses o acabar con la incertidumbre con la relevancia jurídica

Hinostroza (1998), por su parte, define el proceso contencioso administrativo está dirigido a solucionar en sede judicial y en forma definitiva, el conflicto jurídico surgido entre un administrado y una entidad administrativa con motivo de la posible vulneración de un derecho del primero, situación derivada de un acto de la referida entidad que tuvo lugar en ejercicio de potestades o funciones administrativas.

2.2.2.2 Funciones

A. Interés individual e interés social en el proceso. Monroy (1996) dice que, si el proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero con fines privados o públicos.

Por otro lado, Echandía (2006) lo considera como los conjuntos de actos que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del estado, para obtener mediante la actuación de la ley en caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretenden tener las persona privadas o públicas.

El proceso, es necesariamente teleológica, porque su existencia sólo se explica por su fin, que es dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción. Esto significa que el proceso por el proceso no existe. (Peña, 2009). Monroy (1990), el proceso surgió cuando el individuo fue despojado de la facultad de hacerse justicia por su mano, y cuando encontró en el proceso el instrumento idóneo, para obtener satisfacción de su interés legítimo mediante el acto denominado, sentencia proveniente de una autoridad.

La concepción sobre la naturaleza del proceso es, privada: el derecho. Sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido. (Cabrera, 2006).

El interés individual e interés social en el proceso, el proceso es necesariamente teleológico, su existencia sólo se explica por su fin, que es dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción, tiende a satisfacer las aspiraciones del individuo, que tiene la seguridad de que en el orden existe un instrumento idóneo para darle razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta. (Hinostroza, 1998).

B. Función pública del proceso.

El proceso, es un medio idóneo para asegurar la continuidad del derecho; porque a través del proceso el derecho se materializa, se realiza cada día en la sentencia. Su fin social, proviene de la suma de los fines individuales. (Couture, 2002).

El proceso es el medio adecuado que tiene el estado para resolver el conflicto reglado Por el derecho procesal que establece el orden de los actos para una correcta prestación de la actividad jurisdiccional mediante situaciones.

En la realidad, el proceso se observa como un conjunto de actos cuyos autores son las partes en conflicto y el Estado, representado por el Juez, quienes aseguran su participación siguiendo el orden establecido en el sistema dentro de un escenario al que se denomina proceso, porque tiene un inicio y un fin, que se genera cuando en el mundo real se manifiesta un desorden con relevancia jurídica, entonces los ciudadanos acuden al Estado en busca de tutela jurídica que en ocasiones concluye con una sentencia. (Romo, s.f.)

Ferrajoli (2010) ha calificado su establecimiento de la función pública en este proceso como la conquista más importante del derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecen de una tutela eficaz a través del proceso.

Personalmente, estimo que es correcta la denominación de Derecho Procesal Constitucional, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir sobre las garantías y no a preceptos constitucionales que se encuadran en el marco de la Constitución en forma estática. (Morales, 1998).

La función pública del proceso, como un medio idóneo para asegurar la continuidad del derecho; ya que a través del proceso el derecho se materializa, mediante sentencia, su fin social, proviene de la suma de los fines individuales. (Cabrera, 2006).

2.2.2.3 El proceso como garantía constitucional

Urteaga (1992), indica que cuando entra en vigencia la constitución de 1979, pues expresamente se consagra en el art. 240, dentro del capítulo correspondiente al poder judicial, que las acciones judiciales se pueden interponer contra cualquier acto o resolución de la administración que causen el estado, remitiendo a la ley pertinente para regular su ejercicio, la que deberá precisar los casos que las cortes superiores conozcan en primera instancia y la corte suprema en primera, segunda y última instancia.

Según Couture (2002) está consagrada en la mayoría de las constituciones del siglo XX, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal es necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora. Excepcionalmente son normas de índole privado lo que acontece con ciertos derechos que las partes pueden ejercer.

La doctrina constitucional ha tendido a coincidir en el cambio del término "garantía constitucional" por el más completo término de "proceso constitucional", basado en la noción de "Jurisdicción Constitucional" que postuló el jurista dividía la jurisdicción constitucional en tres campos: a) Jurisdicción Constitucional de la Libertad: formada por los procesos constitucionales cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas o "libertades". Entre estas garantías se encuentran el habeas corpus, la acción de amparo, el habeas data y acción de cumplimiento b) Jurisdicción Constitucional Orgánica: formada por los procesos constitucionales cuya finalidad es la protección de la estructura jerárquica normativa establecida. Entre estos procesos se encuentran la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la acción conflicto de competencias. C) Jurisdicción Constitucional Internacional: formada por los mecanismos internacionales que protegen los derechos humanos. (Capelletti; s.f.)

Chávez, (2011), Proceso constitucional es la expresión usada, en la doctrina constitucional, para referirse al proceso instituido por la misma constitución de un Estado, cuya finalidad es defender la efectiva vigencia de los derechos fundamentales o garantías constitucionales que este texto reconoce o protege, haciendo Efectiva la estructura jerárquica normativa establecida.

-Es un sistema de garantías constitucionales que salvaguardará los derechos y libertades de todos los ciudadanos, en aras a evitar situaciones de indefensión. (Sánchez, 2004).

Por su parte, Ortecho (2012), el debido proceso es el que se desarrolla conforme a la normatividad pre existente y a cargo de los magistrados designados por la ley. El debido proceso impide que un inculcado se le desvíe de la jurisdicción establecida previamente por la ley o se le someta a trámites y procedimientos distintos de los legalmente fijados, o que se le juzgue por tribunales creados especialmente, sea cual fuese su designación.

Monroy (1990) alega que el debido proceso formal, proceso justo o simplemente debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la constitución, es el conjunto de garantías que protegen a los ciudadanos sometidos a cualquier cuestión litigiosa, con el fin de asegurarles una cumplida y recta administración de justicia, en orden a procurarles seguridad jurídica y que las decisiones se pronuncien conforme a derecho.

Finalmente, Fix-Zamudio (2007) sostiene que el debido proceso es el conjunto de principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial para asegurar el justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado, por consiguiente, el debido proceso sería la plasmación de la tutela jurisdiccional efectiva.

2.2.2.4 El debido proceso formal

2.2.2.4.1 Nociones

Castillo, L. (2004), señala, el debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a Probar plazo razonable, etc.

Romo (2008), nos dice que el Debido Proceso constituye una respuesta legal, a una exigencia social, y por el mismo traspasa los límites de las expectativas de las partes para establecerse en una garantía fundamental que involucra un conjunto variable de situaciones (anhelos, expectativas, cargas, oportunidades) que deben guardar ciertos aspectos mínimos que estructuren un esquema jurídico determinado en la Constitución.

Según la opinión de grandes Debido proceso se completa con la revisión de las garantías judiciales que aseguran la observancia de los derechos y los principios, tales como la independencia Judicial, la exclusividad de la función judicial, la inamovilidad de magistrados, la Permanencia de los magistrados en el servicio, la igualdad de armas, la interdicción de la reforma peyorativa de la pena y la legítima defensa. (Landa, 2012)

Es un derecho fundamental, natural o humano que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente. El listado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional; sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial (Ticona, 1999).

Sobre el Debido Proceso, De Bernadis, Luis Marcelo: (...) son las garantías mínimas que requiere una persona para ser investigado o procesado (derecho de defensa, pluralidad de instancia, presunción de inocencia, etc.), en tanto la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho de la persona a que el Estado le proporcione una justicia idónea, imparcial y oportuna a sus demandas o pretensiones. Dentro de estos postulados el juez natural es una condición de lo predecible de una justicia imparcial. También se le conoce como -juicio justo o -proceso regulado es una garantía y derecho fundamental de todos los justiciables que les permite una vez ejercitado el derecho de acción, el poder acceder a un proceso

que reúna los requisitos mínimos que eleven a la autoridad encargada a resolverlo, a pronunciarse de manera justa, equilibrada e imparcial (Chanamé 2009, p. 432).

En ese sentido, el debido proceso en tanto derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas (Ore, 1996).

2.2.3 El proceso Constitucional

2.2.3.1 Definición de Proceso Constitucional

Denominamos procesos constitucionales a aquellos instrumentos que el ordenamiento jurídico provee para garantizar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales del país del que se trate, la competencia para resolver este tipo de procesos puede recaer en el Poder Judicial, en el Tribunal Constitucional o en ambos (Abad Yupanqui, 2008) Doctrinariamente, los procesos constitucionales han sido clasificados de distintas maneras, por ejemplo, Fernández Rodríguez (2007). señala que pueden ser típicos o atípicos. Así, desde esta perspectiva, los procesos constitucionales típicos serían aquellos que están conectados estrechamente con la naturaleza de la justicia constitucional, tal y como se ha ido perfilando históricamente.

Dependiendo, por tanto, entrarían en esta clasificación los procesos orientados a examinar la adecuación a la Constitución de las normas jurídicas de inferior jerarquía (ya sea que el control sea abstracto o concreto, a priori o a posteriori), los procesos que tienen por objeto la defensa de los derechos fundamentales y, finalmente, los procesos que garantizan la distribución vertical y horizontal del poder (Fernández Rodríguez, 2007)

Bustamante Reynaldo (2009) sostiene que el derecho fundamental es un proceso justo, supone la vigencia efectiva de los derechos al debido proceso adjetivo procesal conjuntamente con el denominado debido proceso sustancial o sustantivo, pues sólo la concurrencia de ambos otorga a los justiciables una verdadera oportunidad para formular sus pretensiones, exponer su defensa, impugnar, probar y obtener una decisión justa en forma oportuna, efectiva y diferenciada dentro de un plazo razonable, criterio con el cual compartimos.

Proceso Constitucional es la expresión usada, en la doctrina constitucional, para referirse al proceso instituido por la misma Constitución de un estado, cuya finalidad es defender la efectiva vigencia de los derechos fundamentales o garantías constitucionales que este texto reconoce o protege, haciendo efectiva la estructura jerárquica normativa establecida. (Abad, S. 1994).

El Proceso Constitucional puede concebirse como una secuencia de actuaciones, diligencias y trámites ordenados en etapas sucesivas bajo la dirección de un juez o tribunal, cuyo objetivo consiste en procurar el conocimiento de los hechos y pretensiones jurídicas, posibilitar la producción de las pruebas, resolver acertadamente la cuestión sometida a la decisión jurisdiccional y, en su caso, velar

por la ejecución de lo resuelto. En este sentido, es fácil advertir la unidad del proceso. No obstante, la diversidad de instancias, procedimientos y recursos que en él se den cita y su carácter de instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional. (Ríos, L. s/f)

En lo que respecta, el debido proceso Calamandrei Piero (2009) señala:

De acuerdo como venimos advirtiendo, para que sea efectiva la tutela jurisdiccional, se requiere de un proceso con garantías mínimas. Esta necesidad no lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; por mucha razón nos recordaba con preocupación: todas las libertades son vanas sino se les puede reivindicar y defender en proceso, si el individuo no encuentra ante sí jueces independientes, responsables y capaces. Este modelo procesal, diseñado sólo en sus líneas cardinales, debe ser formulado y reconocido en la Constitución

2.2.3.2 El proceso constitucional de amparo

2.2.3.1.1 Origen del proceso de Amparo

El proceso de amparo nace, con mayores rasgos de organicidad, en México, sobre las bases de la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841, Carta que sucede a su vez a la Constitución de 1836 y sus 7 leyes. Era necesario, para el constituyente mexicano atisbar a efectuar un adecuado control constitucional y ello resultaba mejor afianzado desde la inclusión de la herramienta del amparo en la propia Carta Fundamenta'. En propiedad, sin embargo, es la Constitución de 1857 el cuerpo de leyes que otorga al amparo la calidad de garantías individuales y un procedimiento para su protección (Almagro Nosete, 1984).

En el Derecho Comparado, el proceso de amparo es conocido en Brasil como mandato de seguridad (Mandado de Seguranca); en Chile, como recurso de protección; en Colombia, como acción de tutela, y en Argentina, Ecuador y Venezuela, como acción de amparo. El actual Código Procesal Constitucional de Perú de 2004 identifica el proceso de amparo (Quiroga León, 2006).

El amparo resulta pues una herramienta de legitimación democrática, a través del Estado Constitucional, así como un instrumento de acción a materializar ante los jueces constitucionales. Sobre ambos caracteres se consolida e identifica una herramienta que se hace sólida sobre la base de la concesión de tutela de urgencia para las demandas constitucionales que persiguen la defensa de un derecho fundamental y que en específico, en el amparo persigue una restitución efectiva del derecho conculcado (Eguiguren Praeli, 2007).

2.2.3.1.2 Definición del proceso de Amparo

El concepto de recurso de amparo según diccionario de la real academia es -el estatuido por algunas constituciones modernas, europeas y americanas, para ser tramitado ante un alto tribunal de justicia, para las defensas de las garantías individuales, cuando hubiere sido individual, para la defensa de las garantías individuales cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

Eguiguren Praeli, Francisco, (2002) señala que se debe tener presente, en el Perú, que el proceso de Amparo protege determinados derechos reconocidos por la Constitución, mas no así derechos emanados de la ley. Sin embargo, es frecuente que cuando la Constitución establece los derechos fundamentales, los mencione de manera general y sin precisar el contenido y alcance concreto de su ámbito protegido, aspecto que debe ser completado y concretizado mediante leyes de desarrollo constitucional y el aporte de la jurisprudencia. Ello incidido en que una de las principales distorsiones producidas en la utilización (indebida) del proceso de Amparo, haya sido instrumentarlo para pretensiones que no se referían, en rigor, a los aspectos constitucionalmente protegidos o relevantes del derecho invocado. De acuerdo a Abad Yupanqui (2004).

El amparo, es un proceso declarativo o de conocimiento, pues tiene como presupuesto la inseguridad o incertidumbre respecto a la violación de un derecho constitucional por parte de una autoridad, funcionario o persona, que debe ser aclarada por la respectiva sentencia. (...) Consideramos, más Bien, que el proceso de amparo constituye una tutela privilegiada cuya finalidad esencial es proteger eficazmente los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva de un proceso especial que cuenta con un trámite procesal más.

Para Sagúes (1991), el amparo no es para entender conflictos complicados, ya que requiere que la lesión de la constitución sea inequívoca, sin necesidad de un estudio Largo o prolongado de Los hechos, ni de amplio debate y prueba. Por ello, con toda claridad, excluye de los asuntos que pueden ventilarse y dilucidarse a través de una acción de amparo.

Ferrero (2004). La acción de amparo está contemplada como una -garantía constitucional en el inciso 2 de art 200 de la constitución peruana de 1993. Tiene como objeto proteger los derechos constitucionales (distintos a la libertad personal) cuando son vulnerados o amenazados mediante actos u omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona particular.

Rodríguez (2006), destaca que: El inciso 2 del artículo 200 de la constitución de 1993 establece, como garantía constitucional la acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la constitución, con excepción de las normas legales y resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

Castillo (2007) manifiesta que se trata de una garantía de derecho constitucional antes que una garantía que defienda la constitución en general. Está recogida en el art 220. 2 de la Constitución política y no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimientos.

Figueroa (2012), El amparo es una acción o un recurso, dependiendo de la legislación del país de que se trate, que tutela los derechos constitucionales del ciudadano, y del que conoce y falla o bien un tribunal específico como un Tribunal Constitucional, Corte Suprema, o bien un juez tribunal ordinario, según lo dispuesto en la legislación procesal de cada país.

2.2.3.1.3 La evolución legislativa y constitucional del amparo en el Perú

En nuestro ordenamiento constitucional, el amparo es contemplado como garantía individual con la Constitución de 1933, la cual entendía que el habeas corpus resultaba un proceso amplio y como tal, protegía también los derechos que hoy son objeto de protección por el proceso de amparo (Monroy Gálvez, 2005).

La Carta Constitucional de 1979 perfecciona la defensa de los derechos fundamentales dividiendo los campos de acción del habeas corpus y el amparo (Monroy Gálvez, 2005).

En el mismo sentido, la Norma Fundamental de 1993 asume una definición técnicamente más amplia para centrar el ámbito de acción del proceso de amparo tanto en acciones como omisiones, lo cual en la práctica jurisprudencial ha implicado inclusive un tipo de protección preventiva, superando la concepción de que solo debía evaluarse el ámbito de determinación de una acción agresora y de su legitimidad o ilegitimidad.

De igual forma, la actual norma constitucional se refiere a la improcedencia del amparo contra normas legales o contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular (Monroy Gálvez, 2005).

La precisión respecto a normas legales, ha sido objeto de desarrollo infraconstitucional por el artículo 3 del Código Procesal Constitucional en cuanto a que las normas autoaplicativas son objeto del proceso de amparo por su condición de normas de directa aplicación. Por el contrario, las normas heteroaplicativas, es decir, aquellas que necesitan reglamentación, no son susceptibles de ser impugnadas en la vía de los procesos constitucionales de la libertad. La lógica es clara: si la norma exige reglamentación, no despliega aún sus efectos en forma integral y por tanto, no puede considerarse constituida una agresión ni una amenaza real, tangible, cierta e inmediata (Monroy Gálvez, 2005).

En relación a las resoluciones judiciales emanadas de procedimiento irregular, el aporte del caso Apotonia Cólica es relevante pues dicha ejecutoria disgrega sobre el concepto de proceso regular.

Remarca que la concepción de los jueces respecto a los procesos de amparo contra resolución judicial, aludía a que, Si un determinado proceso había sido desarrollado con estándares regulares ceñidos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, entonces no podía concebirse un amparo de esta naturaleza.

En propiedad, la concepción judicial era más cerrada en cuanto a lo que podía calificarse de irregular pues el único mecanismo respecto a este estándar, solo residía en una afectación al debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, o bien sus componentes. Consecuentemente, la posibilidad de amparos contra resoluciones judiciales, devenía sumamente restringida en razón de que solo cabía la afectación de los derechos enunciados, para que se asumiera la viabilidad de un proceso de amparo contra resolución judicial.

La premisa interpretativa de la que parte el caso Cólica es mucho más amplia: no solo si resultaba afectado el derecho al debido proceso o los derechos vinculados, procedía un amparo contra resolución judicial, sino si cualquier otro derecho fundamental resultaba mellado, bajo un enfoque de suyo más amplio en tanto cualquier derecho fundamental vulnerado, bajo ciertas condiciones, hacia posible la interposición de un proceso de amparo contra resolución judicial (Lorca Navarrete, 2003).

El efecto directo fue ampliar el rubro de causales de interposición de procesos de amparo contra resoluciones judiciales y en contrapeso, la decisión aludió a fijar los estándares de razonabilidad, suficiencia y coherencia como cánones para el control constitucional de resoluciones judiciales, es decir, si realmente se cumplen estas exigencias, procede que el amparo constitucional pueda afectar la institución de la cosa juzgada (Montero Aroca, 1994).

En consecuencia, el desarrollo jurisprudencial del proceso de amparo ha sido importante para afianzar los supuestos normativos establecidos por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, a lo cual debe sumarse un importante número de precedentes vinculantes- hoy 48- en su gran mayoría relacionados con procesos de amparo, los cuales a pesar del cuestionamiento y consenso que los mismos han generado, constituyen reglas importantes de la aplicación procedimental del amparo (Montero Aroca, 1994).

2.2.3.1.4 Finalidad y objeto del proceso de Amparo

El Proceso Constitucional de Amparo tiene como tonalidad esencial la protección electiva de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. (Carpió Marcos, 2004).

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. (Carpió Marcos, 2004).

El Proceso Constitucional de Amparo tiene como finalidad esencial la protección efectiva de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior. El Proceso Constitucional de Amparo tiene como finalidad esencial la protección efectiva de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Camelutti, citado por Carrión Lugo, (2000) dice que -el fin del proceso es la composición del litigio para el logro de la paz social.

En 2007, Carrión Lugo escribe -El proceso civil tiene por finalidad decidir conflictos producidos entre los particulares y conciben al proceso como la discusión que sostienen las partes con arreglo a determinadas normas procesales sobre sus respectivos derechos y que termina con una decisión del organismo encargado de dirimir en la controversia. (Carrión, 2000)

Asimismo, Chiovenda citado por Carrión Lugo (2007), dice que -el proceso es un instrumento que el estado pone en manos de los particulares para la protección de sus respectivos derechos subjetivos.

Por su parte, el proceso de amparo tiene por objeto proteger los derechos constitucionales distintos a la libertad personal, y sus derechos conexos, y al acceso a la información pública y la autodeterminación informativa (protegidos por el hábeas corpus y hábeas data, respectivamente). En ese sentido, la Constitución ha señalado que el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. Los alcances y características de este proceso se interpretan de conformidad con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Monroy Gálvez, 2004)

Esta disposición de Derecho Internacional señala que el proceso que tenga por objeto la protección judicial de los derechos constitucionales de las personas, debe ser un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes.

2.2.3.1.5 Principios del proceso de Amparo

Para Gutiérrez (2005) el amparo es un proceso cuya tramitación se inspira en los siguientes principios:

Principio de celeridad: Se tramita y resuelve en el tiempo más corto que sea posible.

Principio de bilateralidad: Aun cuando el artículo 7o del Código Procesal Constitucional establece que la no participación del demandado no afecta la validez del proceso, a diferencia del hábeas corpus, el amparo es un proceso bilateral. En consecuencia, no es posible excluir al demandado quien tiene derecho a hacerse oír por el juez.

Principio de preferencialidad: Se tramita y se resuelve antes que cualquier Otro proceso judicial.

Principio de iniciativa o instancia de parte: El legitimado para interponer la demanda es solo el afectado. Salvo la legitimación procesal extraordinaria a cargo de la Defensoría del Pueblo.

Principio de definitividad: El amparo no procede si no se ha agotado la vía previa.

Principio de agravio personal y directo: Sólo procede contra lesiones ciertas, concretas, palmarias, objetivamente personales, no ilusorias. **2.2.3.1.6 Características del proceso de Amparo**

a) Es una Acción de Garantía Constitucional

Sagúes (1991). El amparo no es para entender conflictos complicados, ya que requiere que la lesión de la constitución sea inequívoca, sin necesidad de un estudio) largo o prolongado de los hechos, ni de amplio debate y prueba. Por ello, con toda claridad, excluye de los asuntos que pueden ventilarse y dilucidarse a través de una acción de amparo.

El amparo cumple una doble función: de protección al ciudadano en sus garantías fundamentales y a la propia constitución al garantizar la inviolabilidad de sus preceptos ya sea por normas generales contrarias a dichos preceptos o por actos de autoridad que vulneren el contenido o los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. (Fix-Zamudio, 1991)

Por otro lado, Ortecho, (2002), añade que, -El amparo es equiparable a un proceso cautelar y restitutorio, tendente únicamente a la constatación de la violación o amenaza de violación del derecho o garantía constitucional. Acto por virtud del cual el quejoso formula un agregado a su demanda de amparo en cualquier parte de la misma, en dos casos: uno, cuando la autoridad responsable no haya rendido su informe con justificación y se esté dentro del término legal para pedir amparo; y otro, cuando del informe con justificación rendido por la autoridad responsable aparezcan otras autoridades responsables que intervengan en la ejecución de los actos reclamados. Chávez (2011).

La acción de amparo al igual que el habeas corpus, se trata de una acción nominada, es decir, responde al concepto jurídico de acción, como facultad de las personas de solicitar y obtener la actividad jurisdiccional del estado; es nominada porque la constitución le asigna denominación, en atención a los derechos protegidos. (Diccionario real academia española).

b) Es de naturaleza procesal

Hinostroza, (2001), señala que, la naturaleza procesal. -No es otra cosa que el derecho referente al proceso. Es pues, el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso.

Según lo que opina Rodríguez. (2006). El código procesal constitucional regula el proceso de amparo, es el conjunto de actos que realizan las partes y el órgano jurisdiccional, para la protección de todos los derechos constitucionales reconocidos por la constitución que no están protegidos por el habeas corpus y el habeas data. Se inicia con el ejercicio de la acción mediante la demanda y concluye cuando se ejecuta la sentencia.

c) Es un Procedimiento sumario

Ortecho, (2002), señala que, -Dada la naturaleza e importancia de la materia en discusión como lo son los derechos y libertades constitucionales, el procedimiento es sumario, es decir, breve. Busca restablecer el derecho vulnerado o amenazado, en forma rápida, para ello términos son cortos, no se admiten articulaciones y los jueces están obligados a darles trato preferente. La acción de amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. Código procesal constitucional (2004)

Ferrero. (2004): Que la vía de amparo por su naturaleza sumaria, carente de estación probatoria, no es la idónea para ventilar asuntos que requieren de actuación de pruebas.

La acción de amparo según lo que opina Bravo: que el proceso sumarísimo o trámite sumario, ágil, breve, sui generis e inmediato. Es el mecanismo más rápido en la obtención de la justicia. Ha ilustrado la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público que, "la Acción de Amparo. Constituye una garantía a cuyos procedimientos especialísimo y sumarísimo únicamente se recurre de manera residual, esto es, cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica y siempre y cuando se trate de lograr la reposición de un derecho constitucional transgredido o amenazado, pues la acción de amparo no es declarativa de derechos, sino restituida de aquellos."

d) Defiende los Derechos Constitucionales a Excepción de la libertad personal y de los derechos informáticos

Ortecho, (2002), describe que, -A diferencia de épocas anteriores en que el Amparo no existía en forma independiente y se insumía dentro del Habeas Corpus, a partir de la Constitución de 1979 quedan perfectamente delimitados los campos de aplicación para el Habeas Corpus y el Amparo, correspondiéndole al primero la protección de la defensa de la libertad' seguridades personales, dejándole a la Acción de Amparo, la defensa y protección de los demás derechos constitucionales.

e) La Caducidad en la Acción de Amparo

La caducidad no se refiere al derecho constitucional, sino a la utilización de este instrumento procesal urgentísimo. Águila (2007) indica que el derecho constitucional seguirá siendo el que prime y su restauración deberá de producirse aún en la eventualidad de la caducidad de la acción de Amparo ya a través de un procedimiento en la vía ordinaria, ya a través de cualesquiera otras acciones que haya precisado la ley común y que sea aplicable dada la naturaleza del derecho transgredido.

Asimismo, Bravo opina que: La caducidad no se refiere al derecho constitucional, sino a la utilización de este instrumento procesal urgentísimo. El derecho constitucional seguirá siendo el que prime y su restauración deberá de producirse aún en la eventualidad de la caducidad de la acción de Amparo ya a través de un procedimiento en la vía ordinaria. Y a través de cualquier otra Acción que haya precisado la ley común y que sea aplicable dada la naturaleza del derecho transgredido.

2.2.4. El Estado Constitucional

2.2.4.1. Nociones generales

Las primeras propuestas centrales sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, comenzaron a germinar la idea de un Estado esbozado sobre otro tipo de valores distintos a los del

Estado legal de Derecho, en el cual la ley prevalecía como norma principal y prevalente del ordenamiento jurídico. Por lo que posteriormente con la Declaración Universal de Derechos Humanos vino a representar líneas mínimas de consenso inter-Estados para la observancia de los derechos fundamentales de las personas convirtiéndose en línea tutelar de los Estados, en tanto éstos aspiran a la realización no solo formal sino también material de un catálogo de derechos producto del consenso.

Ante lo advertido se va consolidando la noción de un tipo de Estado en avance respecto de que bastaba que los derechos se encontraran tutelados por las leyes y normas infra constitucionales.

Por ello comenzaron los Estados, a incluir en sus Cartas Fundamentales, catálogos de derechos que representaban aquellos derechos que merecían un nivel de protección mayor, en comparación a los de origen estrictamente legal. En consecuencia, la propuesta del Estado Constitucional debe asumirse a partir de un conjunto de principios, valores y directrices, que explayan la fuerza de irradiación de los derechos fundamentales y que proyectan en sí la existencia de un Estado cuya norma es la Constitución y que a su vez aspire a materializar el contenido sustantivo de los derechos prevalentes que consagra la respectiva Carta Magna.

Se comparte con lo sostenido, entonces por (Figueroa, 2014) que “forjado el Estado Constitucional a partir de la Constitución como norma cúspide del ordenamiento jurídico, con un orden de vinculación objetiva y subjetiva, nuevas características respecto a los derechos fundamentales comenzaron a perfilar la idea status Estado Neoconstitucional es decir; como un tipo de Estado en el cual los derechos fundamentales, su argumentación y tutela, comienzan a convertirse en elementos relevantes”, (p. 52)

2.2.4.2. El Juez vinculado al texto de la Constitución

Está relacionado con dos líneas relevantes de los jueces necesariamente vinculados al texto de la Constitución: la observancia de los principios de legalidad y congruencia procesal, y la interpretación literal en el Derecho como idea base de un rango de la interpretación.

2.2.4.2.1. Principio de Legalidad y Congruencia Procesal

La esencia interpretativa del principio de congruencia procesal reside en la observancia del principio de legalidad, en donde resulta cierto que el Juez, al resolver una controversia, atenderá a la respuesta primigenia que significa el petitorio. Muestra de ello se evidencia en sede civil, el principio de congruencia procesal, también denominado principio de vinculación y formalidad, se plasma en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y su sentido interpretativo se orienta a que las formas procesales deben ser observadas en el proceso, salvo permiso en contrario.

Siguiendo el enfoque de (Figueroa, 2014) refiere:

“Los principios de legalidad y congruencia procesal en el plano de la resolución de controversias constitucionales, “representan dos elementos matrices por cuanto evidencian el primer nivel de dilucidación de una Litis respecto a derechos fundamentales, en la cual no se puede obviar la importancia de la norma jurídica y de las reglas que conforman el ordenamiento jurídico, en donde *antes de ponderar, es necesario subsumir*, por ello antes de aplicar principios, el enfoque jurídico deberá advertir que sea en principio *la norma o la regla* el supuesto habilitante de resolución del conflicto. Y que solo en caso de insuficiencia de la norma, será exigible la aplicación de *principios de interpretación constitucional o de las técnicas* como la ponderación, que en buena cuenta representan una forma de interpretar los derechos fundamentales frente al vacío de la norma jurídica.

Y que frente a la existencia de controversias constitucionales que podrán saltar la valla del vacío de las reglas para llegar a un esclarecimiento en sede constitucional, sin embargo, una norma constitucional de aplicación directa, podrá en buena cuenta dilucidar suficientemente el conflicto. Sin embargo el problema real en sede constitucional se expresa respecto de los conflictos complejos o trágicos, o de aplicación indirecta de los derechos fundamentales, en donde el intérprete tendrá que advertir que su interpretación es no solo de juridicidad de los contenidos del derecho fundamental, sino también de valoraciones axiológicas que representan subjetividad, las cuales exigen acreditación, dentro de un rango de discrecionalidad controlada, de las razones que identifican un discurso racional debidamente orientado al aporte de justificaciones relevantes para la solución del conflicto”, (pp. 54-55).

2.2.4.2.2. La Interpretación Literal

Quienes resultan legitimados en el ámbito de los procesos que en sede ordinaria representan un ejercicio sistemático de solución del problema, o bien en sede constitucional, *representan un conflicto constitucional de menor complejidad*, guardando relación con la interpretación literal ya que ésta se legitima por la aplicación de los principios de legalidad y de congruencia procesal.

Cabe por ello señalar que todos los problemas necesitan de interpretación, en mayor o menor medida, a efectos de que exista una correcta delimitación del problema.

2.2.4.3. El Juez vinculado a los valores constitucionales

Tiene lugar la intervención del juez que vinculado a valores constitucionales, individualiza otro nivel de dimensión de la controversia iusfundamental, en el sentido de que su intervención para resolver la controversia, ya no se puede estimar suficiente para resolver la Litis, si solo se opta por una interpretación ceñida a una concepción literal de la Constitución, por lo que se debe considerar que son necesarios otros elementos para resolver la controversia y que debe premunirse de *criterios de interpretación* que permitan una solución equilibrada, suficiente y racional de los conflictos

sometidos a su conocimiento, compartiéndose con lo afirmado por (Bernal, citado por Figueroa, 2014) dando lugar a la intervención del juez constitucional, que aplica ponderación, principio de proporcionalidad así como principios de interpretación constitucional, orientados a áreas más complejas de interpretación, sin transgredir la ley ni la Constitución, y superar la interpretación literal que traducen los principios de legalidad y congruencia procesal (p. 57).

Por lo que, en determinados casos será necesario, vía aplicación del principio de proporcionalidad, preferir un derecho fundamental frente a otro, en cuyos niveles no dejan sin efecto la norma, únicamente ella es inaplicada al caso en controversia; ya que los principios y la ponderación, aun cuando en determinados casos, van en contra del sentido claro, expreso y literal de una norma-regla, no necesariamente su aplicación vulnera la norma, tanto se pueda catalogar que el grado de afectación pudo haber sido medio o leve (Figueroa, p. 57).

Conllevando que su interpretación sea más amplia desde la perspectiva de una interpretación activa, dinámica inclusive abierta, sujeta a un control de legitimidad y de compatibilidad constitucional, a diferencia de la interpretación más bien estática y sujeta a un control de legalidad.

2.2.5. El Estado Constitucional de Derecho

2.2.5.I. El Estado Constitucional de Derecho y la internalización de los Derechos

El tránsito del Estado de Derecho Constitucional trajo consigo la separación entendiéndose que el Derecho ya no es producto de la voluntad popular expresada en las leyes, sino adherido a las leyes, la Constitución como norma suprema del ordenamiento estatal. Por ello el Estado Constitucional de Derecho es la perfección del ordenamiento jurídico basado en la dignidad de la persona humana, y en la defensa de los derechos fundamentales. Cabiendo expresar que la Constitución contiene no sólo reglas, sino también principios y valores constitucionales. (Pérez, 2013, p. 126).

De lo que se puede afirmar que en el Estado de Derecho Constitucional se produce el desplazamiento como orden supremo del Estado, de la primacía de la ley a la primacía de la Constitución. En tanto que en el Estado liberal de derecho, el principio fundamental era el de la legalidad estatal, o simplemente principio de legalidad, como fuente jurídica suprema.

En el desplazamiento de la ley a la Constitución nace el llamado Estado Constitucional de Derecho, el cual se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir; por la primacía de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda de la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley. Sin embargo, cabe remarcar que el Estado Constitucional de Derecho mantiene el principio de legalidad, pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de la constitucionalidad, por lo que existe la clara subordinación de la ley a la Constitución.

Lo cual se llega a compartir con Guastini (2001) el cual señala que, “se estará ante un Estado Constitucional de Derecho, si se satisfacen dos condiciones: 1) que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado y 2) que los poderes del Estado estén divididos y separados, y sobre todo que exista control sobre los actos de Gobierno, y se priorice la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana por medio de los tribunales ordinarios y especiales”, (pp. 127-128).

En tanto que el TCP sostiene que, en el Estado constitucional de Derecho, la Constitución no sólo es una norma que se limita a reconocer los derechos fundamentales, sino también a crear o instaurar los procesos destinados a su defensa.

2.2.5.2. El Constitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho

Refiere Pérez que “El constitucionalismo en principio es la constitucionalización del derecho, donde la ley debe sujetarse a la Constitución al momento de crear el derecho, y a su vez también es la rematerialización del derecho (incorporación de los derechos fundamentales de contenido sustancial al texto constitucional)”, (Pérez, 2013 - p.209).

La constitucionalización del derecho es la forma de entender el Derecho desde la óptica constitucional, fuera de la Constitución no existe Derecho; en ese sentido, el ordenamiento jurídico del Estado es constitucionalizado por medio de la Constitución que sirve de canon de formación y producción jurídica.

Ante el nuevo concepto de Derecho a raíz de la constitucionalización del mismo, y por la irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico, ha hecho que el mismo ya no éste por la mera voluntad del legislador, sino que encuentre su parámetro de actuación y validez jurídica en la propia Constitución, por lo que la sujeción del juez a la ley, ya no es, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuera su significado, sino sujeción a la ley, en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. (Pérez, 2013 - p. 211)

De ello se desprende que *la interpretación judicial de la ley* es también un juicio sobre la misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.

Por lo que el constitucionalismo moderno, o el neoconstitucionalismo, entiende que los derechos fundamentales son valores y principios superiores de la dignidad humana, y que la constitucionalización del derecho, produce que la consagración jurídica esté de acuerdo al canon constitucional, es decir, recoja los mandatos constitucionales, haciéndose necesaria con el fin de evitar desigualdad social y política, como para evitar el quebrantamiento de la dignidad humana.

Lo que trae consigo compartir lo sostenido por (Pérez, 2013) relacionado a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que conlleva que ante la supremacía de la Constitución sobre todas las normas derivada del carácter normativo, se establezca una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema, siendo que estos ejes centrales son en cierta forma característica del modelo constitucional democrático de derecho, que influye en la constitucionalización del derecho debiendo situarse entre el ser y debe ser del derecho (p. 213).

2.2.5.3. Las Reglas y Principios en el Constitucionalismo en la actualidad

El constitucionalismo moderno se expresa en el reconocimiento de la Constitución como un orden de valores superiores (axiología constitucional) al recoger principios y establecer reglas de actuación pública.

En dicho modelo de constitucionalismo se puede entender que las leyes son justas cuando en el desarrollo legislativo van de acuerdo a la Constitución, caso contrario se estaría ante una ley injusta que está viciada de inconstitucionalidad. Muestra de ello se tiene que los principios desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico, puesto que de ello se vale el operador jurídico para tomar decisión ante hechos concretos, estos principios no son por ende absolutos, sino que requieren de la técnica de interpretación para concretarse en un derecho. (Pérez, 2013, p. 242)

Por lo que los valores y principios constitucionales en el Estado Constitucional de Derecho permiten la realización de la dinámica interpretativa que atiende a los cambios sociales y políticos.

Cabe señalar lo expresado por (Alexy citado por Pérez, 2013) al respecto:

“Las reglas y principios son normas jurídicas con distintas formulaciones deónticas, que pueden ser normas mandato, normas de permisión y normas de prohibición. La diferencia entre los principios y las reglas está basada en que son dos tipos de normas que tienen incidencia directa en su fuerza normativa. Así (...) *los principios* son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad (...) Los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...) En cambio, *las reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no (...) contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Así las reglas son prescripciones a cumplirse tal como está ordenado por el legislador”, (p. 244)

En el derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, el hecho de ser “puesta” por una autoridad competente en la forma prevista para su producción. La actualidad jurídica refiere que el control de formalidad y

materialidad debe estar acorde con la Constitución para ser derecho válido y coherente al sistema jurídico.

En ese sentido, la imposición que consigna la Constitución para su positivización es uno de naturaleza del principio de constitucionalidad formal y material, es decir; la ley o derecho debe guardar coherencia en sus enunciados normativos con los enunciados del texto constitucional. No olvidándose que entre los principios y reglas existe una comunión de entender el Derecho en su conjunto; la misma que cobra relevancia en sede interpretativa.

2.2.6. El Tribunal Constitucional

Según Pérez (2013), el constitucionalismo moderno descansa sobre la base del Estado de Derecho, que se trasluce en la manifestación que la democracia constitucional irradia después de la segunda guerra mundial. En ese sentido, la democracia es vital para la convivencia pacífica y social en el

Estado, para lo cual se requiere de reglas claras y legítimas para su concientización popular. Uno de esas instituciones democráticas creadas por el poder constituyente es el Tribunal Constitucional para el cuidado de lo que el propio constituyente expresara en cada articulado de la Constitución, (p. 374)

Al respecto, Díaz Revorio (citado por Pérez, 2013) afirma que los Tribunales Constitucionales, son órganos que, aún actuando con criterios jurisprudenciales, no se ubican en el poder judicial ordinario, y que, en virtud de su configuración como “legisladores negativos” asumían posibilidades de expulsar del ordenamiento con efecto erga omnes (en el modelo Kelseniano, a través de la derogación) las leyes contrarias a la Constitución, (p. 87)

Una de las funciones de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional consiste en medir los parámetros de validez legal y constitucional; en tal sentido, se entiende que es el TC quién delimita el contenido constitucional del derecho con efecto erga omnes; función que no se presenta en la jurisdicción ordinaria, a la cual le compete la interpretación de la legalidad, pero ello no impide que mediante tal labor se fije el alcance de la irradiación de los derechos en el ordenamiento jurídico común. (Pérez, 2013, p. 375)

2.2.6.1. La Independencia del Tribunal Constitucional

Como premisa para conocer la independencia del órgano constitucional y comprender su labor imperativa constitucional de ser el guardián de la Constitución, conviene saber los privilegios constitucionales comprendidos en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

“Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo”. Esto no implica irresponsabilidad en sus decisiones, por el contrario, siendo una labor loable comporta un legítimo interés en bien del Estado y de la propia institución jurisdiccional. Así paradójicamente gozando de independencia, el Tribunal Constitucional

está sometido a las reglas de la Constitución. De similar sentido es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica. Entonces, la independencia funcional e institucional es respecto a los demás órganos del Estado, puesto que el TC es un poder *sui generis* que va más allá de lo político y jurídico; podríamos decir que va al encuentro de la razón y la coherencia entre el derecho y justicia. (Pérez, 2013, pp. 376-377)

2.2.6.2. El Juez o Magistrado del Tribunal Constitucional Pérez (2013) manifiesta:

El TC es un órgano ajeno a los poderes del Estado, pero se encuentra como tal dentro del Estado. En tal sentido, el rol del juez constitucional es relevante en la sociedad, es el regulador del sistema político-jurídico, puesto que interpreta, concretiza y define el derecho en sintonía con la Constitución, en suma, es el que tutela en definitiva los mandatos constitucionales; en ese sentido, la labor que realiza en forma conjunta con los demás miembros que conforman el TC va más allá del legislador. En democracia constitucional, el TC se mueve entre la arena política institucional y la política del propio Estado, así la “(...) función es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política”; dado el protagonismo del TC en ser el defensor de la Constitución, y con ello de los derechos y garantías fundamentales, en ocasiones estos derechos por ser normas de texturas abiertas requieren que el sumo intérprete realice tal labor.

El juez constitucional se constituye en un actor del sistema de fuentes, puesto que sus decisiones se enmarcan dentro de la Constitución como fuente primigenia, suprema y vinculante. La misión en la reconstrucción del derecho viene ordenada por la Constitución, a través de sus decisiones; en ese orden de ideas escribe la colombiana Natalia Bernal Cano: el juez constitucional “(...) realiza una actividad objetiva de la comparación de las normas inferiores sometidas a control respecto a la Constitución; con mayor razón, cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de los individuos contra los excesos del legislador”. Esta labor debe hacerlo en concordancia con la práctica creativa del derecho; puesto que el derecho vive en los tribunales constitucionales, el juez constitucional amolda el derecho al contexto presente desde la Constitución, fuera de ella no existe derecho en pureza. Por otra parte, el juez constitucional es visto desde otra óptica, es el crisol de personalidad que tiene a su cargo la función y la misión más trascendente que un órgano jurisdiccional ordinario, (pp. 379-380)

2.2.6.3. El Juez Constitucional y la Creación del Derecho Al respecto, Pérez (2013) sostiene que:

El juez constitucional no solo difiere del juez ordinario, por su filosofía, moralidad constitucional, sino que en buena medida es un juez superior, su labor no está en interpretar textos legales ordinarios, sino interpretar la Constitución, por ello su razonamiento debe ser el más puro, adecuado y menos

criticado, debe ser el guardián de la Constitución; para cumplir su misión-deber debe estar ajeno a la mera aplicación del derecho, puesto que los derechos propiamente constitucionales son de texturas abiertas, por lo que requiere de la labor interpretativa; en efecto, nos dice Otto Bachop “(...) allí donde la aplicación estricta de un precepto legal -y especialmente un precepto de forma- amenace conducir a un resultado dañoso para el bien colectivo, debe probarse en primer lugar el camino de una interpretación sistemática, para ver si se encuentran dentro del ordenamiento otras normas de rango o valor superior a través de cuya aplicación ese resultado dañoso se excluya. Esto parece una precisión trivial, pues todo juez debe, evidentemente, valorar las leyes a aplicar y su situación con relación a las otras normas - sean o no de rango superior-, Pero esta situación para el juez constitucional es en este punto algo especial, porque para él muchas de las reglas a aplicar no se encuentran en una formulación perfecta y practicable desde el punto de vista técnico- jurídico, sino que deben desarrollarse a través de los principios jurídicos fundamentales o del complejo relacional conjunto de la Constitución (...). (pp. 381-382)

2.2.6.4. La Decisión del Juez Constitucional fuera de arbitrariedad

Habermas (citado por Pérez, 2013) sostiene que entre las decisiones del TC de hecho existen cuestiones políticas y jurídicas que muchas veces son muy criticadas. Sin embargo, las decisiones jurídicas provenientes de la jurisdicción constitucional tienen plena validez en la medida en que surgen del acuerdo consensuado de parte del órgano constitucional, puesto que entre ellos no puede existir discrepancia de la resolución dada. La decisión debe ser de una labor razonada coherente al derecho, consenso que se llega luego de una deliberación de ideas y posturas; como expresa

Habermas el “(...) carácter discursivo del proceso de *deliberación* lo que hace es sentar las bases de la expectativa de que el proceso pueda siempre corregirse a sí mismo, a su vez, sustenta la presunción de que se llegara a resultados racionalmente aceptable”. En suma, se cometerá arbitrariedad si el juez o el TC se apartan del mandato constitucional en forma clara o encubierta; a fin de evitar que la decisión judicial constitucional sea arbitraria debe estar motivada con razones coherentes que expresen las justificaciones del caso. (pp. 383-384) Según, Ost (citado por Pérez, 2013):

La argumentación es un factor fundamental en el juez constitucional, pues es el mediador en la democracia, razón por la cual sus decisiones constitucionales deben estar ajenos de arbitrariedad; siguiendo al mismo filósofo francés del derecho Francois Ost podemos agregar que “(...) más que el mérito intrínseco de la decisión que sería llevado a tomar, es la interposición que opera en el corazón de una relación de fuerza lo que constituye su legitimidad (...) esta mediación, tan débil y formal como aparece, constriñe a las partes en el proceso a decidir su situación, a verbalizar su pretensión, a justificar en el lenguaje común y también en forma jurídica su comportamiento”, (p. 190)

2.2.6.5. La sujeción del Juez Constitucional a la Constitución Al respecto, Pérez (2013) sostiene:

Los jueces que integran la magistratura constitucional (TC) son personas ajenas a la carrera magisterial (es decir no integran el aparato jurisdiccional), su nombramiento obedece a autoridades políticas, son jueces de tránsito; por lo tanto, al no ser de carrera la mayoría de veces la filiación política juega un bono importante para el nombramiento; razón por la cual debe ser integrado por personas idóneas, justas, capaces de desprenderse de la ideología o consigna política, y cubrirse el pecho con la verdad, objetividad, justicia, independencia e imparcialidad dado su carácter de jueces de tránsito y defensores de la Constitución y de los derechos fundamentales. El modelo concentrado o europeo de control constitucional ha tenido variación, o mejor dicho ha ampliado su facultad, puesto que éstos han dejado de ser legisladores negativos, convirtiéndose en legisladores positivos o colegisladores; el radio de acción de los tribunales constitucionales es cada vez más amplio, por cierto, esto ayuda a la democracia constitucional, (p. 386)

En tal sentido, la catedrática de la Universidad de Salamanca, Angela Figueruelo Burrieza (citado por Pérez, 2013), expresa que:

“(…) cada vez son más abundantes los supuestos en el que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya se actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad”, (p. 50)

Siguiendo con el aporte de Pérez (2013):

Razón para tener en cuenta que el juez constitucional debe estar ajeno a prejuicios sociales o concepción política; la imparcialidad objetiva y la independencia en sus decisiones son estándares que legitiman su actuar.

La formación de un buen jurista y futuro juez constitucional debe afincarse no solamente en el conocimiento de las prescripciones constitucionales contenidas en la Constitución, sino saber los fundamentos sociológicos y axiológicos de cada dispositivo integrante de la Constitución, saber que el derecho no es estático, sino amoldable a los tiempos venideros, (p. 387)

Como acertadamente sostiene GUSTVO ZAGREBELSKY profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Turín, y autor de la obra “El derecho dúctil”, el derecho se transforma en una realidad “dúctil” en manos de los jueces, abandonando así las rigideces legalistas. Se adopta por parte de los jueces una actitud antiformalista y que orienta su actuación en los principios “pro homine” y “favor lebertatis. (El Derecho Dúctil. 2016)

En tal sentido, el principio “pro homine” tiene naturaleza hermenéutica que informa cuando se trata de cuestiones de derechos humanos, la norma debe ser ampliada en su interpretación con el fin de reconocer derechos protegidos, llámese derechos fundamentales o libertades públicas, en cambio el principio “favor lebertatis” se da cuando la cuestión consiste en restringir los derechos

fundamentales, ya que la interpretación debe ser restringida con el fin de no agravar los derechos humanos o fundamentales.

Además de ello, el juez constitucional debe gozar de una moralidad intachable, despojado de sus convicciones políticas, aunque eso es casi imposible, puesto que es como darle la espalda a quienes y por quienes se encuentra designado juez constitucional. La Constitución manda al juez constitucional a adecuar sus decisiones a sus preceptos constitucionales.

Asimismo, siguiendo al profesor Luigi Ferrajoli, en la “(...) *sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean -o precisamente porque son- poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebida para garantía de los mismos*” (pp. 26-27); más aún, si la correspondencia de la justicia obedece a la democracia constitucional de valores, únicos por medio de la Constitución, en consecuencia la dinamización, y el protagonismo de la justicia constitucional es necesaria y oportuna en el Estado Constitucional de Derecho, (pp. 387-388)

2.2.6.6. El Tribunal Constitucional sumo intérprete de la Constitución

Pérez (2013) manifiesta que, la legitimación del TC se enmarca dentro del respeto a las disposiciones constitucionales, esa legitimación le da espacio para ser en la última instancia la voz que expresa el sentido de la Constitución, de modo que la producción normativa sea acorde con la primera fuente del Derecho; es decir, por mandato de la propia Constitución el TC se convierte en sumo intérprete de las disposiciones constitucionales. En ese sentido, la propia Constitución diseña el mecanismo procesal para la defensa del propio texto de máxima relevancia social, política y jurídica. La garantía constitucional se da por medio de la justicia.

El catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, Aguiar de Luque, entiende que esta garantía comprende “(...) un conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tienen por objeto hacer realidad en la vida jurídica de un país la operatividad normativa de la Constitución, esto es, dotar a dicho texto de virtualidad en cuanto a norma jurídica a la que de este modo ha de adecuar su actuación de poderes públicos”, (p. 70)

De esta manera, al TC le corresponde el ejercicio sublime de controlar la constitucionalidad de las leyes, y con ello la defensa de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos.

El nacimiento de la jurisdicción constitucional es una consecuencia del sistema del *Common Law*, o anglosajón, que es contrario al sistema de *Civil Law*, llamado también sistema continental o europeo. En el transcurso de la formación política-jurídica y social del Estado, y en formación del Tribunal Constitucional como sumo intérprete de la Constitución nace la jurisdicción constitucional como producto de la misma Constitución, su creación tiene su origen en el poder constituyente.

En efecto, como sostenía el jurista y político español García Pelayo:

“(…) una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son, establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, y a su mera enunciación de sus funciones o alguna competencia aisladas relevantes”, sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencia, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el vértice *dell'orgcmizzazione statale*, y de otro, porque son la expresión orgánica no solo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo la idea del Estado proyectada por la Constitución”. (Citado por Pérez, 2013, pp. 392-393)

2.2.6.7. Atribuciones del Tribunal Constitucional

Al respecto, Pérez (2013) señala que la Constitución ya no es simplemente la base de la creación y producción normativa, sino que, a los conceptos indeterminados, como dignidad, libertad, igualdad, Estado de Derecho, democracia y estado social, la Constitución les proporciona un contenido sustancial dentro del sistema jurídico, a la vez que indica al legislador ciertos parámetros de actuación. El parámetro o límite de actuación del TC está delimitado jurídicamente por la norma político-jurídica del Estado. Sin embargo, en ocasiones, el TC puede excederse de las atribuciones o competencias fijadas, e invadir esferas reservadas al poder legislativo, (p.397) Para lo cual, Alexy (citado por Pérez, 2013) manifiesta:

Para ello tiene en cuenta primero a “(…) los derechos fundamentales en la medida en que (estas) tienen el carácter de derechos del particular frente al legislador, son posiciones que, por definición, fundamentan deberes del legislador y limitan sus competencias. El mero hecho de que un Tribunal Constitucional cuando, por razones iusfundamentales, constata violaciones de deberes y de la competencia del legislador, intervenga necesariamente en el ámbito de la legislación, no basta para fundamentar la objeción de un desplazamiento inconstitucional de la competencia del legislador al Tribunal. Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador (por amplios que sean los términos de ese reconocimiento) y (también) para garantía de éstos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación,

necesita para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la

Constitución”, (p. 397)

En efecto, no puede existir injerencia del sumo intérprete frente al legislador que formalmente le corresponde la creación de las leyes, puesto que, por medio esta, garantiza los derechos fundamentales de la propia Constitución, y es en esa tarea de guardián que debe intervenir frente al legislador.

Siguiendo con lo sostenido por Pérez (2013):

Sobre el rol que cumple la justicia constitucional en el Estado Democrático Constitucional de Derecho, es importante salvaguardar los postulados constitucionales expuestos en la Constitución, función que debe ser cumplida en atención a la naturaleza política-jurídica que representa.

La jurisdicción constitucional es considerada una especial jurisdicción, por lo que su labor y composición debe quedar excluida del poder judicial. Esto significa que su organización, funcionamiento y atribución está fuera del alcance de los poderes públicos constitucionalizados

(ejecutivo-legislativo-judicial). (p. 398)

2.2.6.7.1. El Tribunal Constitucional entre la función política y la jurídica

Entre la función política y jurídica del TC, la primordial función recae en la tutela jurídica de velar por la supremacía de la Constitución, y como correspondencia de esa supremacía constitucional, velar y proteger por el irrestricto respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, en esto precisamente descansa su arquitectura funcional: la norma suprema de la arquitectura jurídica es así protegida por el TC como máximo intérprete del texto constitucional. De otro lado, al cumplir la función de sumo intérprete, el TC refuerza el sistema democrático, a su vez al mismo texto constitucional. Siendo el TC un legislador negativo que actúa dentro del marco de la Constitución, debe sopesar el peso político con la realidad social, y adecuar su actuación al límite impuesto por la propia Constitución en el contexto socio-político. El control de la constitucionalidad es inevitable en un Estado Constitucional del Derecho, siendo imprescindible contar con la jurisdicción constitucional para el control material de la constitucionalidad de las leyes.

Desde luego, el ser único y supremo intérprete de la Constitución le faculta la potestad controladora de ir en casos excepcionales más allá del texto constitucional, pero su actuación debe carecer de arbitrariedad y contar con mucha discrecionalidad y ponderación en resguardo de los intereses constitucionales. Por otra parte, esa potestad de controlador supremo le permite conocer cuestiones de índole política en aras de la democracia participativa y social. Así, la vida política no es ajena al

control del órgano constitucional, sobre todo si se trata de derechos que tienen que ver con la vida democrática del Estado y la sociedad. Este último es el más afectado cuando la democracia es absorbida por el poder estatal. (Pérez, 2013, pp. 399-401)

2.2.6.7.2. La Defensa de la Constitución por los Tribunales Constitucionales

La garantía de un proceso constitucional podría decirse en términos valorativos es realizada por la legalidad constitucional. De otra parte, el pensador político y filosófico Hans Kelsen advertía que no “(...) es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales -esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional-”. (Citado por Pérez, 2013) El sistema o modelo kelseniano descartaba así el control en manos del poder político (Parlamento).

La disputa entre cuál es la jurisdicción que garantiza mejor los derechos fundamentales es, sin duda, especializada; esto ocurre cuando el Estado cuenta independientemente de la jurisdicción ordinaria con un TC (desde luego sería un imposible político-jurídico que existan dos o más tribunales constitucionales en un mismo Estado) y con jueces especializados.

En el caso peruano, se cuenta además con juzgados constitucionales, que son los más adecuados para responder ante conflictos constitucionales por la formación especial que poseen. Expone el magistrado y catedrático constitucional español, Pablo Pérez Tremps que en la actualidad “(...) la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales no es una imposición derivada solamente de criterios de confianza, sino una imposición lógica. De nuevo cabe recordar que, un Tribunal Constitucional, siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento, que le da coherencia y unidad, ha de ser el Tribunal Constitucional este supremo órgano jurisdiccional” (citado por Pérez, 2013) encargado de tan loable labor de cuidar que el legislador al momento de concretar leyes no contravenga las disposiciones constitucionales.

La justicia constitucional es necesaria, siempre y cuando sea de una jurisdicción especializada, que verse sobre los distintos tópicos que se puedan presentar en un mundo globalizado, donde las pretensiones constitucionales a dilucidar sean decididas acordes a la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos. Ese es el reto de una justicia constitucional responsable, oportuna ante la presencia de conflictos constitucionales. Esta justicia no puede encasillarse en lo que la Constitución a la letra dice, sino que sus preceptos deben ser actualizados mediante la interpretación. Siendo la Constitución una norma abierta al cambio, a la mutación, la interpretación requiere a los jueces sean los más idóneos, que sus pensamientos interpretativos se transformen en ecografías de la realidad socio-política constitucional.

Ello hace que el Tribunal Constitucional presente características únicas y propias de ser el creador del derecho sobre la base del Derecho Constitucional (Constitución). (Pérez, 2013, pp. 402-404)

2.2.6.7.3. La Historia del Control de Constitucionalidad

Siguiendo a Fix-Zamudio, podemos sostener que los términos “*control*” de la constitucionalidad y “*defensa*” de la Constitución son cada vez más escuchados y comentados, ya que “(...) abarcan todo el conjunto de medios que se utilizan para lograr, tanto el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, como la imposición coactiva de los mandatos fundamentales, en los supuestos de la violación o desconocimiento de la súper legalidad constitucional”, (pp. 13 y ss.) La dimensión del control de la constitucionalidad de la ley, principalmente la que se refiere vigilar la no transgresión de los derechos fundamentales, es una herencia de la *judicial review* estadounidense, esto es el modelo americano.

Sin embargo, manifiesta el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, Joaquín Urías, que “(...) la historia del control de una constitucionalidad en Europa fue, durante un tiempo la historia de una polémica. Polémica entre partidarios de limitar o no el Parlamento, ante todo. Pero también, específicamente, en torno al poder facultado para controlar la ley”, (p.35)

Asimismo, el control constitucional en el contexto de aquellos tiempos nace según Elíseo Aja

Fernández por “(...) la necesidad de proteger a la Constitución como eje de la convivencia política e impedir que las mayorías parlamentarias varíen su contenido a través de las leyes”. (Citado por Pérez, 2013, p. 406)

Desde entonces el tema político inmerso en control constitucional. El control de la constitucionalidad de las leyes es en la actualidad una consecuencia del Estado Constitucional del Derecho, es ejercido tanto por la jurisdicción ordinaria (control difuso de la constitucionalidad) con efecto *inter partes*, y por la jurisdicción especializada, llámese Tribunal o Corte Constitucional (Control Concentrado de la constitucionalidad) con efectos *erga omnes*, de ser el caso concreto. El control constitucional se presenta en democracia constitucional como herramienta perfecta que sirve para dar control a los poderes públicos. -

En efecto, si teniendo Constitución ella no previno el mecanismo para hacer valer sus enunciados normativos, entonces en sí no creemos que estemos ante una Constitución entendida como suprema, vinculante y sobre todo fundante del sistema de fuentes; como expresara Hans Kelsen, caso contrario cualquier ley, reglamento, acto jurídico realizado por particulares, resulta ser superior a la Constitución. Por ello la norma inconstitucional es sometida a escrutinio, con el fin de verificar su validez constitucional, y purificar su legalidad en el sistema de fuentes. (Pérez, 2013, p. 406)

2.2.6.7.4. La Seguridad Jurídica y el Control de Constitucionalidad

Siguiendo con el mismo autor:

Al realizar la contrastación entre la norma inferior (ley) y la norma de mayor rango en el ordenamiento estatal (Constitución), para que la primera sea válida debe ser compatible con la segunda, debe haber un sentido jurídico de inferioridad y no de superioridad de la norma legal frente a la Constitución, de manera que el sistema jurídico presente seguridad jurídica y firmeza a las instituciones públicas.

La seguridad jurídica es un valor fundamental en el Estado Constitucional de Derecho, ello permite que la sociedad en general se desarrolle según las creencias que el Estado previamente ha establecido sobre ciertas reglas para la actuación pública y privada, razón por la cual se sostiene que el control constitucional favorece a la seguridad jurídica y estabilidad política. Si la seguridad jurídica presenta un valor de la justicia, esta es un elemento para la realización del Estado Constitucional de Derecho; asimismo, la seguridad jurídica es un factor imprescindible de la sociedad. Los jueces y el gobierno en ocasiones se ven enfrentados por el control de constitucionalidad de las leyes, que no es otra cosa que el velar por la Constitución Política Estatal, no es así lo entienden los representantes de los poderes públicos, que lo ven como una injerencia al poder político a las potestades y funciones de los tribunales o cortes constitucionales, (pp. 407-408)

2.2.6.7.5. La Naturaleza del Control de Constitucionalidad

El control de constitucional de las leyes se presenta como un mecanismo de naturaleza procesal, a fin de mantener la vigorosidad y supremacía del texto constitucional en su conjunto. El desequilibrio que pudiera tener las leyes inferiores o actos del gobierno son remediados materialmente el proceso de control de constitucionalidad, de modo que es un atributo del guardián de la Constitución (Tribunal o Corte Constitucional). (Pérez, 2013, p. 411)

2.2.6.7.6. La expresión de la Ley y el Control de Constitucionalidad de la Ley

La ley como máxima expresión de la voluntad general depositada en el cuerpo orgánico que provenía como resultado de la expresión de la soberanía del pueblo es un mito que el constitucionalismo moderno, si bien no lo desconoce, lo somete a escrutinio jurídico constitucional. Sobre ello, los europeos exaltaron el principio de la legalidad al extremo de considerar derecho aquello que venía impuesto por el positivismo jurídico por lo que no había espacios jurídicos para la creación del derecho, de esta forma la labor judicial mecánica, de subsunción del hecho a la norma jurídica.

La ley, como parámetro jurídico y orden único de regulación del comportamiento de los sujetos del derecho después de la segunda guerra mundial, hizo que se concientizara sobre lo ocurrido por el abuso del poder político de quienes ostentaban el mismo. Así, el continente de Europa, consciente del pasado oscuro y cruel, toma la decisión de introducir en sus ordenamientos jurídicos la

supremacía de la Constitución, como norma política y jurídica, y vinculante frente al Estado -poderes públicos-, A su vez ello supuso la presencia de tribunales constitucionales con funciones diferentes al sistema jurídico de entonces, en ese sentido, queda claro que en Europa continental no había un control constitucional de las leyes, por lo mismo que no había separación de poderes, sino más bien estaba exaltada la soberanía del Parlamento, donde la voluntad se expresaba por medio de este mismo. (Pérez, 2013, pp. 413-414)

2.2.6.7.7. La inaplicación de las normas constitucionales

La presencia de un TC o Corte Constitucional es una ventaja para el propio Estado y la sociedad, en la medida que se atiendan los conflictos netamente constitucionales, y de esa manera hacer efectivo las disposiciones que la Constitución establece tanto para el propio Estado como para la sociedad. De hecho, es una necesidad consecuente con la propia Constitución la existencia de un mecanismo que sirva de contralor de esa manera en el supuesto presentado de colisión de normas infraconstitucionales se hará efectiva la consecuencia jurídica radiactiva constitucional. El sistema u órgano especializado de control de constitucionalidad en último grado debe estar apartado de la jurisdicción ordinaria, con el fin de no estar sujeto al poder judicial; la incidencia de los principios y valores constitucionales en las fuentes del Derecho es una consecuencia ineludible del valor moral, político y jurídico de los preceptos constitucionales.

El sistema de administración de justicia a lo largo de la historia peruana siempre ha sido objetado de duras críticas, con mayor razón se justifica la presencia y actuación del TC, no sólo por las sentencias que generaron enfrentamientos entre los poderes constituidos. El TC “(...) es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contenciosos constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”.

(Favoreu, citado por Pérez 2013). como tal el TCP “(...) tiene la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas; conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el poder judicial, el jurado nacional de elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable”. (STC Exp. N° 007-2002-AI/TC. F.J. N° 03)

2.2.6.7.8. Los fines del Control de Constitucionalidad

La finalidad u objeto del control de constitucionalidad de las leyes, en principio, es la de determinar la validez de la ley conforme a la norma de mayor jerarquía (Constitución); en el caso del sistema difuso el poder-deber de control se ha encargado en primera línea los jueces del poder judicial. En el modelo o sistema concentrado de control de constitucionalidad, la labor de control recae específicamente en el Tribunal o Corte Constitucional, estando su interposición reservada a ciertos órganos constituidos por el propio poder constituyente. (Pérez, 2013, pp. 418-420)

2.2.7. Técnicas de Interpretación Constitucional

2.2.7.1. Interpretación Constitucional

2.2.7.1.1. Concepto

La interpretación de las normas no es una invención moderna, pues desde siempre existió como medio técnico para aclarar algo que evidentemente no era claro.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua expresa que el término “interpretar” significa “explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos de faltos de claridad, entre otras acepciones”. Podemos decir que la interpretación constitucional es la técnica o herramienta que sirve para aclarar algún sentido dudoso o ambiguo de los enunciados o disposiciones constitucionales. En tal sentido, la interpretación constitucional se dirige a clarificar algo que está oculto para llegar a concretar la norma.

En suma, interpretar es desentrañar algo que es confuso, ambiguo u oscuro, es darle luz para que se vea lo que es, o reconocer qué es lo que tenemos al frente, de manera que de un enunciado o premisa jurídica se llegue a concretar la norma, es decir de la disposición sujeta a interpretación se extrae la norma a aplicar.

Los tribunales constitucionales en la actualidad cuentan con mecanismos apropiados para decidir cuándo una norma es contraria a la Constitución, esto de manera en especial; pero no solo los jueces constitucionales sino también el juez ordinario; el instituto de la interpretación constitucional en los últimos años ha venido cobrando relevancia jurídica, pero también ha generado polémica a la hora de decidir el caso concreto. Si bien el juez ordinario a la hora de decidir un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica; este comportamiento o actividad no es así en jueces o tribunales constitucionales, puesto que ellos encuentran la comprensión del texto constitucional, lo cual permite que sean creadores del derecho. (Pérez, 2013, pp. 503-504)

La interpretación constitucional es de mayor relevancia que la interpretación infraconstitucional, por cuanto determina el espacio en el cual se interpretan estas últimas, las que deberán ser desentrañadas en conformidad con la Constitución. A ello debe sumarse que en las constituciones existen varios

enunciados valorativos o de principios que presentan más complejidad que las demás normas infraconstitucionales.

Hans Kelsen considera que el derecho es el que determina tanto su creación como su aplicación; así expresa que:

“... la norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se le aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grado superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto”. (KELSEN, citado por AMAG, 2011)

Pudiéndose concluir:

“... la interpretación constitucional participa de la interpretación jurídica de carácter genérico, pero al mismo tiempo posee caracteres peculiares que derivan de la naturaleza específica de las posiciones fundamentales, las cuales se distinguen de las restantes normas del ordenamiento jurídico, por forma, estructura lógica y contenido, todo lo cual ha convertido a la interpretación constitucional en una operación esencialmente técnica, de gran complejidad, y que además requiere de una sensibilidad especial para efectuarse correctamente”. (KELSEN, citado por AMAG, 2011)

2.2.7.1.2. Finalidad de la interpretación constitucional

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 1o de la Constitución) (FJ 40).(Resolución N° 0030-2005-AI/TC de fecha 09 de febrero de 2006)

2.2.7.1.3. La actividad interpretativa constitucional

La realidad política y jurídica demuestra que el TC realiza la interpretación constitucional con el fin de descubrir el sentido racional de la disposición puesta al trabajo interpretativo. En efecto, el TC en toda su actividad, es decir, en cada caso a resolver realiza la actividad interpretativa de las disposiciones en conflicto, esa es su naturaleza ineludible; por otra parte, la labor de interpretación no puede ser subjetiva a la voluntad del intérprete, esto sería inconcebible para el Estado Constitucional de Derecho, sino más bien es una actividad de creación en base a términos expuestos por el poder constituyente, pero actualizado precisamente mediante la interpretación constitucional; de manera que la actividad hermenéutica que realizan los tribunales constitucionales requiere de

precisión, de modo que sea exacto el paso de los enunciados lingüísticos a la norma a aplicar, es decir, que la esencia o sustancia precisada a través de la interpretación no sea una voluntad antojadiza, puesto que de ser subjetiva estaría contraviniendo los principios de interpretación constitucional que son la brújula por donde se debe conducir la labor hermenéutica.

Desde esta perspectiva debemos advertir que, si bien la hermenéutica de la Constitución y de la ley no es ajena al órgano judicial, la labor del TC, al ser sumo intérprete de la Constitución maximiza la Constitución. De otra parte, la actividad interpretativa es consecuencia del control de constitucionalidad, por lo que es una sugerencia para realizar una hermenéutica.

Los principios en el Estado Constitucional de Derecho vienen a ser normas superiores que condicionan la validez jurídica de las demás normas del ordenamiento jurídico, teniendo el grado de eficacia y creación altamente superior; por otra parte, las reglas vienen a ser disposiciones jurídicas. (Pérez, 2013, p. 505)

2.2.7.1.4. La interpretación de normas o disposiciones

Existen diversos tipos de interpretación; se interpreta cualquier objeto percible, e incluso aquellos actos que en el sentido no puede ver, como por ejemplo, el ruido. Cuando hablamos de interpretación jurídica o de interpretación constitucional, entramos en otra dimensión del derecho; si bien ambos tipos de interpretación pertenecen a lo jurídico, sin embargo, hablar de interpretación constitucional no es lo mismo que interpretación judicial.

Si bien por una parte casi todas las constituciones del mundo recogen los derechos fundamentales, también, es que no todos los Estados mantienen un punto de vista universal de ellos.

En efecto, las decisiones constitucionales son cuestiones de la interpretación constitucional, así una decisión será sostenida material y procesalmente cuando tienda a maximizar la Constitución. Por otro lado, en el Estado de Derecho Constitucional el TC al realizar la interpretación evita la colisión o conflicto entre valores o derechos. (Pérez, 2013, pp. 507-508)

2.2.7.1.5. La interpretación originalista del texto constitucional

La ley como fuente del derecho es la voluntad de los legisladores para cubrir la esfera jurídica de la sociedad, ha sido desde entonces una voluntad en democracia, donde la sociedad deposita su voluntad al órgano del Estado con el fin de que la convivencia se realice bajo ciertas reglas sociales-jurídicas. En tal sentido, las reglas jurídicas existen desde la formación del Estado e incluso en sociedades primitivas, si no existía propiamente un Parlamento, estaba la cabeza de un patriarca quien imponía las reglas.

Creemos que la interpretación de la ley es subjetiva puesto que se dirige a desentrañar la claridad de la ley en la voluntad del legislador, no se trata de una adecuación de la ideología del intérprete. Si el intérprete no se dirige a determinar la voluntad del legislador, se aparta de la interpretación de la ley, es decir, se aparta de la voluntad originaria e ingresa a un campo polémico. (Pérez, 2013, p. 510)

2.2.7.1.6. La interpretación judicial vs la interpretación constitucional

La interpretación sea judicial o constitucional no es otra cosa que explicar una disposición dudosa a declarar el sentido de una norma ambigua, que tiene falta de claridad; por ello mediante la interposición se llega de una pre-comprensión a una comprensión legítima.

La cuestión de la interpretación jurídica está encaminada a descubrir la norma preexistente, la misma que al derivarse del enunciado o disposición normativa a interpretarse, de esta consecuencia se atribuye a un significado lingüístico o normativo a la disposición puesta a interpretación y de ella a la aplicación del caso litigioso.

Tanto la interpretación jurídica como la constitucional no están reservadas para cada órgano, menos se entiende que sean excluyentes; por el contrario, el operador jurídico judicial al realizar el trabajo interpretativo de la ley tiene también que realizar interpretación constitucional de aquella ley, con el fin de dar coherencia y sustento válido a la interpretación arribada (interpretación de la ley conforme a la Constitución). En consecuencia, los llamados tribunales “ordinarios” son jueces tanto de la “legalidad” como de la “constitucionalidad”. (Pérez, 2013, pp. 514-517)

2.2.7.1.7. La interpretación y el Principio de Proporcionalidad

Al respecto, Pérez (2013) manifiesta:

En el estado constitucional de derecho o democrático de derecho, la tendencia es permitir e incidir en la interpretación de las normas legales y constitucionales, para lograr mayor libertad en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, eso significa que el juez ordinario (poder judicial) o el (los) juez (jueces) constitucional (es) -del tribunal especial o constitucional- deben resolver los conflictos teniendo en cuenta la interpretación que más garantía brinde a las libertades y derechos, o mediante la aplicación de la norma que mejor proteja la libertad y el derecho; en caso de colisión entre derechos el juez constitucional cuenta con el mecanismo procesal de la ponderación como alternativa a la subsunción del caso a la norma jurídica, (p. 521)

2.2.7.1.8. El Test de Proporcionalidad y los sub principios de aplicación

Según Pérez (2013) manifiesta que el derecho constitucional del individuo (derechos fundamentales) se maximiza por medio de la hermenéutica constitucional, esto nos indica que ante la presencia de conflictos de derechos constitucionales los principios se optimizan, y para tal cometido la teoría de la interpretación constitucional ha establecido el test de proporcionalidad que sirve para dilucidar y establecer la relación de preferencia entre los dos principios constitucionales en colisión; de modo que este mecanismo de valores llega al menos a una solución legítima y ajena a discrecionalidad subjetiva, debido a que se constituye sobre la base de objetivos valores. Para ello se debe transitar por tres sub principios de proporcionalidad. Estos han sido ya expuestos por el TCP, siendo los siguientes:

a. El sub principio o examen de idoneidad. - La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene: (1) el de la relación entre en la intervención en la igualdad -medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención (STCP. Exp. N° 0045-2004-PI/TC. F. J. N° 38)

En ese sentido debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto, que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer la creación de las normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al TC analizar si los medios elegidos logran la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental. (STCP. Exp. N° 0030-2004-AI/TC. F. J. N° 3) El principio de idoneidad se relaciona con la corrección funcional del sistema jurídico; en la medida que se sacrifique un derecho constitucional, se supone que el otro derecho ha superado el juicio de idoneidad.

b. El sub principio o examen de necesidad. - Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al adoptado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que, si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se comparan dos medios idóneos.

El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar. En el examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detención de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación o (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad.

El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objeto del trato diferenciado con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado. En consecuencia, si del análisis resulta (1) que existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo, que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), haciéndolo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional. (STCP. Exp. N° 0045-2004-PI/TC. F. J. N° 39)

El TC manifiesta: para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental. (STCP. Exp. N° 0030-2004-AI/TC. F. J. N° 6)

c. El sub principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. - La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwagung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la “afectación de la igualdad”- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado. Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de la ponderación sería enunciada en los siguientes términos: “cuanto mayor es el

grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional”.

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización con el fin constitucional*. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen y de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional. (STCP. Exp. N° 0045-2004-PI/TC. F. J. N° 40)

De otro lado, el sumo intérprete de la Constitución ha sostenido que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no.

La forma de aplicación de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación ha de hacerse sucesivamente. En tal sentido, en principio se ha examinar la idoneidad de la intervención, como, por ejemplo, respecto de la igualdad, si el trato diferenciado no es idóneo entonces será inconstitucional. Por lo que esta situación no es necesaria o no corresponderá examinarla bajo el sub principio de necesidad, en cambio, si el trato diferenciado (la intervención) fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el sub principio de necesidad, (pp. 522-526).

2.2.7.1.9. La aplicación y justificación en la interpretación constitucional

El TC en especial hace uso de la interpretación en la que queda subsumido la técnica del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad. *El test* de proporcionalidad se caracteriza por: a) examinar directamente si una norma o un derecho contiene razones o motivos que sean adecuados o conformes a los valores constitucionales para limitar uno u otro derecho; b) verificar si existe una relación de necesidad de medios-fines, que sea objetiva y lógica, entre la restricción de un derecho y la norma legal o el otro derecho; y c) examinar si la medida restrictiva es idónea y proporcional a los fines que persigue la norma o el otro derecho. (Prieto Sanchís, citado por Pérez, 2013)

En cada ponderación existe una aplicación y justificación axiológica constitucional; *la explicación* lleva o tiene como fin hacer comprensible de decisión, es decir, se explica el porqué de tal determinación decisión o valoración jurídica constitucional. En cambio, *la justificación* es la relación de coherencias jurídicas, en otras palabras, es la exposición de razones que lleva a determinar un caso. No cabe duda que de la labor hermenéutica se extraen significados lingüísticos con el fin de aclarar el texto puesto a interpretación; en efecto, la interpretación en general sirve como medio para despejar cualquier duda, confusión o ambigüedad de los enunciados o formulaciones normativas; por lo que el operador jurídico al culminar la hermenéutica llevada a cabo tiene como siguiente paso la decisión jurídica que involucra dos supuestos fundamentales: *la explicación* y *la justificación* de las decisiones a concretar. (Pérez, 2013, p. 528)

La labor de interpretación requiere ante todo comprensión, es decir, la capacidad, frente a cuestiones jurídicas de determinar qué es lo relevante para el caso interpretado, para lo cual el que lo realizó debe gozar de la capacidad de “(...) completar con el pensamiento la opinión de que el legislador quería, a partir de ese momento, hacer vinculante”. Además, poder “(...) interpretar el texto significa también aclarar *por qué* el legislador ha tomado una determinada decisión: pero implica (...) la necesidad de adentrarse en la particularidad de sus elecciones, es decir, de asumir la situación y la disposición de conciencia de un mundo histórico-social. Sólo a partir de la comprensión de los motivos racionales-materiales que hablan a favor de una norma determinada se puede interpretar dicha norma, desarrollarla y volver a formularla”. (Zacearía, citado por Pérez, 2013)

En el caso de la interpretación constitucional, es “(...) el hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar ese resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídica, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión” Hesse (citado por Pérez, 2013), es decir, buscar la interpretación que sea razonable plausible de aceptación, en otras palabras que exprese razones explicativas y de *justificación* del paso de sus premisas a la conclusión o decisión arribada.

En el Estado Constitucional de Derecho las decisiones en principio se sujetan a la Constitución, así también requiere de la justificación, de manera que no quepa la menor duda que es una decisión arbitraria, lleve a la inseguridad jurídica; en tal sentido, la necesidad del operador jurídico constitucional con mayor incidencia debe razonar, precisar y justificar sus decisiones.

El producto hermenéutico en general debe estar justificado con razones subyacentes que fluyen del propio contexto o cuestión jurídica; en tal caso, el intérprete constitucional legitima su actuación y con tal legitimidad robustece la seguridad jurídica.

Por lo que la decisión arribada permite que el sistema jurídico sea coherente y pleno, es entonces que el carácter que presenta el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho, gracias a la

materialización y la irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico, ha hecho que la labor del juez constitucional o miembros del Tribunal Constitucional cobren relevancia y notoriedad en la interpretación de los textos constitucionales. Asimismo, en el Estado Constitucional de Derecho se vive el derecho desde la Constitución, por tal razón la teoría de interpretación constitucional es el medio técnico imprescindible del órgano judicial con mayor incidencia para el órgano especializado constitucional; de modo que la interpretación se convierte en núcleo de la propia constitución en la medida que sirve para maximizar las decisiones constitucionales en caso de contradicción de la ley o en la colisión de principios. (Pérez, 2013, pp. 529- 531)

2.2.7.1.10. La creación y aplicación del Derecho conforme a la Constitución

La sociedad requiere en ocasiones que el derecho sea clarificado para captar el sentido verdadero de una disposición constitucional, para lo cual tenemos que recurrir a la interpretación, la misma que según el jurista argentino Rodolfo Vigo, señala que es más obvio de entender la interpretación constitucional, ya que ésta comprende un objeto interpretado o sea el texto constitucional y así se amplía el campo subjetivo dado a que se abarca a aquellos que tiene por misión específica ser los guardianes intérpretes supremos de la ley fundamental, y también a los que incluso carecen de toda autoridad para imponer u oficializar el resultado de su esfuerzo interpretativo” (citado por Pérez, 2013).

Por otra parte, la “(...) interpretación constitucional tiene en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional, o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución”. Por consiguiente, según Vladimiro Naranjo Mesa, “(...) la interpretación constitucional consiste en la labor adelantada por autoridad competente, de averiguar o desentrañar el sentido de las reglas plasmadas en el texto de la Constitución Política de un Estado, para cotejarlas con otras normas del derecho positivo interno, tomando en cuenta la realidad sobre la cual han de aplicarse, con el objeto de hacer prevalecer aquellas, como resultado del principio de la supremacía constitucional”. (Citado por Pérez, 2013) Entonces, la aplicación y creación del derecho temas opuestos en la teoría general del derecho; el tema de aplicación está destinado para el órgano jurisdiccional ordinario (poder judicial); en cambio, la teoría constitucional considera que la creación judicial del derecho o simplemente creación del derecho es reservado para la jurisdicción especial (Tribunal Constitucional); en razón de la “(...) interpretación de los preceptos constitucionales en orden a su aplicación, no corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, como es obvio sino que se trata de una obligación de todos los poderes públicos, y por tanto, dentro de su ámbito de competencias, de los Jueces y Tribunales ordinarios. (Pérez, 2013, pp. 531-532)

La interpretación constitucional se armoniza con la ley a través de la norma suprema constitucional; de esta manera se evita la confrontación entre la norma legal y la norma constitucional y la actividad del Tribunal constitucional está marcada por el activismo constitucional, es decir, al interpretar los preceptos constitucionales realiza una labor cuasi legislativa en la creación del Derecho, sin un debate, ni proyecto previo de ley se emite sentencia constitucional en la que se encuentra la creación nacida a raíz del caso concreto en forma de ley. (p. 535)

2.2.7.1.11. La interpretación y la razonabilidad constitucionalidad

Entendemos que la interpretación consiste en atribuir el sentido o significado a algo que no entendemos y que está previamente establecido, pero que no lo es del todo claro. La interpretación debe ser llevada además por la razonabilidad.

De este modo, siguiendo a Luis Díez -Picasso (citado por Pérez, 2013) señala que la interpretación:

“(…) sería, además, la última fase del proceso de aplicación. Al enfrentarse con el material normativo, el juez o el jurista deben llevar a cabo una función de selección de la norma aplicable y una función de reconstrucción de la proposición normativa a partir del material ya dado (...). Lo que exige a su vez atribuir significado a cada uno de los elementos estructurados dentro de la proposición normativa, bien constituyan preceptos extra jurídicos o bien sean conceptos estrictamente jurídicos, bien sean conceptos determinados o conceptos de algún modo indeterminados”, (pp. 228-229)

Según Prieto Sanchís (citado por Pérez, 2013):

En tal fin el juicio de razonabilidad funciona cuando “(…) en la aplicación de la igualdad no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional; el juicio de razonabilidad es siempre un juicio valorativo, preferido conjuntamente a las igualdades y desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas”, (p. 39)

Decidir por tal o cual interpretación involucra de por sí un juicio de razonabilidad del porqué se toma tal interpretación. La razonabilidad se presenta como una cuestión de logicidad aceptable, esto es, como consecuencia de un hecho jurídico ajeno a la arbitrariedad; la teoría constitucional resalta la importancia y el contenido del concepto de “razonabilidad” en el proceso de interpretación estableciendo que en la labor hermenéutica el operador jurídico tiene que buscar y lograr encontrar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico constitucional; a fin de que la labor final de interpretación sea la única razonable relativa al presente caso, llevada con prudencia y pertinencia al caso presentado.

Siguiendo las palabras de François Ost y Michael De Kerchove, manifiestan lo siguiente:

“(…) El principio de razonabilidad ejerce una función reguladora esencial de las diferentes operaciones intelectuales destinadas a determinar el sentido de las proposiciones jurídicas. El confiere a estas proposiciones un foco único, lo que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, conduce a una norma de optimización de la interpretación que tiene la doble ventaja de asignar un sentido útil a cada disposición vigente y evitar que esta producción de sentido responda a la lógica y a intereses divergentes”.

En ese sentido, sí la labor del intérprete no es antojadiza, sino más bien de coherencia y sistematización adecuada, la razonabilidad de la interpretación será legítimamente aceptable; además, debe guardar gradualidad dentro del caso interpretado.

El intérprete legal y constitucional cumple un rol fundamental en la sociedad, que es el de brindar seguridad jurídica, de modo que, si bien realiza un trabajo individual, la interpretación tiene que ser razonablemente medida bajo los principios y métodos hermenéuticos, de modo que no indique libertad absoluta y antojadiza del intérprete.

Esta dirección cobra mayor trascendencia si se trata de interpretar disposiciones constitucionales, para lo cual el sistema constitucional ha previsto reglas y principios de interpretación, a fin de que ellas sean realizadas con la mayor razonabilidad del caso.

En efecto, el reconocimiento de una sociedad donde cobra mayor incidencia la interpretación es en el Estado Constitucional de derecho por cuanto es un procedimiento que tiene como fin solucionar conflictos constitucionales la misma que por su naturaleza brinda certeza y seguridad del derecho por tal motivo importa que un deber debe ser adecuado a fin de que se expresen razones de funcionalidad constitucional podemos magnificar cómo lo racional o la razonabilidad aquello que se ajusta o sujeta algo justo lo valorado justicia razonablemente, la que también tienen un control en la motivación de sentencias constitucionales; en tal sentido los términos de interpretación ponderación razonabilidad está en la praxis de la argumentación e interpretación constitucional, el concepto de razonabilidad en sede constitucional de la capacidad de presentar algo como justo o más próximo de ser el exacto, (pp. 535-538)

2.2.7.1.12. Criterios de interpretación constitucional

Los criterios de interpretación desde la Constitución globalmente entendida, son aproximaciones generales al manejo de las disposiciones constitucionales. Tienen que ver con la manera como entendemos la Constitución en tanto sistema normativo y con las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. (Rubio, 2013, p. 66) El Tribunal Constitucional ha desarrollado seis criterios de interpretación fundamentales:

A. Interpretación sistemática

La interpretación sistemática trata de interpretar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales, no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos. (Rubio, 2013, p. 68)

B. Interpretación institucional

La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la norma fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme. Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma Manuel García Pelayo, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad objetiva que se desprende del texto” (García Pelayo, M. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En la obra colectiva Estudios sobre la Constitución española de 1978, a cargo de M. Ramírez, Zaragoza, 1979, p. 79). (STC. Exp. N° 0008-2003-AI-TC de fecha 11.11.2003)

C. Interpretación social

La razón principal por la que el Tribunal Constitucional requiere una interpretación social de la Constitución se fundamenta en la siguiente cita:

(...) A los clásicos criterios de interpretación, deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados políticos-sociales y político-económicos de la Carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social”. (STC. Exp. N° 0008-2003-AI-TC de fecha 11.11.2003)

La finalidad de esta interpretación es aplicar de mejor manera dichos postulados, para ello, es necesario vincular las normas previstas en la Carta con la realidad cotidiana y ver cómo pueden cumplirse mejor en concreto. (Rubio, 2013, p. 80)

D. Interpretación teleológica

La teleología se define como teoría de las causas finales, de los fines últimos a los cuales está destinada determinada institución, en nuestro caso la Constitución Política del Estado. El Tribunal ha señalado la importancia trascendental que tienen los derechos constitucionales en esta perspectiva:

Tanto el derecho de petición como aquellos otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1 del referido texto que concibe a la persona humana como “el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica”. (STC. Exp. N° 1042-2002-AA-TC de fecha 08.01.2002)

E. Teoría de los derechos innominados

El Tribunal Constitucional ha establecido que en la Constitución hay derechos innominados y que conocerlos es importante para la interpretación en su conjunto. Todo parte del artículo 3 de la Constitución, que dice:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

Los derechos innominados enriquecen el contenido constitucional de los derechos expresamente establecidos y constituyen una fuente adicional de significados constitucionales para la interpretación jurídica. (Rubio, 2013, pp. 88-89)

F. Teoría de los derechos y de los principios implícitos

El Tribunal Constitucional ha establecido que en muchos derechos desarrollados en términos generales por la Constitución se hallan implícitos otros que son especies de aquellos y que, por tanto, deben merecer reconocimiento constitucional.

La lista de derechos y principios que han sido considerados como implícitos en la jurisprudencia constitucional peruana es la siguiente:

- **El derecho a la verdad.** (STC. Exp. N° 2488-2002-HC-TC de fecha 18.03.2004)
- **El derecho a la ejecución de sentencias.** (STC. Exp. N° 1042-2002-AA-TC de fecha 06.12.2002)
- **El acceso a la justicia.** (STC. Exp. N° 2763-2002-AA-TC de fecha 30.01.2003)
- **El derecho a la prueba en el procedimiento.** (STC. Exp. N° 0010-2002-AI-TC de fecha 03.01.2003)
- **La libertad de ejercicio de la profesión.** (STC. Exp. N° 0010-2002-AI-TC de fecha 03.01.2003)
- **La titularidad de los derechos constitucionales** por las personas jurídicas en lo que les fueran aplicables (que fue expresamente declarado en la Constitución de 1979 y omitido en el texto de la de 1993). (STC. Exp. N° 0905-2001-AA-TC de fecha 14.08.2003)
- **El principio non bis in ídem.** (STC. Exp. N° 0729-2003-HC-TC de fecha 14.04.2003)
- **El principio del Estado democrático como un elemento de interpretación jurídica.** (STC. Exp. N° 0008-2003-AI-TC de fecha 11.11.2003)
- **El principio de seguridad jurídica, trascendental en el derecho.** (STC. Exp. N° 0016- 2002-AITC de fecha 30.04.2003)
- **El principio de que debe pagar los tributos.** (STC. Exp. N° 2727-2002-AA-TC de fecha 19.12.2003)
- **La prohibición de la reformado in peius.** (STC. Exp. N° 1918-2002-HC-TC de fecha 10.09.2002)

2.2.7.1.13. Principios esenciales de interpretación constitucional

La Constitución al ser una norma jurídica permite pedir que sobre ella es posible realizar la interpretación y adecuación normativa, sin que ello signifique vulnerar el contenido constitucionalmente protegido. Como no es una ley ordinaria, sus disposiciones no son aplicables al derecho como ocurre con las leyes que ante un caso específico son aplicados de manera lógica subjuntiva, es decir, ante un supuesto de hecho se subsume la norma jurídica al hecho, si calza, se deriva la consecuencia jurídica que es la aplicación del derecho.

En cambio, ante un conflicto constitucional, el método de interpretación constitucional se hace necesario y esencial, siendo los principios que orientan al intérprete constitucional. En esta loable labor, el juez constitucional mira más allá de los tradicionales métodos de interpretación; en otras

palabras, el intérprete maximiza las disposiciones, ya que “(...) la Constitución viviente gusta más a quien trabaja para la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección opuesta”.

(Zagrebel'sky, citado por Pérez, 2013).

Según Pérez (2013): Las decisiones constitucionales sobre derechos fundamentales cobran mayor razón mediante interpretación; siendo uno de los fines de la interpretación buscar el sentido que más se ajusta a la norma constitucional.

Por ese motivo, la interpretación constitucional es la técnica o procedimiento racional y controlable por la cual se procura certeza y previsibilidad jurídica de las normas constitucionales; mientras que la mutación constitucional “(...) modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente” (Hesse, citado por Pérez, 2013), lo que no ocurre con la interpretación constitucional. Como advertimos, la función de los tribunales constitucionales está ligada más al activismo judicial llamado también creación judicial del derecho.

Se debe tener en cuenta que la interpretación no es sinónimo de interpretativismo; este último siguiendo al Catedrático de la Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Javier Dorado Porras señala que, es aquella posición que entiende que la “Constitución, y en concreto los derechos fundamentales tiene un significado unívoco que el juez constitucional puede averiguar sin recurrir a fuentes extra constitucionales” (citado por Pérez, 2013), y el no interpretativismo constitucional es aquella posición que se entiende “(...) que junto a determinados preceptos constitucionales precisos o claros, existen también otros preceptos de la Constitución indeterminados o vagos, entre los que se encontrarían los derechos fundamentales, cuya interpretación por el juez constitucional no es más que una de entre las diversas interpretaciones posibles”. Se puede y de hecho se realiza interpretación de hechos, textos o enunciados normativos, pero la interpretación constitucional es sólo para expertos en argumentación, y por tal debe ser realizado por los más calificados a fin de lograr la optimización constitucional. Los principios de interpretación constitucional son herramientas para el operador constitucional para cristalizar zonas penumbrosas cuando de derechos fundamentales se trate, (pp. 538-540)

A. El principio de unidad de la Constitución

El TCP sostiene que debido a la particular estructura normativa de las disposiciones de la Constitución que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subjuntiva (supuesto-normativo subsunción del hecho- consecuencia), es necesario que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos una

serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional (STCP. Exp. N° 05854-2005-AA. F. J. N° 12).

De otra parte, siguiendo al constitucionalista argentino Miguel Ekmekdjian manifiesta que:

“La Constitución por la amplitud de sus normas autoriza una interpretación de las disposiciones con mayor margen de elaboración personal del intérprete, ello permite incluir en la norma constitucional las nuevas situaciones que se presenten, y que quizá no habían sido previstas por los constituyentes”. (Citado por Pérez, 2013, p. 541)

La Constitución es así una norma viviente en el tiempo, por lo cual la interpretación constitucional tiene por objeto actualizar y “(...) determinar la vivencia real de la norma fundamental, vivencia que implica la actualización de la misma al confrontar una cultura a la que los intérpretes nunca pueden ser ajenos por el mero hecho de que son criaturas en la sociedad” (Alonso García, citado por Pérez, 2013)

No obstante, la teoría de la interpretación de la constitución no ha especificado especialmente que la interpretación de la Constitución sea de conocimiento exclusivo del tribunal constitucional, razón por la cual todo operador jurisdiccional se encuentra habilitado para interpretar la norma Suprema del Estado, pero realizarlo bajo los principios y valores axiológicos que la teoría constitucional ha creado como órdenes valorativos.

El principio de unidad de la Constitución nos informa que la interpretación de la Constitución debe ser orientada a considerar las disposiciones constitucionales como un todo armónico y sistemático, de manera que de la interpretación sean excluidas las disposiciones entre sí aisladas. La Constitución es un ordenamiento jurídico de naturaleza política-jurídica, compleja e integral; además, sus disposiciones fijan la producción jurídica. El TCP expresa que bajo este principio o “(...) criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es una norma (en singular), sino, en realidad, un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido.

Los criterios o principios evitan que se realicen interpretaciones superpuestas; por el contrario, garantizan la plenitud del ordenamiento jurídico constitucional. Por el principio de unidad corresponde entender que la construcción normativa constitucional es sistemática, correlacionada y coordinada entre sí, esto quiere decir que en las disposiciones constitucionales no existen entre ellas zonas o límites que impidan entenderlas como un todo armónico. En ese sentido, cuando se realiza el análisis de una disposición constitucional debe conjugarse con las otras disposiciones, de manera que no se excluya en la interpretación alguna disposición. Por otra parte, el principio de unidad nos

indica que la Constitución es una sola; así como su enunciado lingüístico es una palabra con muchas sílabas la Constitución es un texto con muchos enunciados, (pp. 540- 542)

B. Principio de Concordancia práctica

El principio de concordancia práctica advierte que un aparente colisión o tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1o de la Constitución). (STCP. Exp. N° 5854-2005PA/TC. F. J. N° 12). El principio de concordancia práctica evita tensiones y colisiones entre disposiciones constitucionales; de manera que entre las disposiciones debe haber una suerte de coordinación y armonización procurando que las disposiciones constitucionales sean optimizadas.

De otra parte, el principio de concordancia práctica nos orienta a que las disposiciones constitucionales contenidas en el texto supremo deben encontrarse en una relación de concordancia, es decir, debe moverse como engranajes que forman un sistema, a pesar de que sus disposiciones se refieran a hechos diversos (políticos, institucionales, competencias, etc.). El Tribunal Constitucional con frecuencia debe resolver estos conflictos de suma trascendencia social y política. Por lo que supone muchas veces que las decisiones jurisdiccionales que adopte tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social. No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.

La argumentación constitucional es en este contexto el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este tribunal para La Búsqueda del consenso social y el retomo de la armonía. De este modo, logra adhesiones, persuade y Construye un espacio para su propia presencia en el estado social y democrático de derecho erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de sociedad plural. (STCP. Exp. N° 0048-2004-AI/TC, F.J. Nos. 2-3)

De este modo, el principio de concordancia práctica o de armonización nos orienta tener presente que, cuando dos o más preceptos constitucionales entran en colisión de un caso concreto, debe evitarse la exclusión de uno en perjuicio del otro dispositivo. Para lograr aquello, el operador constitucional debe procurar dirigir la interpretación a fin de que no se produzca un sacrificio de uno de ellos. Por su parte, la profesora de Derecho Constitucional Mora Donatto sostiene que este

principio pretende optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre sí, ya que puede darse una relación tensión en la práctica de las mismas (...). Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma constitucional en aras de otra norma del mismo rango.

Finalmente, el TCE sostiene que respecto de la “(...) interpretación y aplicación de la Constitución, concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren”. En suma, el principio de concordancia práctica evita sacrificar normas o valores constitucionales de manera que la ponderación juega un rol trascendental en esta cuestión, de modo que no existe sacrificio ni exclusión normativa, (pp. 544-546)

C. Principio de Corrección Funcional

El concepto de interpretación está ligado al apotegma jurídico latín *in claris non fit interpretatio*-, es decir, allí donde el texto o el lenguaje es claro no requiere de interpretación, este es un concepto restringido; en cambio, un concepto amplio la interpretación siempre es necesaria aun cuando el lenguaje o hechos son claros.

Este principio exige al juez constitucional que al realizar la labor interpretativa no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales -poderes constituidos-; y de este modo exista equilibrio en las instituciones del estado. El principio de corrección funcional delimita la potestad y distribución de funciones de los órganos estatales, de manera que el intérprete no vulnere la independencia funcional establecida por el poder Constituyente.

El rol del TC en el estado constitucional de derecho sirve para garantizar y efectivizar los derechos fundamentales, para tal fin el juez ordinario o los jueces constitucionales se valen de la norma constitucional; en efecto, el juez tiene la misión de “(...) controlar que las leyes no contradigan la constitución. Más exactamente: se encarga de controlar que determinadas disposiciones que integran el texto de una ley sean compatibles con el sistema de disposiciones que integran un texto constitucional”. Así el principio de corrección funcional según nuestro sumo intérprete, exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el

equilibrio inherente al Estado constitucional como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentra plenamente garantizado”. (Pérez, 2013, pp. 546- 547)

D. Principio de Función Integradora

La interpretación permite identificar en las normas en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes; por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme. (STCP. Exp. N° 0008-2003-AI/TC. F.J. N° 5)

Este principio nos indica que el producto de la labor interpretativa llevada por el juez constitucional ante un caso de colisión de derechos, sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos en la sociedad. (STCP. Exp. N° 5854-2005-PA/TC. F.J. N° 12) De manera que “(• • •) las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme” (STCP. Exp. N° 0008-2003-AI/TC) Así, la función integradora permite la integración de todas las disposiciones constitucionales. (Citado por Pérez, 2013, pp. 549-550)

E. Principio de Fuerza Normativa de la Constitución

Este principio nos dirige a valorar la norma como una de rango supremo, puesto que sus disposiciones normativas son mandatos de optimización. La interpretación de la Constitución presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque interpretativo inclinado por la interpretación extensiva de tal manera que resulta posible extraer de ella “(...) innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para asegurar cualquier aspecto de la vida social y política” (Guastini, citado por Pérez, p. 551). La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a revelar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder político público y la sociedad en su conjunto (STCP. Exp. 5854-2005-PA/TC. F.J. N° 12). El principio de fuerza normativa de la Constitución busca otorgar preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia de las disposiciones constitucionales.

El TCP sostiene que sus sentencias “(...) constituyen la interpretación de la constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del estado. (STCP. Exp. N° 03741-2004-AA. F. J. N° 42) Esto nos quiere decir que el intérprete constitucional explica el proceso de concretización a través de la argumentación, que es posterior al

acto de comprensión del texto normativo constitucional. La fuerza normativa de la Constitución viene a respaldar lo que afirmaron los Constituyentes, es decir lo que el texto constitucional indica.

(Citado por Pérez, 2013, pp. 550-552)

2.2.7.1.14. Métodos de interpretación constitucional

Entendemos que las disposiciones constitucionales (texto constitucional) están sujetas a interpretación por el operador jurídico; en ese sentido, la interpretación constitucional viene a ser el descubrimiento de enunciados jurídicos a través de los cuales se crea la norma a aplicar; en efecto, al interpretar el texto se dota de determinado contenido lingüístico. Es decir, se pasa de un enunciado lingüístico dispositivo a un enunciado lingüístico normativo; así en toda interpretación jurídica existen métodos, mayor razón en la interpretación constitucional, estos son usados para poder describir aquello que no es claro, que está oculto tras las expresiones lingüísticas. Así podemos decir que primero se descubre y luego se justifica aquello que se descubrió.

La pretensión constitucional cobra mayor relevancia, pues se requiere que las decisiones de los tribunales o jueces constitucionales sean objetivas, legítimas, racionales y aceptables en términos de legalidad constitucional; en tal sentido, la racionalidad de las decisiones jurídico-constitucionales no pueden reducirse a una mera cuestión de procedimiento como lo hacía la visión formalista del derecho, sino se sirve de ciertos métodos de interpretación a fin de llegar a una solución razonable. En tal sentido, la interpretación constitucional requiere de otros métodos para llevar y concluir el proceso interpretativo; de modo que los métodos tradicionales de interpretación no son suficientes, por ser la interpretación constitucional mucho más compleja y delicada, suigéneris frente a la interpretación jurídica por la evidente correlación fundamental que se da entre la normativa y la facticidad. (Pérez, 2013, pp. 553-554)

A. El método de interpretación gramatical o literal

La interpretación de las normas constitucionales, sin duda, es una labor especial de mucha relevancia y trascendencia jurídica; no obstante, es muy diferente a la interpretación de las reglas contenidas en las leyes. El problema que hoy tiene que plantearse el operador jurídico, sobre todo el juez constitucional, es si los métodos de interpretación contenidos en el Código Civil son suficientes para la interpretación del texto constitucional, y la respuesta a todas luces debe ser negativa; en efecto, esto porque las disposiciones constitucionales presentan textura abierta en su enunciado. (Pérez, 2013)

Al respecto, el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid Juan Solozábal Echavarría, afirma:

Las “(...) normas constitucionales son normas de significado abierto, poco concretas, abstractas, que se alejan de la estructura normativa típica de las normas jurídicas: especificación de supuestos de hechos y establecimiento de la consiguiente consecuencia jurídica. La inmensa mayoría de los preceptos constitucionales, ya reconozcan derechos, instituyan órganos y asignen competencias o establezcan procedimientos, ya fijen objetivos o formulen definiciones, son normas abiertas, vagas, la concreción de cuyo significado exige una intervención mediadora del intérprete de indudable relieve y de significado control constructivista. De este modo, las disposiciones o normas constitucionales no son aplicables bajo la regla de la subsunción normativa, sino son normas que en principio se concretizan mediante la interpretación constitucional, al atribuirles un determinado sentido lingüístico con el fin de estar acorde la con la constitución.

Por otra parte, la interpretación de las posiciones de derechos fundamentales, en casi todas las constituciones de los Estados modernos, se realiza conforme a la literalidad de y morfología de sus palabras. Tengamos en cuenta que el método hermenéutico gramatical responde una lógica de enunciados expresados por el Constituyente, es decir según el lenguaje en que están enunciadas las disposiciones constitucionales.

La interpretación constitucional que realiza el operador del derecho involucra a la filosofía del derecho, por cuanto debe tener muy bien en cuenta los valores y principios que están presentes en el sistema constitucional. Por otro lado, toda interpretación empieza con la precomprensión de los enunciados lingüísticos, es decir, según el sentido propio de las expresiones (palabras). Asimismo, los significados del texto “(...) cuanto menos sentido literal, conforme al uso general del lenguaje o también conforme a un especial uso jurídico de lenguaje, es capaz de fijar definitivamente el significado de una expresión precisamente en este contexto, en este lugar de la ley, tanto menos sea de prescindir de su conocimiento, el proceso de comprender mediante el interpretar ha de ponerse en marcha en absoluto. Esto es lo que se quiere decir cuando afirmamos que toda interpretación tiene que comenzar con el sentido literal. En efecto, al realizar un trabajo hermenéutico, el sujeto intérprete realiza una pre comprensión de los signos lingüísticos a interpretar, por lo cual obviamente recurre el primer plano a la gramática para entender el significado de los términos usados. Este método permite que conocer sus expresiones en el sentido natural en que está redactado el dispositivo constitucional, (pp. 555-557)

B. El método de interpretación histórico

Siguiendo al mismo autor:

Los métodos de interpretación son parte de la metodología jurídica muchas veces la realización del derecho se sirve de ella, "método" etimológicamente significa camino, vía hacia una determinada meta o destino. Toda disciplina metodológica tiene como cometido proporcionar los indicadores o

referencias que marcan el itinerario correcto hacia meta que respectivamente se pretende. En el caso de la metodología de interpretación y aplicación del derecho se trata de mostrar qué criterios, referencias y métodos de operar pueden asegurar la obtención de una decisión jurídica que pueda tenerse por correcta, teniendo en cuenta que en este campo lo correcto se presenta como sinónimo de objetivo e imparcial y, por tanto, cómo lo opuesto a arbitrario subjetivo, o tendencioso. Y en lo que a la metodología de interpretación se refiere, la meta está en lograr la correcta atribución de significado a los enunciados legales, de manera que se obtenga una interpretación correcta que unida, a una adecuada valoración de los hechos, lleve a una también correcta decisión final o fallo de los litigios.

La subjetividad de este método radica en la búsqueda de lo que quiso decir en su tiempo el Constituyente; en otras palabras, busca en concreto descifrar el sentido de los enunciados lingüísticos que expresó el Constituyente al momento de crear la constitución. Al respecto, el catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid, Manuel Cobo Del Rosal señala que este método se justifica en “(...) la inmediata afirmación que es obligado a llevar a cabo, y que satisface, de forma concreta, aquella exigencia histórica de nuestro derecho positivo es la que nuestra interpretación, en cierto sentido, ha de ser histórica, esto es, que no pueda desconocer la génesis y evolución de nuestra legislación (...) vigente. De esta forma el intérprete deberá tener muy en cuenta, en la interpretación y construcción dogmática del derecho vigente, el contenido de sentido que le depara la historia legislativa de la institución, pues no debe olvidar en forma alguna que no es realidad más patente para cerciorarnos en nosotros mismos que el estudio de la historia. Es importante este método pues se remonta al conocimiento de creación y regulación de la institución o figura jurídica, arrastra el saber del contexto en que nacieron, de la evolución en el tiempo. Se considera que el método histórico comporta, asimismo, una comparación de los enunciados lingüísticos de lo que se entendió en el tiempo en que se dieron y de lo que se entiende actualmente, (pp. 559-560)

C. El método de interpretación sistemático

Este método se fundamenta en la unidad del ordenamiento constitucional por la condición de ser la fuente de plenitud del derecho; de este modo, la interpretación sistemática constitucional obedece a que la Constitución se constituye como un solo cuerpo orgánico y entre sus cláusulas no existe contradicción; este método busca la sintonía del ordenamiento constitucional, por tanto debe seguirse la interpretación a través del resto de enunciados normativos a fin de tener plenitud y coherencia entre sus mandatos normativos.

Si el derecho requiere de interpretación, es porque todos los enunciados incluidos y con mayor razón el de la Constitución son flexibles, amoldable al tiempo y contexto presente, es decir el intérprete

mediante éste método se ubica en el sentido razonable de la disposición puesta al interpretación. (Pérez, 2013, pp. 560-561)

D. El método de interpretación lógico

Con este método se busca la conexión de la norma con las demás disposiciones a fin de clarificar la disposición dudosa, confusa, ambigua u oscura. En efecto, “(...) la interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor a través del cual el enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa está carecerá de patrón de corrección o verdad. Además, se debe tener presente que según este método en toda la interpretación jurídica o constitucional de una u otra forma siempre se mira la totalidad de las normas, esto con el fin de tener la precomprensión en global, a fin de saber de qué instituto derecho se está tratando. (Pérez, 2013, p. 562)

E. El método de interpretación comparativo

La teoría de la interpretación constitucional parte de la teoría de interpretación jurídica; sin embargo; ésta tiene cierta peculiaridad “(...) en la práctica y ser productiva, que consiste en el enraizamiento político de las valoraciones inherentes a las dudas constitucionales y a las opiniones interpretativas (...). La interpretación de los términos valorativos está mayormente enlazada con la axiología política, y las controversias concernientes a los términos descriptivos y cuasi descriptivos están unidos a los problemas políticos de funcionamiento de las estructuras sociopolíticas. (Wroblewski, citado por Pérez, 2013).

De otra parte, como manifestaba Jorge Carpizo Mcgregor la “(...) interpretación constitucional no puede reducirse a tener en cuenta el orden jurídico, sino que factores políticos, históricos, sociales y económicos se incrustan en la vida constitucional de un país y hay que considerarlos (...). La Constitución de un país es también su ideario y como tal la disciplina que lo estudia Cómo una de sus partes tiene que tomar en cuenta estos aspectos”. Para lograr una interpretación conforme al texto constitucional es necesaria e imprescindible la utilización de principios y métodos de la propia hermenéutica a fin de que sea excluida la arbitrariedad del intérprete. (Citado por Pérez, 2013, p.564)

F. El método de interpretación teleológico

Respecto de este método se puede considerar que se busca el sentido o fin de la norma jurídica, en otras palabras, *la ratio fin*. De esta manera para qué y porque fue dada la norma son interrogantes

que tenemos que descubrir a través del método de interpretación teleológico. Además, este método nos indica el alcance jurídico de la disposición, es decir los objetivos dirigidos por la norma. El método de interpretación teleológico constitucional se dirige a buscar el fin de la disposición constitucional; es decir, indagar y reflexionar para qué fue promulgada o creada, cuál era su fin a cumplir en la sociedad, su razón de ser, en suma, qué intención tuvo el Constituyente al crear un mandato normativo.

El fin teleológico o *ratio iuris* nos exige ubicar y comprender el contexto en el cual se dio la norma; en efecto, tanto en la “(...) ley, como objetivización de una voluntad de su autor dirigida a la creación de una regulación parcial-jurídica, confluyen tanto sus ideas subjetivas y metas volitivas como ciertos fines e imperativos jurídicos objetivos, de los que el propio legislador no precisa ser consciente o no en toda su amplitud. Quién quiere comprender plenamente una ley tiene que prestar atención a unos y a otros. Todo legislador tiene que partir de las ideas jurídicas y también de las posibilidades de expresión de su tiempo; a él se le plantean determinados problemas jurídicos que, por otra parte, resultan de las relaciones de su tiempo (...). La meta de la interpretación, según esto, sólo puede ser la averiguación de lo jurídicamente decisivo hoy, es decir, de un sentido normativo de la ley.” (Larenz, citado por Pérez, 2013). Podemos agregar que el método de interpretación teleológico, si bien permite buscar el sentido de la disposición constitucional, debe hacerlo reconstruyendo el panorama en que se envió tal norma, de manera que no se permita desviar la voluntad del Constituyente. (Pérez, 2013, pp. 565- 567)

2.2.7.2. Integración Constitucional

2.2.7.2.1. Conceptos

La integración jurídica consiste, esencialmente, en la creación de normas jurídicas dentro del proceso mismo de aplicación del derecho, no mediante procedimientos legislativos, y se realiza a través de las analogías y del argumento a *contrario* y de la aplicación de principios generales del derecho. Se dice que en estos casos hay una laguna que debe ser resuelta por el Juez. En cada caso, existe normatividad que no es aplicable a la situación de hecho que existe en la realidad, pero que tiene supuestos sustantivamente similares a ella. El efecto consiste en que el agente que aplica el derecho traslada los efectos previstos por este a la situación de la realidad, semejante, pero no comprendida en los supuestos existentes. A veces, la integración jurídica se hace aplicando un principio de derecho a una circunstancia para lo cual no hay norma aplicable. (Rubio, 2013, p. 443)

2.2.7.2.2. Finalidad de la integración

La integración jurídica tiene por finalidad que ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se aplique dicha integración, y por ende, llenan vacíos legales o deficiencias de la ley. (Torres, 2006, p. 606)

2.2.7.2.3. Analogía

Torres (2006) señala que la analogía “es uno de los instrumentos para llenar las lagunas de la ley cuando esta no ha previsto un hecho, pero sí ha regulado otro semejante, en los cuales existe identidad de razón”, (p. 612)

Asimismo, sostiene que para la aplicación analógica de una ley se debe seguir las siguientes exigencias:

- a) Que un hecho específico no esté comprendido ni en la letra ni en el espíritu de la norma.
- b) Que la ley regule un hecho semejante al omitido.
- c) Que exista identidad en el hecho omitido y en el regulado.
- d) Que no se trate de una ley que establezca excepciones o restrinja derechos, (p. 614)

Hay dos tipos de analogías: analogía *iuris* y analogía *legis*:

A. Analogía iuris

Esta analogía toma un conjunto de principios o de normas existentes en el derecho y los aplica a una situación similar pero distinta de la supuesta en sus normas. (Rubio, 2013, p. 444)

B. Analogía legis

Esta analogía parte de una norma determinada y extiende sus consecuencias a otra situación inexistente, pero similar a la prevista en las normas. (Rubio, 2013, p. 444)

2.2.7.2.4. Principios del Derecho

A) Conceptos

El autor Torres (2006) define los principios generales del derecho como las “ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario”, (pp. 483-484)

El mismo autor sostiene también que dichos principios informan el ordenamiento jurídico y nos ofrecen los medios más adecuados para una mejor interpretación y aplicación de la norma legal y consuetudinaria. Ellos constituyen las bases teóricas y las razones lógicas que le dan al ordenamiento jurídico su sentido ético, su medida racional y su fuerza vital o histórica, (p. 484)

B) Funciones

Torres (2006) señala que los principios del derecho cumplen una triple función.

a. Función creadora (fuente material del derecho)

Los principios generales creativos señalan las pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogación de las normas. Los principios son los postulados éticos que informan, inspiran y orientan la actividad del órgano constituyente, legislador, ejecutivo, jurisdiccional y demás órganos menores de producción jurídica, así como el Derecho consuetudinario, (p. 485) **b. Función interpretativa**

Los principios generales son pautas o criterios de interpretación de las normas jurídicas. Por ejemplo, el principio de interpretar los textos de acuerdo con el pretendido por las partes, el principio de la interpretación sistemática de un texto, etc. (p. 485)

c. Función integradora (fuente formal del derecho)

Los principios generales irrumpen en el movimiento codificador como un remedio ideal para llenar las lagunas del derecho legislado, (p. 485)

2.2.8.2.5. Argumento a contrario

El argumento a contrario consiste en una doble inversión de la norma o de un principio jurídico, para desechar como no jurídico todo lo que sea distinto de lo que ella o él mandan. Este argumento requiere que quien lo aplica actúe en forma pulcra, pues puede ocurrir que otras normas hagan una excepción a la regla de la que extraemos al “a contrario” y permitan lo que este no. (Rubio, 2013, p. 443)

2.2.5.2.6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La jurisprudencia, como fuente del derecho, está referida al conjunto de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y a los actos administrativos firmes de última instancia. (Torres, 2006, p. 468)

En tal sentido, en materia constitucional, se aplica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente del derecho.

2.2.8.2.7. Argumentos de interpretación jurídica

Según el autor Rubio (2012), los argumentos de interpretación jurídica se dividen en:

A. Argumento a parí

Rubio (2012), señala:

El argumento *a pari* sostiene que “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho”. Su último fundamento es la equidad en el tratamiento jurídico de las personas y sus situaciones, lo que, a su vez, se funda en la igualdad ante la ley: si en una determinada circunstancia el derecho establece una consecuencia, en otra sustantivamente similar pero que no tiene norma jurídica aplicable, es procedente aplicar la misma consecuencia. Si no se hace tal cosa se estará tratando desigualmente a los que son sustantivamente similares o a las personas en circunstancias que también son semejantes para ellas, (pp. 134-135) Un ejemplo jurisprudencial de argumento *a pari* es el siguiente:

10. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el inciso j del artículo 89, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que el procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuicio político, no obstante que, en lo que atañe el levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

11. De lo expresado se deduce que la omisión en la que incurre el inciso j del artículo 89 del Reglamento (haber dejado de prever el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político) resulta atentatoria del principio de razonabilidad y, en la medida, inconstitucional. Siendo así, este Colegiado estima que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa “interrogativa”.

12. Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia interrogativa del ordenamiento, también denominada sentencia “*rima obbligata*” (de rima obligada) (Crisagulli, V. La sentenza “interpretative” della Corte costituzionale. En: Riv. Trim. Dir e proc civ., 1967), y, en ese sentido, considera que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para probar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99 de la Constitución, es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16 del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que debe darse al inciso k del artículo 89 del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, considerando que el Congreso declara ha lugar a la formación de causa, sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del Congreso, sin participación de la referida Comisión.” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de diciembre de 2003 en el Exp. 0006-2003-AI-TC sobre acción de inconstitucional interpuesta por 65

Congresistas de la República contra el inciso j del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República).

En consecuencia, este argumento sostiene que donde hay la misma razón, hay el mismo derecho, razón por la cual se funda en la equidad, la que, a su vez, se basa en la igualdad ante la ley; funciona cuando hay una sustantiva similitud entre dos situaciones de hecho, la que puede aparecer tanto por las características de ambas como por su finalidad. Por lo que debe aplicarse restrictivamente y con rigurosidad metódica. Existen excepciones expresas a su aplicación en el artículo 139 inciso 9 de la Constitución y en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, (p. 140)

B. Argumento A minoris ad maius

Este argumento sostiene que quien no puede lo menos, tampoco puede lo más; es decir, que se refiere a la autorización para realizar determinadas actividades o tomar decisiones con validez en el derecho y supone que, si no se tiene un poder jurídico para hacer algo o tomar una decisión, menos aún se tendrá un poder para tales fines de mayor alcance, peso o dimensión.

Además, este fundamento tiene una doble negación y funciona sobre la regla de la desequiparidad de poder dentro de dos términos análogos. Si alguien no tiene poder para esto, menos poder tendrá aquello que es de mayor significación. Hay que aplicarlo restrictivamente y sujeto a su metodología.

(Rubio Correa, 2012)

C. Argumento A maioris ad minus

Este argumento establece que quien puede lo más, puede lo menos; es un argumento de desequiparidad de poder: teniendo la mayor atribución puede tenerse la menor. Es un argumento de excepción y debe utilizarse restrictivamente, de acuerdo con una metodología segura, (p. 145)

D. Argumento a fortiori

Se llama así, a aquel argumento que establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, a que otro tiene mayores calidades para realizar tal acto o tomar tal decisión, también puede, o debe, hacerlo. Es un argumento de desquiparidad, porque el segundo sujeto tiene mayores aptitudes para realizar la acción o tomar la decisión. Es decir, establece que si un determinado sujeto tiene atribución para realizar un acto o tomar una decisión, aquel otro que tiene mayores calidades para realizar para realizar tal acto o tomar tal decisión también puede, o debe, hacerlo; para aplicarlo correctamente hay que utilizar la norma en su forma de supuesto consecuencia cuando la tiene, expresa el mandato en términos de sujeto-verbo- complemento y fijarse en que los verbos sean siempre utilizados en voz activa para no perder la vista al sujeto que actúa.

Por lo que debe ser utilizado restrictivamente y con un método que asegure su correcta aplicación, (p. 149)

E. Argumento a contrario

El argumento *a contrario* en invertir el significado de una norma que no sea una doble negación. La forma de hacerlo consiste en introducir dos negaciones en el contenido lógico de la norma existente.

Para utilizar correctamente al argumento es importante utilizar las normas bajo forma de su expresión lógica (proposición implicativa con supuesto y consecuencia si se trata de una de estas normas), usar el verbo en voz activa para identificar correctamente al sujeto y expresarse bajo la forma sujeto-verbo-complemento.

Cuando una norma en doble negación es convertida a afirmación no se está utilizando el argumento a contrario sino el método literal.

Como todos los argumentos de la integración jurídica, este debe ser utilizado en vía de excepción y siguiendo una metodología adecuada para evitar las numerosas equivocaciones que se producen con su uso. (Rubio Correa, 2012, pp. 161-162) **2.2.7.3. Argumentación Constitucional**

2.2.7.3.1. La teoría de la argumentación jurídica

Según Gascón & García (2003):

La TAJ es teoría. Esto significa que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Esta afirmación requiere de algunas precisiones. En primer lugar, la TAJ es básicamente teoría, no práctica. Con esto no se pretende afirmar que no tenga nada que ver con la práctica de los abogados y los jueces. Muy al contrario, la práctica del Derecho es tan importante para la TAJ que representa nada menos que su objeto de estudio. Pero precisamente por esta razón, son discursos distintos, lenguajes distintos, que operan en niveles distintos. La TAJ describe la práctica del Derecho y a veces prescribe cómo debería ser la práctica del Derecho; pero, en todo caso, constituye algo diverso de la propia práctica del Derecho. En otras palabras, la TAJ representa un metalenguaje (cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los juristas) que dispone de sus propios instrumentos y categorías, todos ellos diferentes en muchos casos de los que se emplean en el tráfico jurídico ordinario.

La TAJ es, en principio, descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa. Más precisamente, podemos desarrollar una TAJ desde una triple perspectiva: desde una perspectiva descriptiva (bien empírica o bien conceptual) y desde una perspectiva normativa:

- a) Desde una perspectiva empírica, el contenido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto fenómenos sociales, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc.
- b) Desde una perspectiva conceptual o analítica, el cometido de la TAJ consiste, como se ha anticipado, en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica. Esto supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva es fundamental entre los teóricos de la TAJ.
- c) Desde una perspectiva normativa, el cometido de la TAJ consiste en aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos a través de propuestas acerca de cómo éstos deberían acudir, (pp. 47-48)

A. Necesidad de Justificación en el Derecho

Gascón & García (2003) indican:

La ley es igual para todos y el Derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los Tribunales, pero entonces ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho. Es natural, pues, que los juristas hayan tratado de comprender cómo argumentan y cómo deberían hacerlo. La disciplina que se ocupa de esclarecer estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica, (pp. 43-44)

B. Argumentación que estudia la TAJ

Al respecto Gascón & García (2003) sostienen:

La TAJ se orienta al estudio de la argumentación a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. Esta aseveración merece dos matizaciones.

En primer lugar, debe señalarse que, consecuentemente, no pretende ocuparse directamente de la argumentación moral. Sin embargo, la realidad es que la TAJ no puede ignorar el razonamiento moral porque el razonamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado al razonamiento moral.

En segundo lugar; la argumentación jurídica se desarrolla en diversos ámbitos: en la creación del Derecho por parte del legislador, en su aplicación por parte de los jueces, en la doctrina jurídica, en los medios de comunicación social, etc. La TAJ se concentrará fundamentalmente en el razonamiento

jurídico desarrollado por los jueces. Posteriormente delimitaré con algo más de precisión el campo de la TAJ. (pp. 52-53)

C. La utilidad de la TAJ

Al respecto Gascón & García (2003) sostiene:

La TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir. En cuanto teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. En cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad decisoria, la dimensión práctica algo más clara, aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí sólo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica, (p. 54)

2.2.8.3.2. Vicios en la argumentación

Bergalli (citado por Meza, s.f.) indica que se llaman vicios en la argumentación a las formas en que se argumenta incorrectamente, esto es, a las falacias.

En tal sentido, se desarrollará los vicios en cuanto a las diversas categorías en que Toulmin las clasifica según que las mismas surjan: 1) de una falta de razones, 2) de las razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas, 4) de suposiciones no garantizadas y 5) de ambigüedades:

- 1) Respecto a la primera menciona que es la de petición de principio, esto es, se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original.
- 2) De las razones irrelevantes; cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; claro ejemplo de esta sería argumentar contra la persona, en argumentar ad ignorantiam, en apelar al pueblo, etc.
- 3) Las falacias debidas a razones defectuosas; se presentan cuando las razones para apoyar la pretensión son de tipo correcto; sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica, sería el caso cuando se llega a una conclusión con pocos ejemplos o ejemplos atípicos.
- 4) En las falacias debidas a suposiciones no garantizadas; se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando de hecho la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada, el ejemplo sería la falacia de la falsa causa.

5) Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología) o una colocación errónea del énfasis (falacia del acento) al afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (falacia de la composición) al afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división). (Atienza, citado por Meza, s.f., p. 107) 2.2.8.3.3. Argumentos interpretativos

Según Zavaleta (2014) son los instrumentos de justificación del significado conferido a los enunciados elegidos para resolver el caso. Los cuales ni son arbitrarios ni constitutivos, sino vienen a ser el producto de una actividad racional y argumentada que ofrece una conclusión fundada en forma de enunciado interpretativo, susceptible de ser universalizado (pp. 303-304)

El mismo autor antes citado los clasifica de la siguiente manera:

A. Argumento a sedes materiae

Este argumento postula la atribución o el rechazo del significado de un dispositivo o enunciado legal a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte. Desde esta perspectiva, la ubicación topográfica de una determinada disposición debe ser tomada en cuenta por el intérprete, dado que proporciona información sobre su contenido. Por lo que, para esta clase de argumento, la agrupación de los artículos en capítulos, títulos y secciones responde a que comparten ciertas características o principios comunes que son de ayuda para la labor interpretativa. Fundamentándose en la idea de que las disposiciones legales se encuentran racionalmente sistematizadas.

Siendo que la utilización racional de este argumento requiere primero, mostrar que el enunciado forma parte (o no) de un determinado título, capítulo o sección; y segundo, explicar las razones por las cuales es plausible inferir un significado específico del enunciado normativo a partir de su inserción (o su falta de inclusión) en el título, capítulo o sección. Por lo que este tipo de argumento requiere el complemento de otros argumentos.

B. Argumento a rúbrica

Postula la atribución de significado a un enunciado en función del título o la rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que dicho enunciado se encuentra. Por lo que tanto el argumento sedes materiae y argumento a rúbrica suelen ser utilizados conjuntamente.

C. Argumento de la coherencia

Sirve para descartar interpretaciones que hagan incompatible a un enunciado con otras normas del sistema y correlativamente, para optar dentro de las interpretaciones posibles, por aquella que sea más coherente con el resto del ordenamiento jurídico. Por lo que no propone significados, sino que sirve para eliminar significados y elegir el más acorde con el sistema.

D. Argumento teleológico

Consiste en otorgar a un enunciado legal el significado que, en el mayor grado posible, permita alcanzar el fin o los fines que persiga aquel enunciado. Por lo que para considerarse plausible la interpretación de un enunciado legal, debe justificarse suficientemente los dos elementos que componen el antecedente del argumento teleológico: que el fin de N es F y, que el significado S implica cumplimiento de dicho fin.

En donde la afirmación de que el fin de N es F, únicamente, estará justificada cuando se expliciten razones suficientes para aceptarla. Siendo por lo tanto éste argumento más fuerte cuando menos discutibles o dudosas sean dichas razones.

Frente a interpretaciones alternativas, no se satisface la exigencia de justificación con la mera exposición de razones en el sentido de que otorgándole el significado S a N se cumple el fin F, sino que es necesario además fundamentar que ese significado es el que permite la mejor realización de dicho fin. Por ello, cuando concurren varios significados que implican el cumplimiento del fin que corresponde al enunciado legal, deben seguirse dos pasos: ponderar las consecuencias que se derivan de cada una de las interpretaciones y, justificar cuál de esas consecuencias se corresponde mejor con la realización del fin del enunciado legal interpretado.

En todo caso, para la aplicación del argumento teleológico es necesario; primero, que el fin de N sea lo más explícito posible; y, segundo que no se obtuviera mediante esa argumentación una norma innecesaria o incoherente con otras normas del sistema.

E. Argumento histórico

Implica resolver un problema interpretativo sobre una regla actual y vigente, recurriendo al significado que le era atribuido a una regla derogada. Es todo argumento proporcionado por los antecedentes y la historia del instituto o categoría jurídica que el enunciado interpretado regula.

F. Argumento psicológico

Consiste en recurrir a la voluntad para justificar la atribución de significado a una disposición jurídica. Se trata de buscar la razón de la ley en la intención que tuvo el legislador para promulgarla, teniendo en cuenta los hechos que aquel busca regular. Este argumento se apoya en los trabajos preparatorios, los informes de las comisiones legislativas, las exposiciones de motivos, los preámbulos, etc.

G. Argumento apagógico

El razonamiento apagógico, de reducción al absurdo o a lo imposible. A través de este argumento se establece la verdad de una determinada hipótesis dando un rodeo; esto es, demostrando que la hipótesis contraria es, a su vez, opuesta con otra que de antemano ha sido reconocida como verdadera.

Para aplicar el argumento por reducción al absurdo se requieren de dos hipótesis, ambas contradictorias o incompatibles entre sí y, por tanto, imposibles de existir al mismo tiempo y en idéntico lugar. Así primero se demuestra la falsedad de la hipótesis opuesta a la que se defiende, a partir de su inconsecuencia con una tesis incuestionable o previamente aceptada (premisa de contraste), para luego concluir en la verdad de la hipótesis esgrimida por aplicación del principio lógico de tercio excluido, conforme al cual entre dos proposiciones sobre el mismo objeto de las cuales una niega y la otra afirma, si se ha reconocido o demostrado que una es falsa, la otra es verdadera, no siendo posible que exista una tercera alternativa.

Por ello en el ámbito jurídico, el uso del argumento ad absurdum no se limita a rechazar las inconsistencias lógicas. La noción de absurdo es mucho más amplia y abarca cualquier afirmación considerada inaceptable o incoherente con el ordenamiento jurídico. De este modo, se define como argumento que permite rechazar un significado o una interpretación de un texto normativo (prima facie posible), porque conduciría a consecuencias o resultados absurdos, por ser jurídicamente imposibles o inaceptables.

Empero cabe resaltar que la cuestión es cuándo puede sostenerse que una interpretación determinada conduce a resultados absurdos.

Razón por la cual, los españoles Gascón y García señalan que para sostener que una determinada interpretación conduce a resultados absurdos “(...) quien use este argumento tendrá que estar dispuesto a demostrar dos cosas: que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado, es decir, que I - R; y que ese resultado es absurdo, no deseable e inaceptable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; es decir, que es obligatorio no-R.

H. Argumento de autoridad

Es uno de los que más frecuente uso tiene en la práctica jurisdiccional. Consiste en recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia para establecer el significado de una categoría, un principio o una determinada disposición jurídica.

El término autoridad se refiere a una persona o a un órgano, por lo que esta clase de argumento consiste en invocar las opiniones, criterios o juicios de una persona, grupo de personas o instituciones acreditadas como especialistas en el ámbito sobre el que se está discutiendo, como fundamento para dotar solidez a la interpretación.

Si la apelación a la autoridad tiene en cuenta las razones que esta ofrece para defender una determinada solución, el argumento tendrá la fuerza de esas razones; sin embargo, si solo se apela al prestigio de la persona que formuló la opinión, el argumento no tendrá ninguna fuerza justificativa, aunque puede ser persuasivo. Cuando hay discrepancia entre los autores sobre las soluciones para el problema interpretativo, lo dicho precedentemente es fundamental, ya que deberán aportarse razones adicionales para preferir una determinada posición en lugar de otra u otras.

Por ello tomando lo referido por Weston, respecto a la argumentación en general, se debe de tomar en cuenta que las fuentes deben ser citadas; debe verificarse que las fuentes estén bien informadas; debe tomarse en cuenta si las fuentes son imparciales; deben comprobarse las fuentes.

I. Argumento analógico

El argumento analógico, a pari, o a simili justifica atribuir una consecuencia jurídica prevista para un determinado supuesto de hecho, a otro supuesto de hecho no contemplado en la norma y no regulado en otra, pero que guarda relación con el supuesto de hecho regulado por una semejanza esencial.

En cuanto al requisito de la semejanza entre el supuesto regulado y el no regulado, debe precisarse que ella se trata de una propiedad cualitativa, la cual se caracteriza por ser relevante y suficiente para permitir el tratamiento igualitario entre ambos supuestos.

Las analogías solo requieren similitudes relevantes, asimismo la analogía no puede prosperar cuando en vez de haber una semejanza relevante lo que existe es una diferencia esencial entre los casos.

El requisito de la identidad de razón entre los supuestos se refiere a la existencia de un mismo fundamento jurídico para la aplicación de la consecuencia jurídica que se pretende para el supuesto no regulado. En el Derecho Penal solo es aplicable la denominada analogía in bonam parte.

J. Argumento a fortiori

Se trata de un procedimiento discursivo a través del cual se interpreta que un determinado supuesto de hecho, distinto al previsto expresamente por una disposición legal, merece con mayor razón la consecuencia jurídica que dicha disposición establece.

El argumento a fortiori se manifiesta bajo dos formas: a maiori ad minus y a minori ad maius. El primer caso se aplica a las calificaciones ventajosas, como los derechos o las autorizaciones, mientras que el segundo se aplica a las calificaciones desventajosas, como los deberes.

Los elementos del argumento a fortiori son los siguientes:

- Una norma N que regula un supuesto SI al que aplica la consecuencia jurídica C.

- Otro supuesto S2 no regulado por ninguna norma.
- El supuesto S2 merece con mayor razón que S1 la consecuencia C.
- El argumento a fortiori justifica la aplicación de la consecuencia C también Al supuesto S2.

Características del Argumento a fortiori:

- a) En principio como se desprende de (i) y (ii) este argumento es aplicable frente al silencio del legislador respecto de la solución que debe dársele al supuesto no regulado.
- b) Según se infiere de (iii), el argumento a fortiori se basa en un juicio comparativo de merecimiento, en donde la consecuencia jurídica prevista en la disposición legal se aplica al supuesto no regulado por merecerlo con mayor razón que el regulado.
- c) El núcleo del argumento a fortiori es esa mayor razón, para cuyo efecto resultará indispensable la identificación de la ratio legis de la disposición a interpretar.
- d) El elemento (iv) denota que el argumento a fortiori es un mecanismo de interpretación extensiva. **K. Argumento a partir de principios**

En la doctrina y en la legislación se reconoce que los principios cumplen dos funciones esenciales: interpretativa, según la cual las reglas deben interpretarse a la luz de los principios que las fundamentan; e integradora, en el sentido que, ante el vacío o deficiencia de la ley, se deben recurrir a los principios que rijan en determinada área del Derecho para resolver el caso.

El argumento a partir de principios, en función interpretativa, requerirá, entonces, primero, justificar que la regla en cuestión tiene como fundamento a un determinado principio; y, segundo, justificar que el contenido de dicho principio es compatible con un determinado significado y no con otro.

La segunda de las funciones (integradora) implica que ni siquiera existe una regla que pueda ser aplicada por analogía, por lo que la integración debe hacerse a partir de los principios. Sin embargo, cabe mencionar que no se considera como argumento interpretativo sino como un instrumento de creación del derecho. Por ello, su uso debe ser sumamente excepcional. Por ello el Juez, deberá verificar la inexistencia de una regla que regule el caso o que pueda ser aplicada por analogía. Luego deberá realizar una ponderación entre el principio del cual pretende extraer una determinada solución y el principio que se vería afectado con ella. El resultado de dicha ponderación deberá ser una regla que sirva para resolver el caso.

L. Argumento económico

Recurre al criterio de la no redundancia del discurso legislativo, en donde el legislador por ser racional, no es redundante, de manera que el significado de un determinado enunciado legal debe ser particular y no constituir una mera repetición de otras disposiciones. Considerado como un argumento negativo, pues no sirve para atribuir un significado a un enunciado legal, sino para rechazar un significado por considerar que reiteraría otra norma distinta, dando lugar a dos normas jurídicas que prevén la misma consecuencia para un mismo supuesto de hecho.

2.2.8.3.4. Exigencias de Nuevos Cánones de Argumentación

Dicha exigencia representa uno de los requerimientos de mayor significado constitucional para los jueces del Estado Constitucional, donde existe la necesidad de asumir un enfoque argumentativo de mayor contenido axiológico, en el sentido que la interpretación de los derechos fundamentales representa una labor sujeta a estándares más complejos en comparación a la argumentación que se presenta en sede ordinaria.

Cabe señalar lo expresado por (Figuroa, 2014) al respecto:

“Si el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas, pues los conflictos normativos han de ser resueltos desde la óptica de las normas-regla en su calidad de mandatos definitivos, por ello se menciona a Kelsen, el cual advertía como fundamento interpretativo, que es necesario sostener reglas claras que generen resultados claros, no contaminados por factores extraños a la decisión judicial, sin embargo con el transcurrir del tiempo se fue evidenciando el problema o conflicto relacionado a evidenciar signos de insuficiencia por parte de las reglas existentes, que no permiten resolver los conflictos íntegramente.

Sin embargo, si bien los principios generales del derecho acudían a pretender llenar los vacíos de las normas, no resultaba forma de justificación suficiente, en tanto frente a colisiones de principios presentaban contenidos axiológicos, que las reglas no podían en su conjunto resolver. Y que sumado a ello los intérpretes exigían una solución de carácter integral frente a las controversias producidas, respecto de las cuales las reglas presentaban un comportamiento de insuficiencia.

Razón de ello surge la exigencia de nuevos cánones de argumentación en los contextos descritos, en el sentido que, a partir de los espacios interpretativos, que comienzan a permitir los principios como mandatos de optimización, y sobre todo, a partir de la concepción tutelar de los derechos fundamentales como normas-principio que deben cumplir una función integradora respecto de los vacíos que las normas-regla no se encuentran en la condición de satisfacer. Por lo que con los mandatos de optimización comienzan a identificar, entonces aproximaciones a acciones de hacer o

no hacer, pero bajo una forma aplicativa, es decir; identificando el mejor escenario posible para la realización de un derecho fundamental”, (pp. 66-67)

Empero, cabe señalar que, la optimización no tiene un contenido definitivo en forma similar al juicio jurídico que representa una norma-regla, pues el mandato de moralidad del derecho fundamental implicará un hacer o no hacer que se acerque de modo más próximo al contenido del derecho fundamental invocado; es decir su aplicación al caso concreto procurará representar la forma más adecuada de tutelar el derecho concernido.

5.2.8. LOS DERECHOS PRIMORDIALES

Sólo pueden ser realizables en su máxima expresión en el estado constitucional de derecho o por vía de la Democracia constitucional es decir en aquella relación social política de los Derechos son tutelados por ser la máxima norma del Estado. En este orden de ideas, tanto la Constitución como los tribunales son los ingredientes necesarios para efectivizar la realización de los Derechos básicos y fundamentales del hombre puede ser que los derechos estén perfectamente consagrados en la carta o en la Constitución fundamental del Estado, pero si no existe un máximo tribunal que vela por el cumplimiento de tales prescripciones es el instrumento político jurídico será mera formulación retórica sin poder de coacción para el cumplimiento puntal, en ese sentido, los derechos fundamentales establecidos por la Constitución representa el reconocimiento de la dignidad humana y por tal importa el ejercicio y disfrute de los derechos por tal razón su exigibilidad y pretensión corresponde al individuo como sujeto de derecho en efecto los derechos fundamentales más que enunciados prescriptivos contenidos en una norma, son condiciones necesarias para la vida, para la convivencia social, tanto entre las personas de un mismo Estado, así como la relación de otros Estados de otra parte estos derechos consagrados constituyen pautas legítimas y jurídicas de comportamiento legal y moral de los ciudadanos, pero también son mandatos imperativos para el Estado: la trascendencia y necesidad de contar con el catálogo de los derechos fundamentales, por lo que es exigencia natural de la condición de dignidad de la persona humana, siendo estos derechos incluso anteriores a la formación del estado.

Los derechos fundamentales en principio pertenecen a la persona humana pues es una categoría innata a su condición misma de especie humana por esa razón se sustenta que el Estado no otorga tales derechos, sino que como ente Estatal sólo reconoce la existencia y como tal brinda tutela para su pretensión de ejercicio. (Pérez, 2013, pp. 672-675)

2.2.8.1. Los Derechos Primordiales o Derechos Humanos Según

Pérez (2013):

Los Derechos Humanos son derechos naturales pertenecientes a la especie humana desde su venida al mundo hasta su extinción, por lo cual no pueden ser objeto de supresión así estos derechos toman un sentido distinto cuando son recogidos en los ordenamientos jurídicos pero de ningún modo quiere

decir que una vez recogidos en la Constitución pierden su esencia en lo absoluto sólo que toman otra dimensión una dimensión de corrección funcional y de juridicidad por parte del Estado de este modo el Estado se encarga de protegerla mediante la tutela efectiva de los mismos además, como afirma el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Zúrich, el sistema de Derechos Humanos en la Constitución es una categoría fundamental en la movilidad del Estado social constitucional solidario y democrático de derecho son derechos no sujetos a la supresión legal por cuanto por su naturaleza les ha reconocido al hombre, importando que dichas facultades sean gracias, de manera que permiten la realización y consagración en cada tiempo lugar y por ello donde esté el hombre los derechos fundamentales le han de seguir como Pauta de su libertad.

Se sostiene que las raíces históricas o base de los derechos fundamentales se retraen hasta las épocas antiguas pues su nacimiento y desarrollo como garantías jurídicas individuales están ligados inseparablemente el desarrollo del Estado moderno la necesidad de conceptualizar la nación entre derechos fundamentales y Derechos Humanos ha llevado al TCP a limitar y sostener que los derechos fundamentales con relación a otras categorías como los Derechos Humanos es de suma importancia dada la función que cumple dentro del Estado social y democrático de derecho el intérprete constitucional se encuentra obligado a participar de la tarea siempre abierta y de profundizar en el estatuto jurídico y las garantías que comprende los derechos fundamentales que debe conjugarse con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implantación podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potenciales potencialidades en la sociedad es una opción tiene que ser contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en la historia, (pp. 676-680)

2.2.8.2. La Teoría de los Derechos Fundamentales entre el Iusnaturalismo y el Positivismo Según Norberto Bobbio (citado por Pérez, 2013) señala:

Toda teoría puede ser considerada desde un punto de vista de su significado ideológico o desde el punto de vista de su valor científico como ciencia una teoría tiende a afirmar ciertos valores ideales y a promover ciertas acciones como doctrina científica es decir que trata de comprender una cierta realidad y explicarla.

En palabras de Rodolfo P. Escalante manifiesta que:

En la teoría hay un conjunto de atributos que el hombre tiene por su sola condición de hombre derivados por lo tanto no de la voluntad del Estado sino de la naturaleza misma de las cosas llamémosla derechos naturales inmersos en la conciencia ética del hombre y de la humanidad, llamémosla como sea, pero que son atributos con los que el hombre nace y que los tiene por su sola condición de tal toda esta teoría de derechos que el Estado no inventó sino que los tiene que reconocer

porque el Estado no los crea, sino que los descubre, ya que el Estado no otorga sino que tiene que reconocer y por lo tanto no son punibles por el Estado la exigibilidad de los derechos y las libertades son bases para la democracia constitucional para el Estado el reconocimiento de estos derechos al menos se desprende de tres órdenes de proteger de brindar seguridad y de exigir medios idóneos para que estos derechos y libertades públicas se efectivicen. Asimismo, los derechos fundamentales contienen una gama de derechos como los derechos políticos económicos y sociales que son derechos de mucha trascendencia para el desarrollo y fines de la persona humana a la vez comportan la doble dimensión, (pp. 671-683)

2.2.8.3. El valor axiológico de los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia no son subjetivos absolutos, lo que significaría el gozo de uno en perjuicio de otro sino que estos derechos deben ser armonizados de manera que la protección sea una garantía que es de disfrute teniendo en cuenta que los derechos fundamentales como principios y valores imperantes en un sistema constitucional están sujetos en caso de colisión o ponderación si bien los derechos fundamentales son indispensables y como tal su disfrute es a favor del ciudadano, también es que el Estado, a través de los órganos competentes debe protegerlos.

En otras palabras, sin perjuicio o afectación entre tales derechos el reconocimiento de los derechos fundamentales comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares también lo es en su connotación ética y axiológica, en tanto manifestaciones concretas positivas del principio - derecho de dignidad humana preexistente al orden Estatal y proyectando como el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1o de la Constitución).

Por su parte, el propio derecho fundamental se convierte en un punto de conexión para los deberes de acción u omisión de terceros para los propios derechos en el ordenamiento jurídico privado o en otros ordenamientos jurídicos de protección de valores, en virtud de la supremacía de la Constitución o, precisamente eficacia directa jurídico - material frente a terceros el reconocimiento universal de los derechos fundamentales a todos los seres humanos sin distinción de color, raza, sexo, idioma; condición de TC es la base o Pilar fundamental del Estado constitucional de derecho este reconocimiento es por la condición de dignidad de la persona humana, estos derechos son de por sí una especie de derechos natos de toda la humanidad, por lo mismo que no están sujetos al tráfico patrimonial es decir no pueden ser dispuestos por su titular sea a título de donación o por contraprestación en cambio los derechos de contenido patrimonial en sentido estricto pueden ser dados en sus diversos modos de traslación de dominio por el titular de los derechos fundamentales son derechos universales esta razón es consecuencia de la universalización e internalización de los Derechos Humanos.

El término derechos fundamentales es establecido como expresión del disenso frente al poder Estatal así se afirma que la idea de recurrir a estos fines del disenso con preferencia sobre el consenso no parece del todo descabellada.

Consecuentemente, los derechos fundamentales como derechos subjetivos de la persona humana en su condición de subordinados al poder Estatal, son estos mismos parámetros de control del ejercicio estatal; en tal sentido se comprende los derechos fundamentales como el conjunto de derechos y deberes de toda persona y que por tanto nadie puede ejercitar actos contra el derecho fundamental, ya que esos derechos o libertades públicas de por sí tiene un doble imperativo tanto nacional como internacional, (pp. 684-688)

2.2.8.4. Las características de los Derechos Fundamentales

Una de las características de los derechos fundamentales es que no son creación del Estado, sino que solos los reconoce por medio de la Constitución y garantiza su ejercicio por medio de un orden jurídico estos derechos pueden ser tanto de efecto individual de la persona a su vez pueden ser comprendidos en comunidad.

En relación de la sociedad frente al Estado el primer caso denota que sus derechos constitucionales le son inherentes a su condición espiritual y corporal, por ello deben ser reconocidos. Al ser respetados en esto radica la razón de ser derechos fundamentales, de esa manera el Estado debe tratar de que estos derechos, ya constitucionalizados en el texto jurídico maximicen su ejercicio en el plano social cultural y asimismo los derechos fundamentales deben ser distribuidos en igualdad de condiciones a su vez.

Esto indica que, el Estado no puede actuar frente a grupos de ciudadanos que implique favorecimiento en agravio de otra parte que tiene el mismo derecho fundamental, los tratados de los Derechos Humanos por su esencia confieren derechos a los individuos frente al Estado de manera que la obligación del Estado esta impuesta por la propia Constitución y asimismo por la convención suscrita sobre Derechos Humanos.

Tengamos en cuenta lo que sostuvo la CIDH a raíz de una opinión consultiva, precisó que los tratados modernos sobre Derechos Humanos en general y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de intercambio recíproco de derecho para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, al aprobar estos tratados sobre Derechos Humanos los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción; de otra parte, a la letra del artículo 29° referido a la interpretación del tratado, establece que ninguna disposición de la convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y otros actos

internacionales de la misma naturaleza la maximización de los derechos fundamentales viene impuesta desde la convención que desde allí irradia al orden jurídico nacional. (Pérez, 2013)

Las principales características de los derechos fundamentales son:

- a) **Derechos de carácter universal**, pues su utilidad corresponde a todos los seres humanos sin distinción de raza, ideología, sexo, edad y todo cuanto atributo que, pudiera hacer distingo y que no afecte la condición humana edad, sexo, estatura, ocupación, etcétera.
- b) **Derechos absolutos**, ya que su titularidad es una exigencia constitutiva y suprema de los seres humanos no están sujetos a tratativas entre el Estado ni entre los miembros en sí. Razón por la cual, se exige cumplimiento en los términos expresados en las declaraciones y el texto constitucional.
- c) **Derechos inalienables**, por qué su titularidad es irrenunciable e imprescriptible no sujeta renuncia por la condición que estos derechos significan para el ser humano porque son derechos irreversibles por pertenecer a todos y a cada uno de los miembros de la colectividad es irrevocable y perpetua, por tanto, no es posible su extinción o su supresión.
- e) **Derechos interdependientes**; el conjunto catálogo de los derechos fundamentales se fundamenta en la interrelación mutua a fin de concretarse el ejercicio pleno de los mismos.
- f) **Son derechos inmutables**, el conjunto de los derechos fundamentales es indeleble y no montable es decir no puede modificarse en el tiempo, (pp. 688-692)

2.2.8.5. La doble dimensión de los Derechos Fundamentales

La doble dimensión de los derechos fundamentales es para el propio Estado un eje de ejercicio como entidad Estatal pues es la única entidad como Estado que puede y debe brindar los canales de tutela para que no sean vulnerados, se sostiene que el concepto de los derechos fundamentales presenta en primer lugar su dimensión objetiva esto es su trascendencia del ámbito propio de los Derechos individuales hacia el otro a hacia todo el aparato organizativo del Estado, más aún el aparato estatal no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los Derechos, y en segundo lugar, corresponde con lo primero, la existencia de la acción de tutela la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los Derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales que sirva para unificar criterios de interpretación. (SCCC. Exp. N 406/92), en tal sentencia se estimó para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir una serie requisitos esenciales que están en conexión directa con los principios constitucionales. (Citado por Pérez, 2013)

Respecto a la doble dimensión de los derechos fundamentales el TC señala que los derechos fundamentales en primer lugar son derechos subjetivos, derechos de los individuos que, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos, en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de derecho y más tarde en el Estado de derecho o el estado social y democrático de derecho. Asimismo, estos derechos constituyen desde el punto de vista formal aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuye de manera universal a todos los sujetos en cuanto personas con capacidad de obrar además estos derechos que están contenidos en formas en norma en la norma Suprema del Estado, pasan a formar parte del derecho positivo pero de un grado superior pues representan derechos muy especiales generalmente en la mayor parte para ser ejercidos frente del estado por esa razón el sistema constitucional es un sistema de límites a los poderes públicos. STCE. Exp. N 25/1981. F. J. N 5) De otra parte, el TC expone que:

La dimensión que tienen los derechos fundamentales en su vertiente objetiva es que constituyen un elemento fundamental del ordenamiento objetivo en donde los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos, a dicho ordenamiento, en nuestro caso al Estado social y democrático de derecho y, atañen al conjunto Estatal en esta función los derechos fundamentales que no están afectados por la estructura Federal, regional o autonómicas del Estado; por lo que se puede decir que los derechos fundamentales se fundan en un estatus jurídico constitucional unitario para todos los españoles son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente constituidos del ordenamiento jurídico cuya vigencia atañe a todos por igual. Por así decirlo, una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna. (STCE. Exp. N 25/1981. F. J. N 5). En efecto silos derechos fundamentales tienen una dimensión tanto individual como colectiva el ejercicio de los mismos corresponden de igual manera, (pp. 695-697)

2.2.8.6. La eficacia directa de los Derechos Fundamentales

La legitimidad del ejercicio de los derechos fundamentales dependerá de las garantías procesales que exista para su tutela ya sean estas genéricas si son aplicables a todos los derechos e intereses, por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad español que somete a su estudio no sólo las leyes de derechos fundamentales sino cualquiera o específicas y corresponden a los derechos fundamentales por ejemplo el amparo judicial ordinario español que tutela la libertad, es el recurso de Amparo el hábeas Corpus que tutela la libertad personal en efecto el alcance y significado de los derechos fundamentales en un estado dependerá del tipo de estado de qué se trata el liberal o social y la concepción que se tenga de los derechos fundamentales determinará la asignación del poder público así el sistema político y jurídico se orientará a respeto y promoción de la persona humana en su

dimensión individual y se trata de un estado liberal o colectiva de un estado social de derecho lo que importa es que se protejan Los derechos fundamentales y entender que no son los derechos catalogados en las convenciones sino conforme la sociedad avanza los derechos fundamentales pueden ser consagrados por los tribunales en su caso. (Pérez, 2013, pp. 699-700)

La eficacia de los derechos fundamentales como cualquier otra norma constitucional sólo puede ser medida en términos jurídicos a partir de la aptitud de su contenido normativo para la consecución del objeto la garantía de un determinado ámbito de libertad personal se sostiene que la quiebra de la convicción igual e igualitaria es la que se ha promovido la extensión de los derechos fundamentales al ámbito privado lo que ha permitido preguntarse si acaso los derechos no deben ser también preferentes o al menos protegidos en el entrapado de las relaciones jurídicas, así la autonomía privada, si la resistencia de los Derechos Humanos tapó la exigencia de preservar los derechos naturales una vez constituido el Estado y por tanto un poder superior al de cualquier individuo la constatación de que sea desigual es característica también de la sociedad civil parece postular. Asimismo, en la formulación de 10 hechos resistentes que sirven como Barrera protectora de la libertad frente a los sujetos privados. (Pérez, 2013, p. 702)

2.2.8.7. *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales* Siguiendo al mismo autor:

Cuanto al contenido de los derechos fundamentales o en cuanto integrante está el contenido constitucionalmente protegido sabría distinguir de un lado un contenido no esencial esto es claudicante, ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador y extramuros el contenido constitucionalmente protegido un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales, como es bien conocido en la interpretación de la cláusula del contenido esencial pugnan dos posiciones de las llamadas: teoría relativa y la absoluta.

En síntesis, la primera teoría viene a identificar el contenido esencial con la exigencia de justificación de la medida limitadora lo que conduce a un cierto vaciamiento de la garantía en cuestión el contenido esencial de un derecho sería aquella parte del derecho que todavía queda de una vez que ha operado una limitación justificada legítima, lo que en hipótesis podría conducir hasta el orificio completo del derecho, si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomienda; la segunda, en cambio viene a sostener la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado, en todo caso, es decir aun cuando concurría razones justificatorias de su limitación, restricción, el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate

pero si la primera teoría puede desembocar en un vaciamiento de la cláusula o propiciar incluso una disminución del nivel de las garantías, (pp. 705-706)

2.2.8.8. Los Derechos Fundamentales y la Constitución Al respecto, Pérez (2013) sostiene:

Los derechos fundamentales contienen una definición formal o estructural, así son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas de ciudadanos sobre personas con capacidad de obrar entendida por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva prestaciones o negativa de no sufrir lesiones adscritas a un sujeto.

Asimismo, por una norma jurídica positiva como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas, una vez que los derechos han sido integrados al cuarto constitucional, significa que el Estado los ha reconocido y luego del reconocimiento los derechos adquieren juridicidad, es decir, son derechos cuya protección cumplimiento y promoción se exigen al Estado el por qué, nada serviría que el estado los reconozca si no brinda garantías, ni las consecuencias jurídicas; lo fundamental es aquí que los derechos reconocidos por la Constitución tenga tutela jurídica a fin de que no sean enunciados retóricos, sino jurídicos, y por tal razón efectivos la Constitución peruana recoge de manera general el tema de los derechos fundamentales en el artículo 2 y además en el artículo 3, el cual contiene un numerus apertus, al establecer la enumeración de los Derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás de que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se funda en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno Por otra parte tenemos la cuarta disposición final de la Constitución que como parte integradora de los derechos fundamentales sostiene las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la declaración universal de los derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. El TCP para consagrar los derechos fundamentales , en tal sentido se tiene que la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y la cláusula de los Derechos implícitos o no enumerados da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto sino a todos aquellos que de manera implícita se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática, para el reconocimiento de los derechos fundamentales históricamente; para nuestro caso, la Constitución peruana de 1823 recogió la declaración de dos derechos fundamentales: a la libertad y a la igualdad ante la ley, luego, muchos años la Constitución de 1979 reconoció una gama de derechos fundamentales, (pp. 710-711)

2.2.8.9. Los Derechos Fundamentales en las Decisiones de los Tribunales Siguiendo con el mismo autor:

El artículo 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales con la finalidad de proteger los derechos; en ese sentido, la CEDH sostiene que el artículo 25.1 de la convención, contempla la obligación de los Estados de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, dicha efectividad supone que además de la existencia formal de los recursos éstos tengan resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados, ya sea en la convención, en la Constitución o en las leyes; en ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso, dado resulten ilusorios ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de Justicia, así el proceso debe tener la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea en dicho pronunciamiento.

En reiterada jurisprudencia:

El TCP ha precisado que, los derechos fundamentales pueden ser limitados restringidos o intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación restricción o intervención resulta injustificada en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional, por ello se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos, sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo, sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los Derechos o bienes que se encuentren en conflicto, (pp. 719-721)

2.2.8.10. Derecho Fundamental e Institución del Derecho según caso en estudio

2.2.8.10.1. Proceso Constitucional de Amparo

La Constitución Política del Perú en su artículo 200 inciso 2 se refiere al amparo al establecer que: La acción de amparo procede cuando el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos en la Constitución, es decir que hace una excepción al habeas Corpus, habeas data y acción de cumplimiento que protegen otros derechos, también constitucionales pero diferentes a los derechos que protege el amparo.

El proceso de amparo tiene por finalidad, asegurar a los ciudadanos el goce efectivo de sus derechos constitucionales, protegiéndolos de la restricción o amenaza por parte del Estado o de los particulares, con excepción de la libertad física o corporal que es protegida por el habeas corpus.

Gutiérrez (2007) señala que el amparo tuvo su origen en México y textualmente dice: “Ciertamente es en México, concretamente con la dación de la Constitución del Estado Federado de Yucatán sancionadas el 16 de Mayo de 1841, donde con el gran aporte del jurista y político Manuel Crescencio García Rejón, considerando uno de los padres del juicio de amparo, se introdujo por primera vez con ese nombre, el juicio de amparo como soslaya CARPIZO y otro, procedía ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia del Estado contra leyes y decretos de la legislatura que fueron contrarios al texto literal de la constitución...”

En el Perú la Ley N° 2223 expedida en febrero del año 1916 se refirió por primera vez al amparo, al establecer en su artículo 7, que todas las garantías establecidas en el artículo IV de la Constitución Política del Estado, darán lugar a recursos destinados a amparar a los habitantes de la república que fueran amenazados en el goce de sus libertades, o hacer cosas las restricciones indebidas impuestas por cualquier autoridad.

Asimismo al amparo como derecho fundamental estuvo protegido en el artículo 69 de la Constitución de 1993, de igual modo en el artículo 295 de la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993 vigente, se refiere al amparo en el inciso 2 de su artículo 200 y finalmente el Código Procesal Constitucional Vigente desde el 01 de Diciembre de 2004, regula el proceso de amparo en su artículo 37 señalando 25 derechos fundamentales que pueden ser demandados por las personas a las cuales se les haya privado o vulnerado dichos derechos o garantías individuales y sociales.

El Tribunal Constitucional califica al amparo como un proceso judicial de carácter constitucional que tiene por finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona con excepción de los derechos que protegen el habeas Corpus, el habeas data y la acción de cumplimiento ante violaciones o amenazas provenientes de una autoridad o de un particular.

2.2.8.10.2. El derecho fundamental al trabajo

El Art. 22 de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente:

“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”

La Constitución Política del Estado en su artículo 22 protege el derecho fundamental que tiene toda persona a trabajar y percibir un sueldo que le permita vivir decorosamente, es decir; tiene derecho a que el Estado le proporcione un trabajo para que pueda mantenerse el mismo y a su familia.

El derecho al trabajo también aparece recogido en las normas internacionales sobre derechos humanos, así por ejemplo la declaración Universal de los Derechos Humanos al referirse al derecho

de trabajo establece que comprende la libertad de elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, así como la protección contra el desempleo. Asimismo, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, prevé que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para garantizarlos.

Debemos tener cuenta que el derecho al trabajo comprende: a) el acceso al trabajo, b) el derecho a la promoción o ascenso, c) la reposición ante despido sin expresión de causa, así lo ha entendido el

Tribunal Constitucional que en el expediente N°1124-2011-AA/TC expreso: “Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo por una parte y por otra el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

Los artículos 25 y 26 de la Constitución Política se refieren a la remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual, así como la obligación de trabajo solamente 8 horas diarias, es decir, 48 horas semanales como máximo.

2.2.8.10.3. El derecho a la igualdad ante la Ley

En cuanto se refiere al derecho fundamental de igualdad, la constitución en su artículo 2, inciso 2, establece lo siguiente:

“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 cualquier otra índole”.

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 que vertebran el ordenamiento jurídico. Vistos así, los derechos fundamentales se comportan como principios estructurales básicos para el derecho positivo y el aparato estatal, 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.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional como 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 "

Cabe, con lo dicho, especificar el contenido de ambas dimensiones de la igualdad previstas en la Carta Fundamental.

2.2.8.10.3. 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. 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 Dworkin, y en gran medida aun giran a su alrededor.

Por su parte Alexy (1997) 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". 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 jurídico.

Ahora bien, para nosotros, los principios generales del Derecho son fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Se encuentran invariablemente en su 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 ellas⁶⁸, 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.

2.2.8.10.4. El despido arbitrario

Nuestra Constitución Política en su artículo 27, se refiere a la protección del trabajador contra el despido arbitrario de la siguiente manera:

“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” debemos destacar sin embargo que la constitución Política de 1979 fue mucho más protectora del trabajador, puesto que en su artículo 48 decía: “El Estado reconoce el derecho a la estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa señalada en la ley y debidamente comprobada”

La doctrina laboralista concuerda en señalar que este derecho comprende dos aspectos: a) la estabilidad laboral de entrada y la estabilidad laboral de salida.

La estabilidad laboral de entrada se refiere a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales solo cuando la labor que se vaya a cumplir sea de tal naturaleza.

La estabilidad laboral de salida la cual se encuentra referida a la prohibición del despido injustificado o arbitrario. Sin embargo, y como lo hemos señalado, existen dos modelos de estabilidad diferenciados, entre otros aspectos, en las consecuencias del acto de despido: a) estabilidad laboral absoluta y estabilidad laboral relativa.

Estabilidad laboral absoluta: viene a ser el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa de justificada, es decir en forma arbitraria por haberse convertido en un trabajador estable o permanente y en el caso en que fuera arbitrariamente despedido por el empleador tiene derecho a la restitución o reposición del trabajador en el empleo.

Estabilidad relativa: de acuerdo a esta modelo, la decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral sin causa justa tiene efectos extintivos, teniendo derecho el trabajador a una indemnización económica a cargo del empleador.

La Constitución Política opto por un sistema mixto donde no existe estabilidad laboral relativa, reservándose la reposición solamente por los despidos que afectan derechos constitucionales, como

es el caso del despido arbitrario establecido en el artículo 27 de la actual la constitución Política del Estado.

El artículo 27 de la Constitución no protege la estabilidad absoluta, es decir “el derecho a no ser despedido arbitrariamente”, ya que solamente reconoce el derecho del trabajador a la “protección adecuada” contra el despido arbitrario que es muy diferente a la estabilidad laboral absoluta.

2.2.8.10.5. El debido proceso

La Constitución política del Estado en su artículo 139, inciso 3, se refiere a la observancia del debido proceso, de la siguiente manera:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

El debido proceso constituye un ideal de justicia y comprende: a) el derecho al proceso y b) el derecho en el proceso.

El derecho al proceso, viene a ser el derecho que tiene toda persona a acceder a un proceso y que el Juez pronuncie sobre su pretensión, es decir que la persona tenga derechos a una justicia gratuita.

El derecho al debido proceso durante el proceso comprende el derecho a un Juez natural (competente), el derecho a la asistencia de un abogado, el derecho a un proceso público, el derecho a probar, el derecho a ser oído, el derecho a una sentencia justa, el derecho a impugnar para acceder a la segunda instancia.

El debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al Juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar plazo razonable, etc.

El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo

(...) o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Uno de los atributos del debido proceso lo constituye el derecho de defensa, que tiene como presupuesto para su ejercicio la debida notificación de las decisiones que pueden afectar una decisión jurídica.

2.2.8.10.6. El derecho a la defensa

El Artículo 139 de la Constitución Política del Estado en el inciso 14 al referirse al derecho de defensa establece lo siguiente:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

El derecho de defensa constituye un derecho fundamental ubicado en el Artículo 139 de la constitución Política del Estado dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional. El derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionador. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuirse la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se pueden promover.

El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención policial o judicial, debe ser informada irrestrictamente de las razones que lo promuevan y que desde el inicio hasta su culminación puede ser asistida por un defensor libremente elegido.

El derecho de defensa, garantiza que los justiciables en la determinación de sus derechos y obligaciones sea cual fuere su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.) no quede en estado de indefensión.

2.2.9. La motivación de las resoluciones.

La motivación de las resoluciones y de cualquier acto de la administración pública importa una debida adecuación del hecho a la decisión arribada; es decir se obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente, teniendo en cuenta la pretensión, sin cometer, por lo tanto, "(...) desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) (...). El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando

indefensión, constituye la vulneración del derecho a la tutela judicial y también el derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). (STCP. Exp. N° 04295-2007-PE1C/TC. F.J. N° 5). De este modo, la posibilidad de motivar adecuadamente será parte del razonamiento.

El plexo del derecho de motivación de las resoluciones judiciales y administrativas es una garantía del debido proceso, de eso no hay duda. Este derecho sirve como medio para evitar decisiones arbitrarias, parciales o carentes de sentido común, de manera que las resoluciones judiciales en general deben ser debidamente motivadas y por tanto no deben ser decisiones abstractas, sin fundamentos jurídicos.

De otra parte, puede ocurrir un mínimo grado de error en la motivación ya que la labor del juez, si bien debe ser óptimamente funcional, en ocasiones puede verse errado mínimamente, esto no significa que ha vulnerado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Al respecto, el TCP sostiene que “(...) el derecho es la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, qué implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes”. (STCP. Exp. N° 04295-2007-PHC/TC. F. J. N° 5).

Antes de motivar supone que el operador jurídico ha realizado un juicio de valores de los hechos y circunstancias que rodean al caso concreto. Por ello se dice que un razonamiento es la luz de las normas jurídicas y los hechos no pueden estar soportados únicamente por las normas legales, ya que las supuestas omnicomprensivas codificaciones no regulan todos los problemas sociales, (pp. 583584)

Asimismo, el TCP ha precisado que “(...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a formar una determinada decisión. Esas razones (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen a las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. (STCP. Exp. N 1480-2006-AA/TC. F. J. N° 2.)

De otra parte, el TCP ha especificado que el contenido constitucionalmente garantizado el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales queda delimitado en los supuestos siguientes:

A) *Inexistencias de motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo

aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión de que no responde las alegaciones de las partes del proceso o porque intenta dar cumplimiento formal al mandato amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. (STCP. Exp. N° 1480-2006AA/TC. F. J. N 2)

B) Falta de motivación interna de razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar al ámbito constitucional en la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. (STCP. Exp. N 00728-2008PHC/TC. F. J. N° 7)

C) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las partes el juez no los ha confrontado o analizado respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas la motivación se presenta en este caso como una garantía para validar premisas de la que parte del juez o tribunal en sus decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha decidido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “x”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “x” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal de razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez constitucional por una deficiencia en la justificación externa de razonamiento del Juez. (STCP. Exp. N° 00728-2008-PHC/TC. F. J. N° 7)

D) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada si bien como establecido este tribunal en reiterada jurisprudencia no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas la insuficiencia en términos generales sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional fiscal ausencia de argumento o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia está diciendo.

E) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera

congruente con los términos en que vengán planteadas sin cometer por lo tanto desviaciones que supongan modificación o alteración el debate procesal incongruencia activa desde luego no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control el incumplimiento total de dicha obligación, es decir dejar incontestadas las pretensiones por desviar la decisión del marco de debate judicial generando indefensión, constituye la vulneración del derecho a la tutela judicial y también el derecho a la motivación de la sentencia incongruencia omisiva, y es que partiendo de una concepción democratizadora del proceso como lo expresa nuestro texto fundamental artículo 139 inciso 2, 3 y 5; resulta imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada motivada y congruente pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez al momento de pronunciarse sobre una causa determinada no omita altere o se exceda en las peticiones ante el formuladas.

F) Motivaciones cualificadas. Conforme lo ha destacado, este tribunal resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda o cuando como producto de la decisión jurisdiccional se afectan derechos fundamentales como el de la Libertad, en estos casos la motivación de la sentencia opera como un doble mandato referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez del tribunal.

La jurisprudencia como mecanismo de integración tengamos en cuenta que la jurisprudencia se presenta en el sistema jurídico como sistema integrador de derecho de modo que no cabe duda que la jurisprudencia en cualquier rama del derecho es pieza fundamental en la modulación y sintonización del derecho en tal sentido, a la jurisprudencia se le atribuye cómo explicar la normativa si bien ésta no crea normas nuevas y distintas implica la superación del dogma de la estricta sumisión del juzgador a la letra de la ley no es necesario para destacar el valor de la jurisprudencia el desempeñarse como fuente del derecho pues dentro del marco de la sumisión de la ley tiene un ancho campo de creación inventiva fuera de la reelaboración permanente de las normas para revitalizarla y hacerla más eficaz ante las nuevas situaciones que la realidad va presentando, de otra parte en efecto tengamos presente lo establecido en el último párrafo del artículo 60 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el cual se manifiesta que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales que conforman la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional al señalar que la jurisprudencia no necesariamente puede ser vinculantes ya que se entiende que ésta se encuentra entre la sentencia y el precedente vinculante porque la jurisprudencia es una institución de repetición de criterios formados y de uso continuo razón por la cual ya no tiene el efecto vinculante como si lo tiene el precedente los jueces y tribunales deben observar la cadena normativa jurisprudencial en este acto la doctrina jurisprudencia del tribunal constitucional se constituye en aquel conjunto de criterios y principios establecidos en la jurisprudencia del tribunal

constitucional, cuando interpreta la Constitución en los procesos que son de su conocimiento que conforme a la fuerza de la jurisprudencia son de carácter obligatorio cumplimiento por parte de los propios tribunales de justicia, así como por los poderes públicos y los particulares.

De otra parte; el TCP sostiene que cuando se establece que determinados criterios dictados por este tribunal resultan vinculantes para todos los jueces no se viola la independencia autonomía del poder judicial reconocidas en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución sino que simplemente se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico artículo 2 inciso 2, máxime si es a partir del reconocimiento de la de su supremacía normativa , la Constitución Busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38, 45 y 51 de la Constitución) debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última ratio en la protección del poder público en sí mismo sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio de derecho de dignidad humana(artículo 1 de la Constitución), el término jurisprudencia no es sinónimo de doctrina constitucional; en efecto el TCP ha sostenido que este último debe entenderse, en ese sentido a - las interpretaciones de la Constitución realizadas por este colegiado en el marco de su actuación a través de los procesos sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; consiste en las interpretaciones constitucionales de la ley realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad, en este caso conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal no puede ser inaplicada por los jueces en el ejercicio del control difuso, a menos claro está que el tribunal sólo se haya pronunciado por su costo constitucionalidad formal si se trata de las de las proscripciones interpretativas esto es las anulaciones de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que le les corresponde finalmente tengamos presente que la doctrina constitucional es producto de la interpretación y la jurisprudencia constitucional se deriva de reiterados criterios tomados por el máximo tribunal.

El TCPE, sostuvo que las sentencias constituyen la interpretación de la constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país estatuye como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo conforme lo establece el artículo 6o del Código Procesal Constitucional y la primera disposición general de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la constitución y la interpretación que de ellas realice el tribunal constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos la jurisprudencia constituye por tanto la doctrina que

desarrolla el tribunal en los distintos ámbitos del derecho las consecuencias de su labor frente a cada caso que va resolviendo, (pp. 598-601)

2.2.10. Las decisiones del tribunal constitucional

El Tribunal Constitucional, resuelve cuestiones jurídicas constitucionales y lo expresan mediante sentencias estimativas o desestimativas, de otra parte, las sentencias constitucionales por su contenido axiológico sirven a los operadores del poder judicial como guía de solución de conflictos pero no solo eso, sino por la posición que tiene la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia, pues también sirve para la creación del derecho y por supuesto, en la actividad jurisdiccional la doctrina constitucional estima que las sentencias constitucionales se encuentran ubicadas en el centro del sistema de fuentes del Derecho, entre la Constitución y la ley, la razón por la cual no puede estar ubicado por debajo de la ley es porque la ley ha sido llevada a control y como consecuencia de ello ha sido interpretada y por tal, se ha dado la sentencia, en tal sentido si la ley sirve al derecho, y el derecho se plasma mediante la sentencia lógicamente, éste último tiene mayor valor que la propia ley razón, por la cual se estima su ubicación intermedia.

Por su parte el TC a resolver la litis constitucional lo sustenta en la sentencia ahí expresa sus razones y fundamentos valorativos productos, precisamente, de la valoración de los derechos y principios puestos a resolver, lo cual, obviamente difiere de las demás instancias jurisdiccionales o de cualquier organismo constitucional, la sentencia de cualquier tribunal constitucional expresa de por sí una cualidad, si bien no vinculante si persuasiva para los demás poderes y la administración pública del Estado, de este modo sus fallos son en ocasiones guías para otros tribunales constitucionales.

Como sucede con las decisiones del TC, la connotación política jurídica de las decisiones del TCE se pueden constituir, en ocasión, fuente directa de desarrollo de derecho y por tal efecto vinculante generalizado, o sea *erga omnes*, esto puede suceder como manifiesta la colombiana Sandra M. Rico:

“sólo si la norma objeto de control responde o no al mandato constitucional, se ubica jerárquicamente en la misma posición que la ley examinada, ocupa dentro de las fuentes del Derecho; de ese modo, la justicia constitucional a través de su decisión resuelve cuestiones jurídico - políticas del Estado, pero en ningún modo resuelven debates públicos debido que para ello el TC utiliza los criterios y métodos de interpretación, si tenemos en consideración que la justicia constitucional es en consecuencia de las constituciones y, por ella se logra que los poderes del Estado se encuentren en armonía, no sólo entre ellos sino también frente a la sociedad, en este sentido, deben ajustar sus actos a las prescripciones normativas constitucionales, por ende a la justicia constitucional es necesario mantener vivas las disposiciones constitucionales y para reproducir la actualización y más maximización de las disposiciones constitucionales a los tiempos y circunstancias políticas actuales.

Las sentencias emitidas por el TC” tienen las mismas estructuras de las sentencias emitidas por el poder judicial, las cuales presentan serios aportes para el derecho en general. (Pérez, 2013, pp. 627-628)

2.2.10.1. El Rol de los Tribunales Constitucionales.

La sentencia constitucional por su grado de normalización es producto de un análisis jurídico axiológico que se sustenta en base a la constitución. Por lo que el papel del tribunal constitucional está enfocado a dos funciones primordiales, el primero es cuidar la supremacía de las disposiciones constitucionales y como consecuencia de ello ser guardián y protector de los derechos fundamentales en la democracia constitucional, el TC es un ente indispensable para la sociedad y para el Estado en efecto más que el mérito intrínseco de la decisión que ha llegado a tomar es la interposición que opera en el corazón de una relación de fuerza, lo que constituye su legitimidad esta mediación tan débil y formal como aparece constriñe a las partes en el proceso de decidir su situación a verbalizar su pretensión , justificar en el lenguaje común y también en forma jurídica su comportamiento. (Pérez, 2013, pp. 628-629)

2.2.10.2. Los tipos de Sentencias del Tribunal Constitucional

El carácter de las sentencias del TC es una condición exigida de su función misión al ser el último en dar el sentido interpretativo de las disposiciones constitucionales las mismas que pasan a formar parte de la ley máxima constitucional. Los criterios arribados son a la vez exigencia de Justicia constitucional, la decisión del órgano constitucional, desde luego es transmitido por medio de las sentencias en sus variadas formas o tipos que los tribunales, utilizan para indicar el problema resuelto, siguiendo al TCP manifiesta que en todo precepto legal se pueden distinguir el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal disposición con el contenido normativo o sea el significado o sentido de la norma. (STCP. Exp. N 010-2002-AI/TC. F. J. N 34)

Además, entre las funciones del sumo intérprete está el examen de inconstitucionalidad de la ley y como tal de sentido normativo que expone, razón por la cual la labor hermenéutica deberá ser realizada de acuerdo a las circunstancias y hechos concretos. (Citado por Pérez, 2013, pp. 637-638)

A. Las sentencias estimativas

Siguiendo al mismo autor:

La doctrina procesal constitucional ha establecido la clasificación de dos tipos de sentencias a las sentencias de especie o de principio IP las sentencias estimativas; siguiendo el TCP, en el primer caso tenemos a las sentencias de especie, que constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto

en este caso de labor del juez constitucional, es meramente declarativa, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los preceptos directamente conectados, con ella en las sentencias de principios que son las que forman jurisprudencia propiamente dicha porque interpretan el alcance y el sentido de las normas constitucionales tienen las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes y, respecto de la segunda clasificación tenemos a las sentencias que a continuación se desarrollan.

Las sentencias estimatorias pueden ser de simple anulación interpretativa propiamente dicha o interpretativas -normativas mal denominadas manipulativas respecto a las sentencias estimativas desde ya se advierte su fundamentalidad recurrida. Así mismo, siguiendo al autor Francisco Díaz Revorio podemos decir que, en primer lugar todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias sea que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal o incluso todas menos una es contraria a la Constitución o bien en un sentido más amplio que parte del contenido normativo derivado conjunta o alternativamente de dicho texto es inconstitucional, por ello se piensa que el fallo de una sentencia interpretativa debería ser siempre formalmente de estimación señalando que el precepto es inconstitucional si se interpreta o es inconstitucional en la medida en que el TC lo establezca en segundo lugar; en segundo lugar y, como consecuencia de lo anterior todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio con frecuencia esta sentencia rechaza a una o varias o todas menos una entre las interpretaciones que puedan derivar alternativamente de un texto es decir que sería materialmente interpretativas estimatoria en el sentido más estricto pero también hay casos relativamente frecuentes de sentencias interpretativas formalmente desestimatorias que encubren en realidad pronunciamientos materiales aditivos o sustantivo- sustitutivos. (pp. 639-641)

B. Las sentencias de simple anulación

Las sentencias interpretativas estimativas indican que ante la comisión del proceso de inconstitucionalidad del sumo intérprete luego de haber valorado el enunciado normativo encuentra que no se condice con la constitucionalidad por tal motivo la expulsa del sistema de normas, es decir deja de formar parte del ordenamiento jurídico. Finalmente, respecto a la sentencia de anulación el TCP manifiesta que, el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto, la estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley un artículo un párrafo, etcétera; por ende ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado la estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley, por ende dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico. (STCP.

EXP. N 004-2004-CC/TC. F. J. N 3.1.)

C. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

Las sentencias interpretativas pertenecen tanto a la demanda que estima el proceso de inconstitucionalidad de la ley, como también a la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad, luego de los análisis y valoraciones jurídicas si el Tribunal Constitucional considera que ella es constitucionalmente válida, decisión que no podría ser si no solo producto de la interpretación de las disposiciones constitucionales y de la ley y asimismo de posiciones derivadas a través de las sentencias llamadas sentencias interpretativas que el TCP sostiene que, en muchas sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico del mundo, ante los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencia en el derecho y la jurisprudencia constitucional. Comparado ya que además permiten disipar las incoherencias de garantías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente, respecto al contenido normativo pueden ser a su vez estimatoria si desestimatoria, mediante ella se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la constitución, en suma, las sentencias interpretativas están asociadas a la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad pero la vez están asociadas materialmente a la estimación el proceso de inconstitucionalidad de la ley. (Pérez, 2013, pp. 645-646)

D. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

Siguiendo al mismo autor:

Estas sentencias pueden reducir o ampliar el contenido normativo o esta interpretación sin embargo como advierte el Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca Manuel Martín de la Vega en buena lógica estos pronunciamientos sentencias manipulativas deberían Conducir a una reducción del contenido normativo de la disposición de las sentencias originadas en la jurisprudencia constitucional italiana dieron paso a la aparición de que los efectos de la sentencia no fueran de reducción sino de ampliación o modificación del contenido y de paso aparecerán así las sentencias adjetivas y sustitutivas. (p. 647)

En las sentencias manipulativas subyace el principio de conservación de la ley y el principio de seguridad jurídica El primero evoca un mandato al operador jurídico en esencial en este caso al juez o tribunal constitucional que realiza la interpretación de manera que permita que ésta se ajuste al derecho constitucional o sea conforme a la constitución en el segundo pasó se permite el mantenimiento de la ley a fin de brindar seguridad jurídica de manera que la Fuente legal permita generar consecuencias jurídicas, (p. 650)

E. Las sentencias reductoras

Las sentencias reductoras, resultan de la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada, relacionan algunos de los supuestos contemplados genéricamente obvien las consecuencias jurídicas preestablecidas, lo cual implica que la referida aplicación abarca a determinadas situaciones hechos y acontecimientos o conductos originalmente previstos en la ley o se dirige hacia algunos derechos beneficios sanciones o deberes primicialmente previstos. En consecuencia, las sentencias reductoras restringen el ámbito de aplicación de la ley en algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto. (STCP. EXP. N 0042004-CC/TC. F. J. N3)

F. Las sentencias aditivas

Mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella en cuanto se deja de mencionar algo en la parte, en la que no prevé que era necesario que se previeran, para que ella resulte conforme a la constitución, en tal caso no se declara la inconstitucionalidad de todo precepto legal sino sólo de la omisión de manera que tras la declaración de inconstitucionalidad será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido; como indica el término, son aquellas sentencias manipulativas que inciden en el texto de una disposición legal, a la vez establece en la inconstitucionalidad de un precepto, produciéndose el efecto de ampliar o extender su contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente; es precisamente en la disposición o ampliando sus consecuencias jurídicas, que la inconstitucionalidad recae en este caso en una norma expresa que excluye o impide la extensión de las normas o bien desde otro punto de vista o en otros supuestos dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma sino sobre la omisión o la laguna legal. (Pérez, 2013, p. 654)

G. Las sentencias sustitutivas

Este tipo de sentencias llamadas sustitutivas o de cambio son aquellas decisiones del máximo intérprete que, por efectos de la declaración de inconstitucionalidad del contenido normativo, declara la inconstitucionalidad subsistiendo el enunciado del que deriva el derecho fundamental y en donde el Tribunal dispone que la parte declarada así, se sustituya por otra que por el propio tribunal indique; es decir, que el órgano jurisdiccional constitucional sustituye o cambia una parte del texto por su interpretación, pues desde una lectura literal éste resulta inconstitucional por lo que debe ser sustituido para estar acorde con el texto constitucional. (Pérez, 2013)

Por su parte el TCP sostiene que, estos tipos de sentencias son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y simultáneamente incorpora un remplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico, vale decir que dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley ahora bien debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma que la ya vigente en el ordenamiento jurídico, la actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hasta la parte de la ley cuestionada y en concreto afectada de inconstitucional con el objeto de proceder a su inmediata integración dicha acción, siempre que dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos económicos sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial. (STCP. Exp. N 004-2004-CC/TC. F. J. N 3.3.3)

H. Las sentencias exhortativas

Estas sentencias se dictan ante la presencia de normas inconstitucionales estando dirigidas al órgano legislativo advertir que un determinado dispositivo legal es inconstitucional; sin embargo, el TC sólo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que en un plazo razonable introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado y no sancionado en efecto como manifiesta el TCP las sentencias exhortativas son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional si no se recomienda al parlamento para que dentro de un plazo razonable expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas principios O valores constitucionales. (STCP. Exp. N 004-2004-CC/TC. F. J. N 3.3.3)

I. Las sentencias estipulativas

Vienen a ser aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad llámese tribunal constitucional establece en la parte considerativa de la sentencia las variables 125 conceptuales o terminologías que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. (Pérez, 2013, p. 664)

J. Las sentencias desestimatorias

Las sentencias desestimatorias son aquellas que declaran según sea el caso inadmisibles improcedentes o infundadas las acciones de garantía o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad, en este último caso la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional, petición parcial y específica, referida a una o varias normas

contenidas o en una ley, sin embargo el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo, ahora bien la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia estimativa, es decir ya las sentencias llamadas de rechazo desestimatorias estimativas como suena mejor el término, surgen como consecuencia de que las disposiciones cuestionadas de inconstitucionalidad, no lo son puesto que luego de la interpretación se desprende que el enunciado normativo guarda consonancia con el espíritu constitucional en otras palabras el enunciado normativo es conforme a la constitución .

(Pérez, 2013, p. 666)

2.2.11. Recurso de Agravio Constitucional

2.2.11.1. El recurso de agravio y su contenido a nivel constitucional

De lo sostenido por La Academia de la Magistratura (AMAG 2011), se tiene lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Política del Perú de 1993, tres son las funciones esenciales que corresponden al Tribunal Constitucional: conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento; y conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

El artículo 5 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC), de conformidad con el texto constitucional, expresa que 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 cumplimiento; 3. Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a Ley; y 4. Resolver las quejas por denegatoria del recurso de agravio constitucional. Aun cuando el Tribunal en el artículo 28 de su indicado Reglamento Normativo considera competencias específicas, además de las señaladas en el artículo 202 de la Constitución, debe entenderse que las mismas han de estar sujetas a la Constitución y normas de mayor jerarquía.

A la función del Tribunal de conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) ha denominado en su artículo 18 como “Recurso de Agravio Constitucional”. Como podrá observarse se encuentra legitimado para interponer tal recurso -siempre que se trate de los procesos constitucionales de la libertad- el demandante que ha obtenido sentencia desfavorable a su pretensión en segunda instancia, ya sea infundada o improcedente. Al respecto debe indicarse que los procesos constitucionales de la libertad son conocidos en segunda instancia por las Salas correspondientes de las Cortes Superiores, (pp. 155-156)

En concordancia con lo expresado por la Constitución, el artículo 18 del Código Procesal

Constitucional señala que “contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”, (pp. 156-157)

De acuerdo al texto vigente del artículo 11 del Reglamento Normativo se determina que sean dos Salas las que conozcan del Recurso de Agravio Constitucional, integrada cada una por tres magistrados y para obtener sentencia se requieren tres votos conformes; siendo que una Sala -de las dos- determinará la procedencia o improcedencia del Recurso de Agravio Constitucional que llegue al Tribunal; establecida su procedencia recién se podrá ingresar a conocer el fondo, de lo contrario debe entenderse- será declarada improcedente y consecuentemente rechazado el recurso mediante un auto.

Pero adicionalmente este artículo reglamentario determina expresamente que además de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional -que no son otros que los establecidos en el artículo 202, inciso 2) de la Constitución- para calificar la procedencia o improcedencia del Recurso de Agravio Constitucional se aplicarán los siguientes supuestos:

- Si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental;
- Si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente;
- O, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse, (p. 159)

2.2.11.2. El Agravio Constitucional como pluralidad de instancias

El Recurso de Agravio Constitucional obedece al principio de pluralidad de instancias, pero con ciertos matices que deben ser resaltados a partir del artículo 202, inciso 2) de la Constitución Política del Perú y, en segundo lugar, desde el artículo 18 del Código Procesal Constitucional y de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional, normas legales que necesariamente han de interpretarse desde la Constitución; debiendo recordarse que si bien la Constitución garantiza en el ámbito jurisdiccional la pluralidad de instancias, en genérico corresponde al legislador el determinar cuántas instancias comprende tal pluralidad, lo que no podría efectuarse vía interpretación jurisdiccional ya que es un derecho de contenido legal.

Así, en el caso específico que nos ocupa (el artículo 202, inciso 2) de la Constitución) éste es meridianamente claro y expreso cuando señala como atribución del Tribunal Constitucional el “conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

De tal artículo se concluye que está garantizada la pluralidad de instancias en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y proceso de cumplimiento a favor de la parte demandada en primera y segunda instancia (ante el Poder Judicial), con lo que se cumple con el mínimo garantizado constitucionalmente como derecho fundamental. Pero, en el caso de la parte demandante, si su demanda ha sido declarada infundada o improcedente en segunda instancia, podrá recurrir a una tercera instancia ante el Tribunal Constitucional a través del denominado Recurso de Agravio Constitucional, es decir, se ha establecido para el demandante y en los supuestos constitucionalmente establecidos una tercera instancia con lo que se cumple con la pluralidad de instancias. (AMAG, 2011) -

2.2.11.3. Sentencia, jurisprudencia y precedente vinculante Siguiendo con el mismo autor:

La sentencia, la jurisprudencia constitucional y el precedente vinculante se encuentran íntimamente relacionados, presentando caracteres especiales. La sentencia es aquel acto procesal expedido por un órgano jurisdiccional especializado que finaliza un proceso jurisdiccional. Tratándose de los procesos constitucionales de la libertad, el fin de la expedición de la sentencia se proyecta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. En el caso peruano, las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales son inimpugnables y agotan la instancia nacional, no afectando el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Para el Tribunal Constitucional sus sentencias producen efectos personales o efectos temporales.

En tanto que la jurisprudencia es concebida por el Tribunal Constitucional como el “... conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad” (STC. N° 0024-2003-AI/TC). En atención al mencionado Tribunal -conforme a lo expuesto en la STC N° 3741-2004-AA/TC- tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, pero la primera sólo para los jueces y la segunda, para todos; siendo el precedente una técnica para la ordenación de la jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, que el Tribunal ejerza un poder normativo con las

restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente (STC. N° 013332006-PA/TC).

2.2.12 Desarrollo de Instituciones Jurídicas Sustantivas relacionados con la sentencia en estudio

2.2.12.1 El Derecho del Trabajo

2.2.12.1.1 Definición del trabajo

Es un hecho que en el nacimiento de la economía política y de la sociología moderna, disciplinas que ciertamente conocen un origen común, el concepto de trabajo y su significado, ocupan un lugar central y privilegiado. No es menos evidente que el descubrimiento y la dilucidación del papel del trabajo en nuestra época deriva de las propias transformaciones que hicieron del trabajo humano y de sus resultados materiales una potencia práctica sin precedentes en cualquier período histórico previo. En este sentido, el trabajo como fuerza productiva aparece como un producto del capitalismo, es decir, de las relaciones de producción que son la peculiaridad de la sociedad burguesa (Rieznik, (2002).

Neves Mujica, (2007), expresa:

"El trabajo consiste en una acción consciente llevada a cabo por un sujeto. La evolución científica permite preguntarse hoy en día si sólo la especie humana es capaz de realizar un trabajo, así entendido, o también pueden hacerlo otras especies animales. No nos referimos a las labores instintivas que ejecutan algunos animales, en las cuales comprometen su actividad: las faenas desarrolladas por las abejas en torno al panal, por ejemplo, menos todavía a las que aquéllos desempeñan como medio para el trabajo humano: los bueyes tirando del arado, por ejemplo; sino a la transformación deliberada de la naturaleza que ciertos animales pueden emprender: los chimpancés convirtiendo una rama en instrumento para procurarse alimento o defenderse de los enemigos, por ejemplo. Más allá de que actividades como éstas puedan considerarse trabajo, lo cierto es que sólo los hombres somos sujetos de derecho y, por tanto, es nuestro trabajo el único que le interesa al derecho. El Derecho del Trabajo -el derecho en general- se ocupa, pues, del trabajo humano. Este ha sido tradicionalmente dividido en manual e intelectual, según utilice preponderantemente materias o símbolos. En un inicio la distinción se pretendió radical y conllevó condiciones diferentes para unos y otros trabajadores. Ello sucedía cuando el trabajo intelectual era desarrollado por los hombres libres y el manual por los esclavos o los siervos. Pero, posteriormente, la separación entre un tipo y otro de trabajo empezó a relativizarse, por cuanto todo esfuerzo humano tiene en proporciones diversas componentes manuales e intelectuales; y las regulaciones de ambos fueron unificándose y uniformándose. En nuestro ordenamiento, la tendencia a suprimir las diferencias entre trabajadores predominantemente manuales -llamados obreros- y predominantemente intelectuales -llamados empleados-, tanto en su denominación como en su régimen, comenzó el siglo pasado en la década

del setenta en el campo de la seguridad Social y fue recogiendo en el ámbito laboral recién a inicios de la década del noventa. Ahora, con pocas excepciones, a veces justificadas (como una protección mayor frente a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales para los trabajadores de actividad sobre todo manual), la regulación se encuentra bastante fusionada. (P.21)."

El trabajo es un deber, además un derecho que asiste a todas las personas humanas, debe ser valorado o tratado como una expresión humanista, no como una mercancía. El trabajo debe ser considerado como la expresión de un servicio que se hace en función del bienestar de la sociedad.

El trabajo humano no se puede considerar solamente como una fuerza necesaria para la producción: la fuerza laboral. Al hombre no se le puede tratar como un instrumento de producción. El hombre, es creador del trabajo y su artífice. Es preciso hacer todo lo posible para que el trabajo no pierda su dignidad propia. El fin del trabajo, de todo trabajo, es el hombre mismo. Gracias a él, debería poder perfeccionar y profundizar su propia personalidad. No nos es lícito olvidar, que el trabajo es para el hombre y no el hombre para el trabajo. (Gómez, 2007).

Es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo (Gerencie, s/f) El trabajo moderno, permite, entonces, entender el trabajo pasado, iluminar lo que en una circunstancia histórica precedente no podía ser delimitado ni pensado. El concepto de trabajo es, según Marx, una -categoría totalmente simple y muy antigua como representación del trabajo en general, es decir, de una representación de los hombres como productores. Sin embargo, solamente en su forma de existencia moderna, cuando se presenta como indiferente en relación a un trabajo determinado, como la facilidad de pasar de un trabajo a otro, como medio general de crear riqueza, y no como -destino particular del individuo, solamente en estas condiciones históricas de la modernidad es que la categoría trabajo se vuelve, por primera vez, -prácticamente verdadera, una categoría tan moderna como las relaciones que la producen. Las abstracciones más generales, de hecho, -surgen sólo donde se da el desarrollo más rico de lo concreto (Manacorda, 1996).

La noción moderna del concepto de trabajo, tal como ha sido formalizado por la economía política clásica, remite a una doble definición La primera se presenta como antropológica, como constituyendo una característica general y genérica de la acción humana. Para Marx (1867-1965), el trabajo es en principio un acto que sucede entre el hombre y la naturaleza. El hombre desempeña frente a la naturaleza el papel de una potencia natural específica. Pone en movimiento su inteligencia y sus fuerzas con el fin de asimilar materias para darles una forma útil para su vida. Al mismo tiempo que actúa por este movimiento sobre la naturaleza exterior y la modifica, él modifica su propia naturaleza y desarrolla las facultades que se encuentran latentes.

La segunda definición reinterpreta la primera indicando que los intercambios entre el hombre y la naturaleza se producen todos los días dentro de condiciones sociales determinadas: ¿nos encontramos en las condiciones del artesano, del esclavo, del asalariado? ¿El trabajo útil se ejecuta bajo el látigo del capataz de esclavos o bajo el ojo interesado del capitalista? Es a partir de esta segunda reinterpretación que el concepto de trabajo asalariado queda analizado: el asalariado trabaja bajo el control del capitalista, al cual le pertenece el producto de su trabajo (Hirata,; Laborie,; Le Doaré,; Senotier, 2002).

2.2.12.1.2. Definición del derecho al trabajo

Es la ordenación jurídica del trabajo asalariado, prestado en régimen de libertad, es ciertamente fruto del modo de producción capitalista-industrial, (Palomeque, 1989).

Sala Franco (1997), expresa: Es el conjunto de principios y normas típicas que regulan las relaciones que se crean con ocasión del trabajo dependiente y por cuenta ajena.

Desde una definición omnicompreensiva el Derecho del Trabajo abarca -el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado, a los efectos de la protección y tutela del trabajo. (Pérez, 1960).

Rodríguez Mancini (1996), Buenos Aires, esboza, -Es el conjunto sistemático de normas Y de principios, que de acuerdo con la idea social de justicia (a lo que se le agrega, dada en un determinado momento histórico y económico), regula las relaciones jurídicas que nacen a raíz del trabajo subordinado o en relación de dependencia.

El derecho del trabajo constituye el conjunto de normas jurídicas, dirigidas a regular las relaciones del trabajo entre el empleador y el trabajador. En sí el derecho de trabajo regula la relación jurídica entre empresarios y trabajadores y otros con el Estado en lo referente al trabajo subordinado. (Carrillo,2008).

Gómez Valdez, Francisco, en el libro -Las Relaciones Laborales de Trabajo, manifiesta que. el derecho al trabajo nace ineludiblemente cuando el industrialismo europeo recluta masivamente a trabajadores que de manera dependiente y por una remuneración concluirán sendos contratos de trabajo, popularizados luego de la Revolución francesa, al inicio de la primera revolución industrial, fenómeno producido a fines del siglo XVII y, básicamente durante los siglos subsiguientes (Gómez Valdez, 2007).

2.2.12.1.3 Finalidad

La finalidad principal es la protección de la parte débil de la relación de trabajo; con ese fin se creó y fue desarrollando el Derecho del Trabajo. Pero existe otra finalidad, de mayor alcance, que es alcanzar la justicia social; se protege al trabajador para compensar las desigualdades y de ese modo contribuir al fin último de la justicia. El valor justicia es el fin último de todo el ordenamiento jurídico, el valor que le da sentido; el Derecho del Trabajo procura la realización de una mayor justicia en las relaciones del mundo del trabajo. Los límites en la realización de esos fines están dados por las funciones que el Derecho del Trabajo está llamado a cumplir en la sociedad. (Barbagelata, s.f)

2.2.12.1.4. Principios del Derecho De Trabajo

Los principios son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica laboral, que extienden su eficacia no sólo al momento de formación del régimen regulador de las relaciones laborales, sino también en la etapa de exigibilidad de los derechos. (Rodríguez, 1996). La mayoría de los principios, están contemplados en la parte general de la Ley de Contrato de Trabajo, y así van a ser analizados.

A. Principio De Protectorio:

Este principio parte de la premisa que dentro de toda relación laboral el trabajador es la parte débil, frente a su empleador, por lo que es necesario que la ley acuda en su amparo para evitar abusos en su contra.

Es la base del Derecho del Trabajo; sin este principio no se entendería la existencia de un derecho autónomo. Tiene como objetivos finales el respeto a la dignidad humana, a través de un mecanismo técnico de evaluación de conductas en las relaciones interpersonales. Debe tenerse presente que el Derecho del Trabajo nace como una forma de paliar la desigualdad jurídica entre quien detentaba el poder económico y aquel que solo tenía su fuerza de trabajo.

Boza Pro (2000), señala -que el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedimento que trabajan.

La Ley de contrato de Trabajo lo contempla en tres artículos, teniendo presente que el principio protectorio contempla tres reglas básicas.

- **In dubio pro operario:** Mayoritariamente está entendido, cuando hablamos de este principio, que su aplicación lo es exclusivamente en la interpretación de la norma más favorable, no trasladándose a la cuestión fáctica de la prueba: es decir, se admite y reconoce *el in dubio pro operario factis*, ya que estaría afectando las cargas procesales en la producción de la prueba.

Pilar Rodríguez (1998), manifiesta, que, en la prueba de la relación laboral, el que tendría que probar esa relación sería el empleador y no el trabajador, porque el empleador es el que tiene acceso a la documentación de relación laboral.

- **La regla 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 trabajador. (Loselli, 2005).

Martínez (1988) refiere -El valor de una norma viene determinado sólo por su rango formal y su escala respectiva. En cambio, en el derecho desaparece dicho axioma, para aplicar la norma más favorable, sin que necesariamente ésta, sea la que tenga el rango formal más alto precisamente, sino la que contenga mayores beneficios para los trabajadores. Desde luego que debe agregarse siempre que resulte, además, compatible con la naturaleza, y modalidades de la actividad, o no contradiga, una disposición de orden público general, contenido en una norma que responda a una fuente de grado superior, generalmente sancionada, en interés de la comunidad.

De acuerdo a esta regla se ampara al más débil. (Zavala A. ,2011 p. 17)

Anacleto (2012) .Sostiene que la misma actúa a manera de una directiva dada al juez o al intérprete para elegir, entre varios sentidos posibles de la norma, aquel que resulta más favorable al trabajador.

La regla de la condición más beneficiosa: Plá (1998), manifiesta -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 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.

Boza Pro (si), nos dice que -el principio de la condición más beneficiosa supone la conservación de las mejores ventajas o derechos alcanzados por un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o sustitución peyorativa. **B. Principio De Irrenunciabilidad:**

El carácter tutelar del Derecho del Trabajo se manifiesta, también, en el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Este principio plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho del Trabajo. El ordenamiento jurídico laboral se aleja nuevamente de los criterios civilistas, que recogen los principios contrarios, de la irrenunciabilidad de los derechos y de la autonomía de la voluntad. Ello con justa razón, toda vez que, como se ha señalado, no existe paridad entre las partes de la relación laboral. Así, la autonomía de la voluntad, como tal, no está en juego, sino que se trata de evitar su abuso. (Palomo, 2006).

También debe destacarse que confrontan con este principio las modernas teorías flexibilizadoras que sostienen que resulta posible la renuncia individual futura, válida en tanto y en cuanto sea realizada mediante un acto libre de la voluntad del trabajador. Esta posición es la que va a habilitar la posibilidad de la reforma de las condiciones laborales o salariales de manera más desventajosa que las que tenía con anterioridad el trabajador (Palomo, 2006).

Vásquez Vilard, (1987), sostiene que se puede pactar en menos, siempre que con ello no se afecte el mínimo inderogable, y que tampoco tal pacto salarial se establezca en forma retroactiva.

Este principio se vincula con el carácter realista del Derecho del Trabajo. La existencia de una relación de trabajo depende, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado; y es que el Derecho de Trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, sino de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. Por esto resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de la relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecen de todo valor (De la Cueva, s/f).

Para Neves, J. (2007), el principio de irrenunciabilidad de derechos es como, el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas, y sanciona con invalidez la transgresión de esta regla. Por su parte, Puntriano, C., (2009) nos dice que los derechos irrenunciables son imprescriptibles, esto quiere decir, que la prescripción no supone la denegatoria del derecho en cuestión, sino, en todo caso, la restricción del remedio procesal para exigirlo, lo cual constituye la defensa del bien constitucional en la medida que se protege por esta vía la seguridad jurídica.

C. Principio de Continuidad de la Relación Laboral

El principio de continuidad parte de la base que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que no se agota con una sola prestación, sino que tiene vocación de continuidad en el tiempo. Este principio busca la conservación del vínculo laboral en beneficio del trabajador hasta que surja una causal prevista en la ley que origine su extinción (Castillo, 2001).

Vásquez Vialard,(s.f), nos dice: — Produce beneficios no solo al trabajador, los ya indicados, sino también para la comunidad empresarial que tiene interés en evitar un alto grado de rotación de sus integrantes, dado el costo (no solo económico) que significan las tareas de reclutamiento, aprendizaje, experimentación de las personas que se incorporan a la misma. Ello lleva por parte a que esa continuidad, que se traduce por lo general en una mayor experiencia, se concrete en un premio a la antigüedad.

Considerando en alguna oportunidad de la Corte Suprema Chile como -uno de los principios fundamentales del derecho del trabajo", lo ha comprendido conceptualmente como la preferencia por los contratos individuales de trabajo de duración indefinida versus los temporales (tiempo parcial, plazo o por obra y faena). Por consiguiente, aun cuando las partes hayan pactado cláusulas de duración por obra o servicio, si por la naturaleza del caso o de la cosa (mérito de la causa), resulta no del todo razonable decidir por la temporalidad del contrato, pues entonces, aplicando el principio de continuidad de la relacional laboral, y en tanto ratio decidendi, se debe sentenciar y se ha sentenciado la duración indefinida del contrato sub-lite(Corte Suprema, 2005).

En la doctrina se ha fundamentado este principio en la circunstancia relativa a que todo aquello -que tienda hacia la conservación de la fuente de trabajo, al darle seguridad al trabajador no solo constituye un beneficio para él, en cuanto le trasmite una sensación de tranquilidad, sino que redundo en beneficio de la propia empresa y, a través de ella, de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes (López Oneto, 2012).

Afirma Krotoschin, que el principio de continuidad de lar elación laboral no solo constituye "una medida de seguridad económica sino que también viene a afianzar la incorporación del trabajador a la empresa como medio de integración a los fines específicos del derecho social (Plá Rodríguez, 1999).

D. Principio de Primacía de la Realidad

Junto con el principio protector y el de la irrenunciabilidad, el principio de primacía de la realidad es uno de los más aplicados por los tribunales laborales de nuestro país (López Oneto, 2012)..

Es la efectividad en el servicio, más que cualquier otra cosa, la causante de la tutela laboral para el obrero. Lo importante es atenerse a las circunstancias de trabajo reales. El principio autoriza al operario jurídico a profundizar en el contexto y determinar lo correspondiente. Ello, incluso, por sobre los acuerdos formales. Entre hechos y documentos, se imponen los primeros. En caso de darse este tipo de discordancias, entonces, la opción es por lo fáctico. (Cascante, 1999).

Este principio -significa que en caso de discordancia entre lo que corre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos (Pía Rodríguez, 1978).

Este principio se da cuando existe una discrepancia entre los hechos y aquello que ha sido declarado en los documentos en todo tipo de formalidades Para determinar la existencia de un contrato de trabajo se deberá analizar la existencia de tres elementos: la prestación personal, la subordinación y la remuneración. (Zavala A., 2011)

Para determinar si se ha desnaturalizado un contrato de locación de servicios pues con ellos se trata de evitar los costos laborales de contribuciones a la seguridad social o los pagos de beneficios sociales. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que se deben dar las siguientes consideraciones: a) Control sobre la prestación desarrollada o la forma en que se ejecuta b) Integración de la demandante en la estructura organizacional de la sociedad c) La prestación fue ejecutada dentro de un horario determinado d) La prestación fue de cierta duración y continuidad e) Suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio f) Pago de la remuneración a la demandante g) Reconocimiento de derechos laborales como las vacaciones anuales Jas gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud (Sentencia al expediente N°02069-2009-PA/TC 25 de Marzo 2010).

Es que en términos del propio Bidart Campos (1995):

"(...) la plenitud del principio de supremacía, incita a repetir que toda la constitución — si es que debe operar realmente desde y con esa misma supremacía — necesita desplegar la fuerza normativa en todas sus partes, para lograr lo que el principio de supremacía ha pretendido señalar; el cumplimiento, la eficacia, la aplicación de la Constitución, y la fidelidad a ella mediante su acatamiento.

E. Principio de la Buena Fe

Aun cuando la sola evocación de la buena fe tiene una inconfundible vinculación con los conceptos jurídicos indeterminados, lo cierto es que este principio encierra una interpretación amplia que lo convierte en un decisivo instrumento de integración de todo el ordenamiento legal. En virtud de la buena fe, el sistema jurídico logra plasmar valores generales que moralizan la conducta de los contratantes e inspiran la aplicación de toda su normativa. (Irueta Uriarte, 2011)

Las normas generales, así como las prohibiciones de fraude y abuso de derecho que se consignan en el Código del Trabajo, permiten afirmar que todo el ordenamiento laboral, y en particular el contrato

de trabajo, se encuentran circunscritos necesariamente al requisito de la buena fe. (Irureta Uriarte, 2011)

Carro,(2007) señala, -Este postulado general refiere a un honesto y escrupuloso cumplimiento de sus deberes por ambas partes. Derivándose una exigencia de confianza recíproca, revelada en actividades leales y bien intencionadas. Entre otros corolarios provenientes, de las líneas predecesoras, estarían: poner empeño en las tareas, abstención de actos que puedan resultar perjudiciales, cuidar los bienes como un buen padre de familia, observar buenas costumbres durante la jornada, inhibirse de caer en competencia desleal, etc.

El principio de la Buena Fe en materia de trabajo no sólo crea obligaciones y derechos de orden exclusivamente patrimonial sino también personal, crea una relación estable y continuada en la cual se exige la confianza recíproca.

Américo Plá Rodríguez (S.F), distingue entre la Buena Fe creencia y la Buena Fe lealtad; la primera es la posición de quien ignora determinados hechos y piensa que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie y la segunda se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez, la plena conciencia de no engañar, perjudicar o dañar. El principio de la buena fe tiene una especial relación con conceptos generales del derecho vinculado al fraude de ley, el abuso de derecho o la equidad. En todos estos casos existe una indudable finalidad correctora, de forma tal que los derechos se ejerzan regularmente, sin desviación ni abuso. Con todo, desde una perspectiva conceptual todas estas figuras son claramente diferenciables. En el primer caso, el fraude de ley hace referencia a la utilización de un precepto legal para alcanzar un resultado contrario al orden legal (Ruiz de Velasco, s/f)

El principio de la Buen Fe, está referida a la conducta que deben adoptar las partes en el cumplimiento de sus obligaciones; ya sea en la celebración, ejecución o extinción del contrato de trabajo. Comprende la obligación de actuar con fidelidad, esto es actuar u obrar, tanto en lo que se refiere al cumplimiento a las obligaciones como en el aspecto legal, con honestidad, prudencia y fidelidad, desechando todo engaño, perjuicio y abuso. (Aquino, s/f).

En el fondo, se hace referencia a valores tradicionales y esenciales para el ordenamiento jurídico como son la confianza, la lealtad, la honradez o la rectitud (Gil y Gil, 2003)

F. Principio de Trato Igualitario y No Discriminatorio

Se violara el principio de igualdad cuando no existan motivos razonables para tratamientos desiguales. El trato especial se justificará y no atenderá contra el principio de igualdad de

oportunidades sin discriminación, si se otorga en mérito a características particulares del trabajador, tales como su capacidad, esfuerzo, dedicación, especialidad u otras.

Este principio también incluye a la discriminación que se podría producir en la admisión al empleo o en la formación y capacitación.

Nos dice Miguel Carbonel (2009), el concepto de igualdad es uno complejo, que atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho. Sin embargo, a pesar de esta complejidad es necesario encontrar una definición que nos conceda una idea y poder identificarla, puesto que es parte fundamental del presente trabajo.

Carbonel (2009), nos dice que el vocablo "igualdad" proviene del latín "aequalitas" y tiene dos significados generales y un significado específico en matemáticas: en general significa -Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad", así como -Correspondencia o proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo"; en matemáticas significa -equivalencia de dos cantidades o expresiones", sentido genérico que adopta Ossorio (2003) cuando dice que es entendida como conformidad de una cosa con otra en naturaleza, calidad o cantidad se desprenden diversas consecuencias que pueden afectar el orden jurídico.

Francisco Rubio (1993) afirma sobre este derecho constitucional que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad). Los, términos de la comparación", entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad. Aunque solo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad".

El Tribunal Constitucional ha expuesto en el Exp. N° 3533-2003- AA/TC, publicada en El Peruano, el 29 de octubre de 2004, un lineamiento del que se podría dilucidar una definición, en tal sentido ha expuesto:

Este Tribunal, en reiteradas ejecutorias (Exp. N° 0261- 2003-AA/TC. Exp. N° 0102002-AI/TC, Exps. Acumulados N°s 0001/0003-2003- MITC) ha definido la orientación jurisprudencial en el tratamiento del derecho a la igualdad. Al respecto, se ha expuesto que la igualdad es un principio— derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por

coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

El Tribunal Constitucional ha considerado en el Exp. N.º 05822- 2006-PAITC, la igualdad como un principio, y esto se aprecia en el siguiente extracto:

La igualdad ante la ley es un principio constitucional a la vez que un derecho subjetivo que garantiza el trato igual de los iguales y el desigual de los desiguales. En ese sentido, y con el objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de cláusula de la igualdad, la medida diferenciadora no solo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y innecesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad.

2.2.11.1.5. Contrato de Trabajo

2.2.11.1.5. 1. Noción de contrato de trabajo

En sus inicios, la contratación de un trabajador para laborar por cuenta ajena, estuvo relacionada con el alquiler de la persona, de su energía, de sus conocimientos o de la conjunción de todos estos elementos. Es la razón por la que Planiol (s/f) pretendió, sin éxito, denominarlo -arrendamiento de trabajo'. Camelutti fue más allá y señaló que el hombre cuando trabaja lo que hace es vender su energía, de la misma manera como se vende cualesquiera de origen natural, - —la eléctrica, p. ej.-. Estábamos ante una observación mercantilista de la naturaleza jurídica de nuestro contrato.

Observaciones como éstas permitieron considerar al trabajo como una mercancía, carente, por lo tanto, de toda regulación moral -y jurídica- que es necesaria cuando de la actividad humana se trata. Se impuso, por entonces y con suma facilidad, la ley de la oferta y la demanda al momento de concluirse cualquier contrato de trabajo.

Teóricos como Capitán. Colín y, básicamente. Paúl Durand, demostraron que en los contratos de trabajo, cuando menos, una de las partes (el trabajador) es una persona humana y, a partir de esta observación, era imperativo tratar el trabajo no como una mercancía, sino como una actividad humana motivo de suprema protección, porque, precisamente, la parte trabajadora en dicha relación laboral, es débil económica y jurídicamente respecto de su contraparte, el empleador. Es así como se impuso el humanismo laboral, recogido plenamente en el preámbulo de constitución de la OIT, proyectándose de esa manera hacia el futuro.

Salvo el mensaje del liberalismo, que ha tratado siempre de sustraer la esencia humana al contrato de trabajo, retomando superadas tesis contractualistas de efímera aplicación, la constante históricojurídica ha sido seguir considerando el trabajo como una actividad eminentemente humana, que la relación que se inicia es desigual por las partes que en ella participan: y, por lo mismo, se justifica plenamente una actitud tutelar en favor de la parte laboral. Si bien es cierto que el original Decreto Legislativo N° 728° han tratado de modificar la esencia sustancial de la seguridad jurídica de los contratos de trabajo, cierto es también, y ello hay que reconocerlo, que los otros principios generales del Derecho del Trabajo que están relacionados con el citado contrato: primacía de la realidad, razonabilidad, entre otros, se han mantenido incólumes.

Francisco Gómez Valdez (2007), define el contrato de trabajo como el convenio elevado a protección fundamental, según el cual un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución elevada, también, a idéntica protección fundamental.

Paúl Durand, conceptualiza al contrato de trabajo -como la con convención por la cual una persona se compromete a disponer su actividad a favor de otra persona y se coloca bajo su subordinación de ésta a cambio de una retribución.

Jorge Angulo (2003), tratando de dar una definición general expresa que -contrato de trabajo es aquél en virtud del cual uno o más trabajadores se comprometen a prestar servicios o a ejecutar obras a una persona o a una empresa bajo su dirección y dependencia, a cambio de una remuneración convenida, cualquiera que sea su forma, y de las demás contraprestaciones que resulten de la ley, las convenciones y la propia naturaleza del trabajo.

Para Ernesto Krotoschin (1999), existe contrato de trabajo cuando una persona física (trabajador) entra voluntariamente en relación de dependencia con otra (empleador), poniendo a disposición de éste su capacidad de trabajo con fines de colaboración, y la otra se compromete a pagar una remuneración y a cuidar que el trabajador no sufra perjuicio, material o moral, a causa de su estado de dependencia, incluso, en cuanto al desarrollo de su personalidad.

La doctrina española a partir de lo señalado por Montoya (1992); y en base a los elementos esenciales del mismo considera que el contrato de trabajo es el negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico-laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial.

En la jurisprudencia peruana, el Tribunal Constitucional (2005) ha considerado lo siguiente: El contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continúa y permanente, cumpliendo un horario de trabajo. Es decir, se presume la

existencia de un contrato de trabajo indeterminado cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración).

Por otro lado, Toyama Miyagusuku (2008); considera al contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de amenidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes. Así mismo, recalca que el régimen laboral de la actividad privada, aplicable a los empleadores privados y muchas instituciones y empresas del Estado, en su artículo 4o de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, lo define en una suerte de aplicación del principio de primacía de la realidad y permite inferir los elementos esenciales del contrato de trabajo. También se desprende que el contrato de trabajo supone la existencia de un acuerdo de voluntades, por el cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales en forma remunerada (el trabajador); y otra, al pago de la remuneración correspondiente y que goza de la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados (el empleador).

La institución básica del Derecho Laboral es el contrato de trabajo, definido como aquel acuerdo voluntario entre el trabajador (necesariamente una persona natural) y el empleador (que puede ser una persona natural o jurídica) en virtud del cual el primero se obliga a poner a disposición del segundo, su propio trabajo, a cambio de una remuneración; es decir, a través de este acuerdo se intercambia actividad subordinada por remuneración (Chávez Núñez, 2011).

El contrato de trabajo es la génesis de la relación laboral, el cual genera y regula un conjunto de derechos y obligaciones tanto para el trabajador como para el empleador; así como las condiciones especiales dentro de las cuales se desarrollará la relación laboral.

Ley de Productividad y Competitividad Laboral, indica que en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. De esta definición, se desprende que el contrato de trabajo supone la existencia de un acuerdo de voluntades, por el cual una de las partes se compromete a prestar sus servicios personales en forma remunerada (el trabajador); y, la otra, al pago de la remuneración correspondiente y que goza de la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados (el empleador) (Toyama Miyagusuku, 2008).

El contrato de trabajo puede definirse como un negocio jurídico mediante el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena para un empleador, en una relación de subordinación a cambio de una remuneración.

Además, la determinación de la aplicación de los elementos esenciales del contrato de trabajo procede incluso sobre cualquier otra estipulación que establezcan las partes (Chávez Núñez, 2011). **2.2.11.1.5.**

2. ELEMENTOS

a. Personal

El primer elemento exige que el trabajador preste los servicios de manera personal y directa. La actividad puesta a disposición del empleador cuya utilización es objeto del contrato de trabajo, debe ser indisoluble de la personalidad del trabajador (Chávez Núñez, 2011).

Al respecto, Sanguinetti Raymond (1987) indica que la prestación de servicios es:

La obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa, la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación que se independice de la misma.

El servicio prestado en el marco de un contrato de trabajo debe ser brindado por una persona física. Ello debe leerse en el sentido de que la labor debe ser desempeñada de modo personal y directo por el trabajador, es decir debe ser éste quien preste el servicio sin intermediarios (Arce Ortiz, 2008).

Los servicios prestados por el trabajador son ofrecidos al empresario en libertad plena. No cabe coaccionar a un trabajador a ofrecer sus servicios, a riesgo de que el contrato celebrado en estas circunstancias se convierta en nulo de pleno derecho (Arce Ortiz, 2008).

La prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personalísima, y no puede ser delegada a un tercero. Los servicios que presta el trabajador son directos y concretos, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros (salvo el caso de trabajo familiar). (Toyama Miyagusuku, 2008).

La normatividad peruana exige que los servicios para que sean de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. (Carrillo, 2008)

La prestación del servicio debe ser prestado en forma personal y directa por el trabajador, salvo que puede ser con ayuda de sus familiares que no afecten el servicio prestado. (Del Rosario, 2006).

El contrato de prestación de servicios es aquel por el cual una persona natural o jurídica (contratista) presta sus servicios personales a otra persona natural o jurídica (contratante) con independencia y autonomía técnica y directiva sobre la actividad realizada y por un precio determinado. (Wilchez, C & Barrera. M. R. 2007, p.80).

En parte Ruiz (2010), sostiene que solo la persona puede ser considerada a brindar la prestación de servicio lo que se contrata es el esfuerzo físico del trabajador.

Finalmente debemos precisar el trabajador pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, la que es indesligable de su personalidad, por lo cual debe prestar los servicios en forma personal y directa.

b. Remuneración

La remuneración constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso y no cabe la prestación de servicios en forma gratuita (Chávez Núñez, 2011)

La actividad laboral debe perseguir un fin económico o productivo. El pago en dinero o en especie que el empresario le hace, se lo hace en retribución a su prestación de servicios (Arce Ortiz, 2008).

La remuneración constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que este pone a disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso y no cabe, salvo excepciones, la prestación de servicios en forma gratuita. (Toyama Miyagusuku, 2008)

Del Rosario (2006), sostiene que es la obligación del empleador por el servicio prestado que consiste en una remuneración equitativa por el servicio prestado.

A su vez Ruiz (2010), afirma en términos generales es la retribución que percibe el trabajador luego de finalizar la prestación del servicio, cuya ganancia ingresa al patrimonio del trabajador.

En conclusión, la Remuneración es la contraprestación otorgada por el empleador al trabajador a cambio de sus servicios prestados. El empleador está obligado a otorgar al trabajador una contraprestación económica, en dinero o en especie, cualquiera sea la denominación que se le dé, a cambio de la actividad que éste pone a disposición.

c. Subordinación

Consiste en determinar el lugar, tiempo y modo que va a realizarse y la voluntad de las partes en rechazar o aceptar la prestación. (Del Rosario, 2006)

Por su parte Ruiz (2010), Es la prestación del servicio del trabajador bajo la dirección y supervisión del empleador dado a este la autoridad de sancionar cualquier incumplimiento por parte del

trabajador. Finalmente debemos precisar que es el vínculo jurídico en virtud del cual el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador.

El vínculo de subordinación jurídica implica que el trabajador debe prestar sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de estas, y sancionar disciplinariamente (razonablemente) cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

Finalmente, Toyama (2008) considera a la subordinación como tercer elemento. Este es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios.

Sobre este elemento, nos parece necesario citar a Luque Parra (2001) quien indica que la subordinación confiere al empleador:

-Un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva.

Continuando con la noción de subordinación, ésta implica la facultad de dirección o poder de dirección del empleador frente al trabajador, la misma que esta socializada con el poder de fiscalización y sanción, las que se exteriorizan en: cumplimiento de un horario y jornada de trabajo, uniformes, imposición de sanciones disciplinarias, sometimientos a los procesos disciplinarios aplicables al personal dependiente, entre otras.

En suma, estos tres elementos señalados anteriormente califican al contrato de trabajo como tal, de tal manera que al no existir estos elementos no nos encontramos ante un contrato laboral.

2.2.11.1.6. El Despido

2.2.11.1.6.1. Definición de despido

Desde el punto de vista estrictamente conceptual se define o concibe al despido bajo los alcances del derecho laboral o del derecho del trabajo como la terminación, culminación o extinción de la relación laboral promovida unilateralmente por el empleador. (Arce, 1999)

Es la voluntad de la parte empleadora la que origina la ruptura o rompimiento del vínculo laboral que trae como consecuencia la finalización de la contratación laboral y por ende del contrato de trabajo cualquiera fuera su naturaleza, sea se trate de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o indefinido; de contratos sujetos a modalidad. (Blancas, 2004).

La figura o institución laboral del despido se desenvuelve actualmente bajo dos ámbitos claramente definidos que se encuentran constituidos: En primer término, por un ámbito de aplicación estrictamente legal o normativo que comprende su desarrollo a través del marco legislativo siendo las normas que lo desarrollan el Decreto Legislativo N° 728 — Ley de Productividad y Competitividad Laboral —Decreto Supremo N° 003-97-TR y el Decreto Supremo N° 001-96-TR Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo y en segundo término, por un ámbito de aplicación y desarrollo a partir de los fallos o sentencias del Tribunal Constitucional, entidad que ha creado una serie de figuras adicionales a las legales referidas a la institución del despido y que han incrementado las clases de despido dentro de nuestro ordenamiento jurídico en materia laboral.

Se le puede definir como la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, en virtud de un hecho o acto acaecido durante su ejecución. Se funda exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador y según Alfredo Montoya Melgar, citado por Blancas Bustamante (2002) presenta las siguientes características:

- a. Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
- b. Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
- c. Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada.
- d. Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato.

Conviene en indicar que se colige que el despido se la legislación laboral como por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos o sentencias, algunas de las cuales incluso tienen el carácter de precedentes vinculantes. (Gómez, 1996).

De otro lado, se ha dicho que el término que más conviene utilizar es el de resolución y no despido, por las siguientes razones:

- Porque la incidencia que produce la resolución sobreviene durante la vida del negocio Jurídico.
- Porque el negocio jurídico, en el caso del contrato de trabajo, es fuente de obligaciones recíprocas, y
- Porque la extinción depende de la voluntad de las partes.

En consecuencia y coherentemente con sus planteamientos Alonso Otea lo concibe como -la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario.

2.2.11.1.6.2. Causalidad Del Despido

Arce Ortiz (1999) indica si el contrato de trabajo, es un negocio bilateral, su cumplimiento y ejecución no puede depender de declaraciones o manifestaciones de voluntad unilateral de las partes. Sin embargo, ocurre, que en el despido, sucede exactamente lo contrario, pues aquí se expresa la voluntad de una de las partes, de aquí que se reduzca a la exigencia de una causa que lo justifique, una circunstancia obstentiva a la continuación del contrato que de fundamento jurídico a la voluntad resolutoria del empresario y que no consiste en su mera discreción.

De acuerdo con nuestro ordenamiento, el despido se justifica a través de sus causas, porque con la sola excepción de la extinción del contrato durante el periodo de prueba, no existe el despido ad nutum (sin causa). La resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, es condición resolutoria potestativa del empleador, que se tiene en cuenta al momento de resolver el contrato, no tratándose de una circunstancia sobrevenida.

Puede ocurrir, no obstante que el empleador, proceda a despedir por su libérrima voluntad, sin alegar prueba ni causa, o con alegación y prueba de alguna causa, que el ordenamiento considere suficiente para justificar el despido pero que no puede probar en el proceso judicial instaurado en su contra, o en todo caso, sin guardar la forma mandada para la exteriorización de su voluntad de despedir.

Toyama Miyagusuku (2001) nos indica: -De producirse cualquiera de las situaciones antes precisadas, el mismo ordenamiento califica el despido como ilegítimo o antijurídico, o para utilizar el lenguaje de nuestra legislación: arbitrario o nulo, declarando la ineficacia o nulidad del despido, privando al acto de sus consecuencias normales, y disponiendo la readmisión del trabajador despedido, o disponiendo el pago de indemnización compensatoria o punitivas a favor del trabajador.

Las causas según lo establecido por nuestra legislación laboral, podemos reunir las en dos grandes bloques:

- Un incumplimiento previo del contrato de trabajo por parte del trabajador. Son los llamados los despidos disciplinarios o despidos individuales, por la existencia de causas justas, tipificadas en la ley y debidamente comprobadas. Pueden ubicarse también las causas justas relacionadas con la capacidad del trabajador.
- Un hecho o conjunto de hechos independientes de la voluntad de las partes que definitivamente impidan la continuación de la ejecución del contrato. Son los llamados ceses colectivos, por causas objetivas.

2.2.11.1.6.3. Clases de Despido

a. Despido Disciplinario

Según Rendon Vasquez (1988), el despido disciplinario puede ser definido como la resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario fundada en un incumplimiento previo del trabajador.

En el despido disciplinario, el empleador, como consecuencia de la institucionalidad del despido debe probar la existencia de la o las causas que motivaron su decisión resolutoria a fin de que ésta tenga legitimidad.

De otro lado, cualquier incumplimiento del contrato de trabajo en el que incurre el trabajador no es causa de despido. El incumplimiento ha de ser cualificado, porque sus efectos sobre el contrato son de máxima gravedad, siendo por ello que la ley alude a ésta característica para la configuración de la falta que produce el despido. Se alude, por ello a la falta grave. Este tipo de despido se produce por el incumplimiento de las obligaciones que el trabajador asumió al celebrarse el contrato de trabajo. La prestación básica del trabajador es la de trabajar o prestar sus servicios al empleador. Entonces, podemos decir que se consideran incumplimientos contractuales típicos, los defectos en cuanto a esta prestación.

De conformidad con nuestro marco legal el despido justificado implica que para el despido de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada que labora cuatro o más horas diarias (es por ello que el trabajador con contrato en régimen de tiempo parcial que labora menos de cuatro horas diarias no tiene derecho a indemnización por despido arbitrario) para un mismo empleador es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. (Neves, 1997)

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o rendimiento del trabajador o en todo caso con su conducta o comportamiento, la demostración de la causa justa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar el despido, el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización, en caso de presentarse esta clase de despido lo único que le corresponde al trabajador es el pago o abono de sus beneficios sociales.

b. Despido Arbitrario

La expresión -despido arbitrario comprende varias formas de despedir, todas extinguen el contrato y todas son eficaces porque concluyen el contrato de trabajo, porque aun tratándose de un despido arbitrario, en la ley no encontramos un efectivo mecanismo reparador, como lo sería en este caso la reposición. La indemnización que paga el empleador por el despido arbitrario resulta totalmente insuficiente.

Desde un punto de vista práctico, para el empleador será más fácil y rápido despedir de hecho o — en todo caso — comunicando su decisión mediante una carta de despido sin expresión de causa en que aquella se funda, antes de ceñirse a la exigencia de alegar alguna causa y de observar el procedimiento previo establecido por la ley, lo que en buena cuenta, representa la restauración en nuestro sistema normativo laboral del despido libre, ad nutum, aunque pagado o resarcido mediante una indemnización.

No consideramos, por ello, que sea jurídicamente riguroso calificar a este modelo legal como uno de -estabilidad relativa impropia, pues, como lo hemos sostenido anteriormente, en la concepción del despido como una -institución causal reside la diferencia entre la noción de estabilidad laboral y un régimen de -despido libre II, por cuanto a su vez la distinción entre la estabilidad relativa y la absoluta está referida únicamente a las medidas reparatoras — indemnización o reposición — pero no a la exoneración del -principio de causalidad que es el elemento esencial en ambas clases de estabilidad.

En cuanto a la tutela del Despido Arbitrario, la mayor novedad que encontramos -en el modelo legal peruano de protección contra el despido arbitrario, es la profunda modificación que introduce en los mecanismos de tutela frente al despido, en sentido claramente peyorativo para el trabajadorli. Las normas anteriores estatuyeron como medida reparatora frente al despido injustificado o incausado, la reposición. La norma vigente, sólo reconoce como única medida reparatora la indemnización.

Para nuestro ordenamiento legal el despido arbitrario se configura en dos escenarios: En primer lugar, cuando se despide al trabajador por no haberse expresado causa o sin causa o en segundo lugar, cuando se despide al trabajador sin poderse demostrar la causa invocada en el juicio o proceso judicial. (Blancas. 2004).

El caso del despido arbitrario el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización por despido arbitrario como única reparación por el daño sufrido, precisamente la citada indemnización es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones, las fracciones se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda, su abono procede superado el período de prueba. Asimismo el trabajador podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. Se debe precisar que si bien es cierto la normatividad establece un plazo de caducidad de 30 días naturales de producido el hecho para accionar judicialmente la indemnización por despido arbitrario los plenos jurisdiccionales y la posición de la judicatura es que se consideren días hábiles, es decir los días de funcionamiento del Poder Judicial, siendo el criterio imperante el de los días hábiles por parte de la magistratura laboral y no el de los días naturales. Asimismo la indemnización por despido arbitrario deberá abonarse dentro de las 48 horas de producido el cese, de no ser así se devengara intereses con la tasa legal laboral fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. (Gómez, 1996) **c. Despido Nulo**

Para nuestro ordenamiento laboral se pueden utilizar indistintamente ambas denominaciones, siendo aquel que se produce por la vulneración de un derecho fundamental del trabajador, siendo la causal que lo motiva la vulneración de los derechos constitucionales protegidos, así tenemos las siguientes causales de despido nulo o nulidad de despido:

- a. La afiliación aun sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave.
- d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- e. El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.
- f. Despedir a un trabajador portador del VIH sida.
- g. Despedir a un trabajador con discapacidad.

Por la naturaleza de la vulneración de un derecho fundamental que se encuentra inmerso en esta clase o tipo de despido, el trabajador al plantear su acción judicial de despido nulo o nulidad de despido tiene derecho a la reposición o readmisión en el empleo por lo tanto es viable el retomo al centro laboral por ende tiene un efecto restitutorio, siendo la única clase de despido en nuestra legislación en que está permitido el reingreso al centro laboral e incluso la legislación laboral sobre la materia permite que en ejecución de sentencia en este tipo de proceso el trabajador pueda variar el beneficio de la reposición por el de la indemnización similar al monto indemnizatorio propuesto para el despido arbitrario. Es importante precisar que al igual que en el caso del despido arbitrario si bien nuestro marco legal establece un plazo de caducidad de 30 días naturales de producido el hecho para accionar despido nulo o nulidad de despido, la posición imperante en nuestra judicatura respaldada incluso por Plenos Jurisdiccionales es que el computo del referido plazo se realice por días hábiles y no por días naturales considerándose en tal sentido únicamente los días de funcionamiento del Poder Judicial, en esta clase de despido procede solicitar el pago de remuneraciones o beneficios sociales devengados, así como el depósito de la CTS con sus respectivos intereses. De otro lado en el caso de acción por nulidad de despido el Juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de

la reserva por la compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder. Asimismo el empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en el treinta (30%) por ciento del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la ejecución del mandato. En el caso del despido nulo, si el Juez ordena la reposición el trabajador deberá ser reincorporado en el empleo sin afectar su categoría anterior e incluso en la oportunidad en que se produzca la reposición del trabajador, las partes suscribirán un acta dejando constancia de tal hecho, o en su defecto cualquiera de ellos podrá solicitar al Juez de la causa que la reposición se efectúe con la intervención del Secretario del Juzgado y finalmente el período dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva la «hubieran correspondido al trabajador excepto para el record vacacional, lo que precisamente configura la institución laboral de los devengados.

d. Despido Indirecto

En líneas generales es el despido que se produce como consecuencia de un acto) de hostilidad que no ha sido materia de enmienda por parte del empleador a pesar del requerimiento por escrito del trabajador, frente a lo cual este se da por despedido remetiéndose para tal efecto una carta a su empleador, siendo por ello una figura peculiar de despido ya que es el mismo trabajador quien frente a la inercia en el cambio de conducta de su empleador con la finalidad de dejar sin efecto el acto de hostilidad no le queda otra opción al trabajador que provocar la finalización del vínculo laboral, por lo que algunos tratadistas lo conciben como una suerte de auto despido, sin embargo queda en claro que ello se origina como consecuencia de la conducta de hostilidad del empleador.

En tal sentido la legislación en lo concerniente a la figura del despido indirecto precisa que el trabajador en caso que se considere hostilizado podrá dar por terminado el contrato de trabajo, en cuyo caso demandará el pago de una indemnización bajo los alcances de la indemnización por despido arbitrario, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que pudiera corresponderle. El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole el plazo razonable no menor de seis días naturales para que enmiende su conducta, asimismo para la presentación de la acción judicial por despido indirecto se aplica el criterio ya esbozado para el despido arbitrario y el despido nulo en el sentido de que para el computo del plazo de caducidad no se aplica el criterio de los días naturales si no el criterio de los Plenos Jurisdiccionales de los días hábiles e incluso la normatividad hace la precisión de que el computo de dicho plazo se realiza desde el día siguiente de vencido el plazo otorgado al empleador para enmendar su conducta. Asimismo, se tiene que los actos de hostilidad son los siguientes:

- a. La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- b. La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- c. El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios con el propósito de ocasionarle perjuicio.
- d. La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida o la salud del trabajador.
- e. El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f. Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g. Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

2.2.11.1.6.4. Las causas justas de despido en nuestra legislación

El vigente Decreto Supremo N° 003-97-TR, referido a la extinción del contrato de trabajo, considera el despido como una de las formas de extinguir del contrato de trabajo; y en el inciso h), del mismo artículo, la terminación de la relación laboral por causa objetiva, pero sin mencionar, en éste último caso, el término -justo. No obstante, la misma ley hace una referencia concreta a la existencia de la causa justa contemplada en la Ley y debidamente comprobada.

- a. Causas justas relacionadas con la capacidad del trabajador.
 - El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas. Estas causas deberán ser debidamente certificadas por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador. La negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes, se considerará como aceptación de la causa justa de despido.
 - El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares. Para la verificación del rendimiento deficiente, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como al sector al que pertenezca la empresa.

- La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidente.

b. Causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador Se consideran como justas causas para el despido las siguientes:

La comisión de falta grave. - Puede decirse que la falta grave constituye - una causa justa de despido o de resolución o de extinción de la relación de trabajo por voluntad unilateral del empresario basada en el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador.

La Ley de Productividad y Competitividad laboral, sobre el particular, señala que la falta grave es la infracción por el trabajador (k los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. La calificación de la falta grave, precisa, entonces, de dos requisitos fundamentales: Infringir los deberes esenciales del contrato de trabajo de trabajo hacer irrazonable la subsistencia del contrato de trabajo. En la doctrina se conocen cuatro sistemas para el ordenamiento de la falta grave:

El sistema abierto o —ad pertus: Según este sistema, la ley establece criterios genéricos bastante amplios de falta grave, dejando a los jueces la calificación de la gravedad considerando cada caso en particular.

El sistema cenado o -númerus clausum: En este sistema, la ley precisa el número de faltas que dan lugar al despido. Se dice que este sistema ha fracasado y que parece no tener futuro en la legislación.

Sistema mixto: enunciativo - explicativo: La ley enuncia una serie de faltas graves, que van a servir como ejemplo al juez.

El sistema convencional: A través del convenio colectivo se circunscribe y reduce el abanico de causales de despido, aplicándose solo aquellas que las partes acuerdan.

a. La condena penal por delito doloso. - El despido se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y que el empleador conozca de tal situación. Se exceptúa el caso en el que el empleador hubiera tenido conocimiento del hecho punible antes de contratar al trabajador.

b. La inhabilitación del trabajador. - De conformidad con el artículo 28° de la Ley, -la inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeña en el centro de trabajo, si lo es por un periodo de tres meses o más.

2.3. REFERENCIA CONCEPTUAL

Derecho procesal Constitucional. Es aquella rama del Derecho Público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de una particular y sus disposiciones. Además, es de precisar que comprende la organización y atribuciones de los Tribunales Constitucionales y la forma en que éstos ejercen su jurisdicción al resolver conflictos constitucionales por medio del proceso y con efectos permanentes.

Proceso. En la definición de algún autor, es la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza. (Osorio, 2012).

Proceso de amparo: Es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales, frente a la vulneración o amenaza de éstos por cualquier autoridad, funcionario o particular, con excepción de aquellos derechos que son protegidos por el habeas corpus y el habeas data. (Monroy Palacios, 2004).

Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional es un órgano del Estado independiente y autónomo, cuya función, entre otras, es velar por la constitucionalidad de las Leyes y decretos, es así que el Tribunal Constitucional asegura que cualquier normativa que se dicte se enmarque en los límites constitucionales.

Recurso de agravio constitucional. El recurso de agravio constitucional, es aquel medio impugnatorio contra las sentencias expedidas en segunda instancia en el Poder Judicial, que posibilita a las personas a acudir ante el Tribunal Constitucional como última instancia para obtener el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados. Es así que, para determinar la procedencia de un recurso de agravio constitucional, el órgano jurisdiccional que conoce el recurso no solamente debe de aplicar las reglas del artículo 18 del Código Procesal Constitucional, sino además lo establecido en la jurisprudencia constitucional para determinar la procedencia del recurso.

Expediente. Desde la perspectiva del Derecho procesal, el expediente es el conjunto de escritos, actas y resoluciones donde se encuentra consignados todos los actos procesales realizados en un proceso, que son ordenados según la secuencia de su realización en folios numerados correlativamente (Poder Judicial 2018).

Derecho al trabajo. Constituye, lo sumo, una aspiración encaminada a lograr que el estado provea inexcusablemente de trabajo a quienes no lo tengan y lo reclamen, lo que en la actualidad no sucede. (Osorio, 2012)

Despido. Consiste en la forma de extinción de la relación laboral por acción imputable al empleador que cubre una gama muy variada de ocurrencias en las que se puede configurar. (Zavala, 2011).

Despido arbitrario. Comprende varias formas de despedir, todas extinguen el contrato y todas son eficaces porque concluyen el contrato de trabajo, y tratándose de un despido arbitrario, en la ley no encontramos un efectivo mecanismo reparador, como lo sería en este caso la reposición, sino únicamente la indemnización que muchas veces son insuficientes.

Despido fraudulento. Es aquel que se da por una acción fraudulenta. Puede darse en los siguientes casos: a) cuando se le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) cuando se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, c) cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad y d) mediante la fabricación de pruebas (Bustamante, 2006)

Distrito Judicial. Un distrito judicial es la subdivisión territorial del Perú para efectos de la organización del Poder judicial. Cada distrito judicial es encabezado por una Sala Superior de Justicia

Normas Legales, son reglas dirigidas a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar a una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos

Principio. Es una ley o regla que se cumple o debe seguirse con cierto propósito, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr cierto propósito. (Real Academia de la Lengua Española, 2001).

Principios constitucionales. Definen el sistema constitucional, por ello se consideran, como la medula del sistema constitucional, y forman parte de los principios generales del derecho. (Vergotinni, s/t)

Prueba. Conjunto de actuaciones que, dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas. Las pruebas generalmente, admitidas en las legislaciones son los indicios, la presunción y especies, la confesión en juicio. (Osorio, 2012).

Sentencia. Es la resolución que pone término a la instancia o al proceso, pronunciándose sobre la cuestión controvertida o sobre la validez del proceso. (Rodríguez, 2006)

2.4. SISTEMA DE HIPÓTESIS

Las Técnicas de interpretación, así como la normativa, se aplicaron debidamente, en la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N.º **00669-2016- PA/TC - AYACUCHO**: en razón de que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión

2.5. VARIABLES

Evaluación de técnicas jurídicas

a. Variable independiente: análisis de la sentencia

b. Variable Dependiente: Técnicas de interpretación, integración y argumentación.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Nivel de investigación

3.1.1. Tipo de investigación: cualitativa

Cualitativa: Es cualitativo en el sentido que el investigador utilizó las técnicas para recolectar datos, como la observación y revisión de documentos (sentencias), pudiendo evaluar la incompatibilidad normativa empleando las técnicas de interpretación; es decir, no se evidenció manipulación alguna de las variables en estudio.

Por lo tanto, ambos tipos de investigación proponen nuevas observaciones y evaluaciones para esclarecer, modificar y fundamentar las suposiciones e ideas o incluso generar otras. (Hernández, Fernández & Batista, 2014, p. 4)

3.1.2. Nivel de investigación: exploratorio - hermenéutico

Exploratorio: Es exploratorio porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito fue examinar una variable poco estudiada (incompatibilidad normativa y técnicas de interpretación), porque hasta el momento de la planificación de investigación se encontraron estudios relativamente conocidos, por lo cual el investigador pudo efectuar una investigación más completa respecto a un contexto particular (sentencias emitidas por el órgano supremo) con el acompañamiento de limitaciones en cuanto a revisión de trabajos de investigación similares.

Por ello, se orientó a familiarizarse con las variables en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema (Hernández, Fernández & Batista, 2014).

Hermenéutico: Es hermenéutico porque interpreta y explica el sentido de la norma, haciendo que su comprensión sea clara, coherente y razonable para analizar las incompatibilidades normativas y determinar qué tipo de técnica de interpretación se aplicó para dar solución a la misma.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN: método hermenéutico dialéctico

El método hermenéutico dialéctico se basó en la relación dialéctica entre la comprensión, la explicación y la interpretación de la norma con la finalidad analizar y explicar y de qué manera se aplican las técnicas de interpretación en la incompatibilidad normativa proveniente de las Sentencias de los Órganos Supremos de Justicia del Perú.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

Con relación a la investigación en estudio la población estuvo constituida por la sentencia emitida en el expediente N° 00669-2016-PA/TC - AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019, derivada del expediente N° **00028-2015-0-0501-JR-DC-01, del Distrito Judicial de Ayacucho;** sentencia que se obtuvo de la dirección URP: <https://tc.gob.pe/iurisprudencia/2018/00669-2016AA.pdf>.

3.4. Técnicas e instrumentos

Para el recojo de datos se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido utilizando como instrumento una lista de cotejo, validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.) donde se presentarán los parámetros, extraídos de la revisión de la literatura que se constituyen en indicadores de las variables. Asimismo, para asegurar la coincidencia con los hallazgos, el contenido de la sentencia formará parte de la presentación de los resultados, denominándose evidencia empírica. (Lista de cotejo y cuadro de presentación de los resultados correspondientes al docente investigador).

3.5. Plan de análisis

Se ejecuto por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz Gonzáles (2008). Estas etapas fueron:

3.5.1. La primera etapa: abierta y exploratoria

Fue una actividad que consistió en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, estando guiado por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión fue una batalla; es decir, fue un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretó, el contacto inicial con la recolección de datos.

3.5.2. La segunda etapa: más sistematizada, en términos de recolección de datos También, fue una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, pues facilitó la identificación e interpretación de los datos. Aplicándose las técnicas de la observación y el análisis de contenido, donde los hallazgos fueron trasladados literalmente, a un registro (hojas digitales) para asegurar la coincidencia; con excepción de los datos de identidad de las partes y toda persona particular, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales.

3.5.3. La tercera etapa: consistente en un análisis sistemático

Fue una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura.

El instrumento para la recolección de datos, fue una lista de cotejo validado, mediante juicio de expertos (Valderrama, s.f.), estando compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituyeron en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se logran evidenciar como Anexo para la Tesis.

3.6. DEFINICION Y OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES.

VARIABLES	TIPO DE VARIABLES	DEFINICION CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	SUB DIMENSIÓN	INDICADORES	TECNICAS Y RECOLECCIÓN DE DATOS
TECNICAS JURIDICAS	Variable independiente	Esquemas conceptuales e ideológicos que ayudan a construir argumentos para resolver antinomias o problemas lingüísticos; permitiendo utilizar el razonamiento jurídico.	Interpretación: Del latín que interpreta, es la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho.	Criterios de interpretación constitucional	Sistemático y teleológico	Técnicas de observación. Análisis de contenido. Lista de cotejo.
				Métodos de interpretación	Sistemático Literal Histórico Sociológico Teleológico Autentico Judicial Doctrinaria Estricta Lógica Extensiva Restrictiva	

			Integración: ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable se procede a la integración de la norma.	Analogía	Analogía Malan Parten. Analogía Bonan Parten.	Técnicas de observación de Análisis de contenido Lista de cotejo
				Jurisprudencia de TC	Fundamentos de Integración Constitucional	

			Argumentación: tipo de razonamiento que se formula en algunos de los niveles en que se utilizan normas del derecho	Argumentos interpretativos	Argumento de coherencia. Argumento teleológico. Argumento histórico. Argumento analógico. Argumento a partir de principios.	Técnicas de observación Análisis de contenido Lista de cotejo
Sentencia	Variable dependiente	Resolución judicial dictada por el máximo órgano de interpretación nacional.	Parte Expositiva	Introducción. las Postura de partes	El encabezamiento evidencia: la individualización de la sentencia, indica el número de expediente, el número de resolución, lugar, fecha. Si cumple/ no cumple. Evidencia el asunto ¿Cuál es el problema sobre lo que se decidirá? Aspectos del proceso	Técnicas de observación Análisis de contenido. Lista de cotejo

			Parte considerativa	Motivación del derecho	Identificación de inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencias en la motivación externa, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente y motivación cualificada.	
			Parte resolutive	Aplicación del principio de	El pronunciamiento evidencia correspondencia	
				correlación Descripción de la decisión	con la parte expositiva y considerativa	

3.7 Matriz de consistencia.

Título: EVALUACIÓN DE TÉCNICAS JURÍDICAS APLICADAS EN LA SENTENCIA DEL EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, 2019.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA
----------	-----------	-----------	----------	-------------

<p>¿la evaluación de técnicas jurídicas aplicadas en la sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TCAYACUCHO, del Tribunal Constitucional</p>	<p>OBJETIVO GENERAL: Verificar que la sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019., se enmarque dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p>	<p>Las Técnicas de interpretación, así como la normativa, se aplicaron debidamente, en la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 00669-2016-PA/TC -</p>	<p>Evaluación de técnicas jurídicas.</p> <p>Dimensiones: Argumentación Interpretación integración</p>	<p>Tipo: Cualitativo</p> <p>Nivel: Descriptivo</p> <p>Diseño: No experimental, transversal.</p> <p>Universo: expediente N.º 00669-2016-PA/TC - AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019, derivada del expediente N° 000282015-0-0501-JR-DC-01, del Distrito Judicial de Ayacucho; sentencia que se obtuvo de la</p>
---	--	---	--	--

<p>del Perú, 2019, ¿se enmarca dentro de las técnicas de interpretación, integración y argumentación?</p>	<p>1.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de interpretación de la sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019.</p> <p>2.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de integración de la Sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019.</p> <p>3.- Identificar y explicar las técnicas jurídicas de argumentación de la Sentencia del EXP. N° 00669-2016PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019.</p> <p>4.- Evaluar las técnicas jurídicas de interpretación, integración y argumentación de la Sentencia del EXP. N° 00669-2016-PA/TC-AYACUCHO, del Tribunal Constitucional del Perú, 2019</p>	<p>AYACUCHO: en razón de que fueron tomados en cuenta los criterios, métodos, principios y argumentos que fundamentan su decisión</p>		<p>dirección URP: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00669-2016-AA.pdf</p> <p>Técnica: Observación y análisis de contenido Instrumento: Ficha de cotejo</p>
---	---	--	--	--

--	--	--	--	--

3.7. Principios éticos

3.7.1. Consideraciones éticas

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estará sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Zelaya, 2011). El investigador asume estos principios, desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Suscribiendo una Declaración de Compromiso Ético, que se evidenciará como Anexo 3 para la Tesis.

3.7.2. Rigor científico

Para asegurar la confiabilidad y credibilidad; minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear los datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010), se insertó el objeto de estudio: Recurso de Agravio Constitucional proveniente del Tribunal Constitucional, que se evidencia como Anexo N° 1 en la presente tesis.

Se precisa, que la elaboración y validación del instrumento; la operacionalización de la variable; Los procedimientos para la recolección, organización y calificación de los datos; el contenido de la Declaración de Compromiso Ético; el Diseño de los cuadros para presentar los resultados, y el procedimiento aplicado para la determinación de las sub dimensiones, las dimensiones y la variable en estudio, fue realizado por el Docente en Investigación a cargo de la Asignatura de Tesis - ULADECH Católica - Sede central: Chimbote - Perú).

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados

	Dimensiones	Sub dimensiones	Indicadores	Evidencia empírica	Parámetros
Técnicas jurídicas	Interpretación	Criterios de interpretación constitucional	Sistemática		En el expediente materia de estudio se ha utilizado la interpretación sistemática.
			Teleológica		En el expediente materia de estudio se ha utilizado la interpretación teleológica.
		Principios esenciales de la Interpretación Constitucional.	p. de unidad de constitución		Si cumple
			P. del debido proceso		Si cumple
			P. de publicidad de las normas		Si cumple
			P. de y razonabilidad y proporcionalidad.		Si cumple
			P. de primacía la de realidad.		Si cumple
			P. de tutela jurisdiccional		Si cumple
			P. de Jerarquía de normas		Si cumple
			P. de igualdad		Si cumple
			P. de Congruencia de la sentencia.		Si cumple
				Sistémico	
		Literal		Si cumple	

	Métodos de interpretación constitucional.	Histórico		En el expediente materia de estudio se ha utilizado la interpretación histórica.	
		Sociológico		Si cumple	
		Auténtico		En el expediente materia de estudio se ha utilizado la interpretación auténtica.	
		Judicial		Si cumple	
		Doctrinaria		Si cumple	
		Estricta		Si cumple	
		Lógica		Si cumple	
		Extensiva		Si cumple	
		Restringida		Si cumple	
	Integración	Analogía	Analogía en Malan Parten		En el expediente materia de estudio se ha utilizado la interpretación auténtica
			Analogía en Bonan Parten		En el expediente materia de estudio se ha utilizado la interpretación auténtica
		Jurisprudencia de TC	Fundamentos de integración constitucional		En el expediente materia de estudio no se ha utilizado la integración constitucional.
	Argumentación	Argumentos interpretativos	Argumento de la coherencia		En el expediente materia de estudio se ha utilizado una argumentación coherente.
			Argumento Teleológico		En el expediente materia de estudio se ha utilizado una argumentación teleológica.

			Argumento histórico		En el expediente materia de estudio se ha utilizado una argumentación histórica
			Argumento Analógico		No se ha utilizado una argumentación analógica
			Argumento a partir de principios		En el expediente materia de estudio se ha utilizado una argumentación a partir de principios.

CONCLUSIONES

- La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que resolvió: declarar fundada la demanda de Amparo, interpuesta por Y.M.H.S contra M.D.J.N. (00669-2016-PA/TC — derivada del expediente 28-2015-0-0501-JR-C1-01), materia de análisis, se encuentra debidamente motivada, toda vez que se utilizó los criterios de interpretación constitucional, principios esenciales de la Interpretación Constitucional, métodos de interpretación constitucional así como los argumentos interpretativos, no siendo necesario utilizar los fundamentos de integración constitucional.
- En relación al parámetro de interpretación los resultados fueron los siguientes: 1. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas para su posterior argumentación (Auténtica, doctrinal y judicial). *La respuesta fue si cumple*. Si cumple, porque el Tribunal Constitucional realizó la interpretación judicial, interpretando las disposiciones judiciales. Luego, procuro que los hechos probados en la controversia ingresen en el supuesto de hecho de la norma jurídica, luego dedujo sus consecuencias; y, 2. En relación a la sub dimensión: Determina el tipo (o los tipos) de interpretación jurídica de las normas seleccionadas en razón a su alcance para su posterior argumentación (*declarativa, restrictiva y extensiva*). *La respuesta fue si cumple*. Si cumple, porque el Tribunal Constitucional realizó una interpretación declarativa consistente en atribuirle el sentido o el significado a la norma que se aplicó, porque el sentido de la norma coincide cumplidamente con el texto.
- En relación al parámetro de integración los resultados fueron los siguientes: 1. En relación a la sub dimensión: Determina la existencia o no de lagunas de ley (vacíos de ley) normativos en la sentencia de casación. *La respuesta fue no cumple*. No cumple, porque no se encontró ninguna laguna normativa, la integración procede cuando no hay norma jurídica que interpretar, entonces procede la integración. Pero hay que recordar que la analogía tiene límites y no está permitida para establecer excepciones ni restringir derechos; y, 2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios generales del derecho en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (*con la finalidad de llenar los vacíos o lagunas de ley*). *La respuesta fue no cumple*. No cumple, porque no se encontró ninguna laguna normativa, la integración procede cuando no hay norma jurídica que interpretar, entonces procede la integración. Pero hay que recordar que la analogía tiene límites y no está permitida para establecer excepciones ni restringir derechos.
- En relación al parámetro de argumentación los resultados fueron los siguientes: 1. En relación a la sub dimensión: Determina las premisas que motivan o dan cuenta de los hechos

por los cuales el argumento debe aceptarse (*premisa mayor y premisa menor*) *La respuesta fue si cumple*. Si cumple, porque el Tribunal Constitucional adoptó el método subsuntivo o el silogismo jurídico, donde se planteó una premisa normativa (premisa mayor) y una premisa fáctica (premisa menor), donde la premisa fáctica no fue del género de la premisa normativa, motivo por el cual declararon fundada la demanda, en consecuencia, nulo el despido arbitrario del demandante; y, 2. En relación a la sub dimensión: Determina los principios esenciales para la interpretación constitucional. *a) Principio de congruencia de las sentencias; b) Principio de jerarquía de las normas; c) Principio de tipicidad. Con la finalidad de la no vulneración de derechos fundamentales*). *La respuesta fue si cumple*. Si cumple, porque, el Tribunal Constitucional ha respondido cabalmente a los alegatos planteados por las partes y no se ha podido evidenciar ninguna vulneración de derechos fundamentales.

- El Tribunal Constitucional hizo uso adecuado uso de la técnica de la interpretación judicial, interpretando las disposiciones judiciales. Procurando que los hechos probados en la controversia ingresen en el supuesto de hecho de la norma jurídica, para luego deducir sus consecuencias declarando fundada la demanda y nulo el despido arbitrario del demandado.
- Con respecto a las técnicas de integración en el caso estudiado no se pudo evidenciar, porque no se encontró ninguna laguna normativa, la integración procede cuando no hay norma jurídica que interpretar, entonces procede la integración. Pero hay que recordar que la analogía tiene límites y no está permitida para establecer excepciones ni restringir derechos
- Con respecto a las técnicas de argumentación el Tribunal Constitucional dio razones o justificaciones objetivas para declarar fundada la demanda y nulo el despido arbitrario del demandado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad Y. (2001), La Protección procesal de los derechos el aporte de la Jurisdicción Constitucional a su defensa. Recuperado de: http://www.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2001/La_protecci%C3%70133n_procesal.html.

Águila, G. (2010), Lecciones de Derecho Procesal Civil. Fondo Editorial de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos-EGACAL. (Ira. Edición). Lima: Editorial San Marcos.

- Aguinaga (2012). Reposo crítico a la historia de la reposición por despido incausado y despido fraudulento. Recuperado de <http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2013/01/les%0C3c/oBAs-Aguinaga.pdf>
- Alsina, H. (1963). Tratado Teórico Práctico De derecho Procesal, Civil Y Comercial, 2ª, vol. 1. Buenos Aires, Argentina: EDIAR
- Arce Ortíz, E. G. (1999). La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Bertoli J. P. (2002). Acerca del Derecho al Proceso Según su concreción en el Código Tipo Procesal Civil del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). En revista Iberoamérica de Derecho Procesal Civil Año I. N° 2002 Argentina.
- Blancas Bustamante, C. (2002). El Despido arbitrario en el Derecho laboral peruano. Ara Editores, enero, Lima-Perú.
- Blancas Bustamante, C. (2004). El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional, En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Lima: Academia de la Magistratura.
- Briseño, H (1969). Derecho Procesal. Volumen H. (1ª Edición). México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Calderón S, Águila G. (2007) El ABC del Derecho Constitucional. 1ª ed. De Lima: San Marcos E.I.R.L.
- Castillo C. (2001), Los Derechos Constitucionales: Elementos para una Teoría General. (3ª ed. Edición). Lima.
- Chávez R. (2011), ABC del Juicio de Amparo. (VI Edición) México: Editorial Porrua.
- Chichizola, M. (1983). El debido proceso como garantía constitucional. En revista jurídica la ley, Buenos Aires, Argentina.
- COMJIB (noviembre del 2007). Acceso a la justicia en Iberoamérica. Recuperado el 19 de mayo de 2014, de <http://www.comjib.org/sites/default/files/Acceso-a-la-Justicia.pdf>
- Corte Interamericana de Derecho Humanos, (s.f.). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia.

- Couture, E. J. (2002) Fundamentos del derecho procesal civil. 4a Edición. Editorial Montevideo de Buenos Aires. Buenos Aires. De La Cueva, M. (1975). El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, 3era. Edición. Del Rosario Chávez, R. (1988). La Jornada de Trabajo. Problemática Laboral N° 7. Asociación Cultural Atusparia. Diciembre. Chimbote — Perú
- Devis Echandía, H. (1985). Teoría general del proceso. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Universal.
- Ermida Uriarte, O. (1983). La estabilidad del trabajador en la empresa ¿Protección real o ficticia?, Montevideo: Acali Editorial.
- Esparza Leibar, I. (1995). El Principio del Proceso Debido. Barcelona-España: José María Bosch Editor S.A.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2003). Jurisdicción Constitucional Importación de Justicia y Debido Proceso. 1era. Edición Lima-Perú: Ed. ARA Editores.
- Ferrero C. (2004), El Proceso de Amparo: Derecho Constitucional General Materiales de Enseñanza. (3era. Edición). Lima: Edición Facultad de derecho de la universidad de Lima.
- Ferro Delgado, V. & García Granara F. (2000) Derecho Individual del Trabajo, Lima: PUCP.
- García T. Bases Teóricas del Estado: Estado y Derecho [monografía en mtemet]. Arequipa: editorial Adrus; 2010. [Citada 11 octubre de 2014] disponible en: <http://wwwv.monografias.com/trabajos89/derecho-consitucional/derecho-constitucional.shtml>
- Gómez Valdez, F. Derecho del Trabajo- Relaciones Individuales de Trabajo. Editorial San Marcos 1996.
- González Nieves, O. (1986). Estabilidad en el Empleo. Análisis y Perspectivas de la Ley 24514.- Instituto de Promoción y Educación Popular. Chimbote — Perú. Gonzalo Pérez, J. (s/f). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Madrid. Civitas. Gozaini.(1996). Principio de socialización del proceso. Henríquez F. (2007), Derecho Constitucional. Editora FECAT.Lima Hinostroza A. (1998), La prueba en el proceso civil. (Ira. Edición). Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Hinostroza A. (2001), Manual de Consulta Rápida del Proceso Civil. Lima: Gaceta Jurídica.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina. (V. Rodríguez Rescia, Ed.) Argentina, Argentina: Ministerio público de la defensa de la república.

Kelsen. (1998). Ver en *Revue de Droit Public en France et a l'Etranger*, París, 1928, pp. 521-43. Traducido al español por Tamayo y Salmorán, Rolando (1974), "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia Constitucional)", en *Anuario jurídico*, I, (México, UNAM), pp. 471-515

Ley de productividad y competitividad laboral. D.LEG N° 728. Boletín oficial del estado. (27 MARZO 1997).

Manuel Osorio Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas Y Sociales. 26 ed. Buenos Aires: Heliasta; 2012. Jurisdicción; p.550.

Monroy (1996). Principio de dirección judicial del proceso... Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/item/76359/principios-procesales-aplicables-en-los-procesos-constitucionales>.

Monroy Gálvez, Juan., (2003). Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el código procesal civil, en su libro *La formación del proceso civil peruano*. Escritos reunidos. Lima: comunidad Introducción al proceso civil.

Néstor S. (1991). *Derecho Procesal Constitucional: Acción de amparo*. (3era Edición). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima-Perú: Ara Editores.

Ortecho Villena, V. J. (1994). *Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional en Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*. Huancayo-Perú.

Osorio. (2012). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Lima. Edit. Heliasta.

Pía R. (1998), *Los principios del Derecho del trabajo*. (3era Edición). Buenos Aires: Editora De palma. Pía R. (2009). *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano*. Lima: Editora Grij ley Quiroga León, A. (s/f). *El Debido Proceso Legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Jurisprudencia.

Rendón Vásquez, J. (1988) *Derecho del Trabajo: Relaciones Individuales en la actividad Privada*. Lima — Perú: Editorial Tarpuy.

- Rioja B. (2004). Derecho procesal constitucional. Recuperado de:
<http://blog.pucp.edu.pe/item/76359/principios-procesales-aplicables-en-los-procesos-constitucionales>.
- Rocco U. (1969), La competencia en el Proceso de Amparo, Editorial Marsol, (p. 17).
- Rodríguez D. (2006). Manual de Derecho Procesal Constitucional. (3era Edición). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Rodríguez Domínguez, E. A (2000). Manual de Derecho Procesal Civil. Cuarta edición actualizada y aumentada. Lima: Editorial Gijley.
- Sagástegui P. (2003), Exégesis y Sistemática del Código Procesal Civil. T.I. (Ira. Edición). Lima: Editorial Grijley.
- Sagástegui Urteaga, P.(2003). Exégesis y sistemática del código procesal civil. Volumen I. Lima: Editora Jurídica Gijley.
- Sánchez V. (2004), La acción constitucional, Lima, Perú editorial Idemsa.
- Sánchez V. (2004), Las funciones de las partes en el proceso como garantía constitucional, 2004.
- Silva Vallejo, J. A. (2007). El pensamiento filosófico y jurídico. Los grandes maestros. Las escuelas. Lima.
- Staff L. Manual práctico laboral. (1 era Edición). Lima: Editora Entrelíneas SRL Taramona (1996), Derecho Procesal Civil. Lima: Editorial Huallaga.
- Taruffo M. (2002), La prueba de los hechos. Madrid: Editorial Trotta.
- Ticona Postigo, V. (1999). El debido proceso y la demanda civil. 2o edición. Lima-Perú: Ed Rodhas.
- Ticona Postigo, V. (s/f). Análisis y Comentario al Código Procesal Civil. 3ra. Edición. T.I. Lima- Perú: Ed Rodhas.
- Ticona Postigo, V. (1988). El Debido proceso y la demanda civil. Tomo II, 1998, 1era. Edición, Lima: editorial RODHAS. Ticona V. (1999), El Debido Proceso y la Demanda Civil. Tomo I. (2da. Edición). Lima: Editorial RODHAS.

Torrivilla, A. (2005). La ejecución de las decisiones dictadas con ocasión de procedimientos de reenganches del trabajador aforado: Una propuesta de judicialización. Venezuela. (Tesis para optar el grado de especialista en derecho al Trabajo)

Toyama Miyagusuki, J. L. (s/f) Beneficios Sociales. - Academia de la Magistratura. Programa de Actualización y Perfeccionamiento.

Valladolid Z. (2007). Introducción al Derecho Constitucional. Lima: Editora Grijley.

Vinatea Recoba, L. (2004). La "adecuada protección procesal" contra el despido arbitrario, En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Lima: Academia de la Magistratura.

Zavala Costa, J. & García Granara, F. (2004). Coyuntura y perspectivas de la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Lima: Academia de la Magistratura.

Zavala R. El ABC del Derecho Laboral y Procesal Laboral. 1 ed. De Lima. San Marcos E.I.R.L; 2011.

Zavaleta C. (1997), Derecho Procesal Constitucional. Lima: Manuel Chauca

E.I.R.L.

ANEXOS
SENTENCIA N ° 00669-2016-PA/TC AYACUCHO
EMITIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en el Pleno del día 30 de mayo de 2017, y el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, y el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Yuri Manuel Huachaca Silva contra la resolución de fojas 198, de fecha 5 de octubre de 2015, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de enero de 2015, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Jesús de Nazareno. En ella solicita que se ordene su reposición laboral en el cargo de personal de seguridad ciudadana (sereno) en la Subgerencia de Servicios Municipales y que se le incluya en planillas única de remuneraciones; asimismo, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el abono de los costos y costas del proceso.

Sostiene que laboró desde el 1 de febrero hasta el 31 de diciembre de 2014, mediante contratos de locación de servicios personales, desarrollando una función de carácter permanente que, en los hechos, se desnaturalizó. De este modo se generó una relación laboral de naturaleza indeterminada. En consecuencia, debió existir una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral para ser despedido. Alega la vulneración de su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra al despido arbitrario y el debido proceso.

El alcalde de la municipalidad demandada contesta la demanda aduciendo que el recurrente desempeñó sus labores en virtud de una relación civil, no laboral, en el marco del proyecto de "Mejoramiento y Ampliación de la Cobertura del Servicio de Seguridad Ciudadana en el Distrito de Jesús de Nazareno", cuyo plazo de ejecución era de doce



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

meses, y que concluyó en el mes de diciembre. Agrega que el cargo que ocupaba el demandante no existe dentro del Cuadro de Asignación de Personal.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, con fecha 7 de abril de 2015, declaró fundada en parte la demanda respecto a la reposición del demandante, por estimar que de las instrumentales obrantes en autos se advierte que el actor prestó servicios como personal sereno de la municipalidad demandada y que, pese a la denominación de los contratos suscritos entre las partes (contratos de naturaleza civil), se puede apreciar que los servicios prestados por el actor, se brindaron en una relación de dependencia y subordinación, conforme se advierte de los informes, las conformidades de servicios y los controles de asistencia, entre otros.

La Sala revisora, revocando la apelada, declara improcedente la demanda por considerar que las labores del actor, en su condición de sereno, se encuadran dentro de la actividad pública, regida por el Decreto Legislativo 276 y normas conexas, en aplicación también del precedente del Tribunal Constitucional recaído en los Expedientes 0206-2005-PA/TC y 02383-2013-PA/TC. Se concluye que la vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho laboral invocado es el proceso contencioso administrativo, de conformidad con el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando, porque habría sido objeto de un despido incausado, lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

Cuestión previa

2. Debe precisarse que conforme a la información enviada por el Poder Judicial mediante Oficio 8784-2015-CE-PJ de 3 de setiembre de 2015, corroborada con la consulta efectuada el día 29 de marzo de 2017, a la página web del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ETIINLPT/s_etii_nlpt/as_mapa/, a la fecha de interposición de la presente demanda (15 de enero de 2015), aún no había entrado en vigencia la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Ayacucho, por lo que, en el referido distrito judicial no se contaba con una vía igualmente satisfactoria, como lo es el proceso laboral abreviado previsto en la Ley



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

29497, al que se hace mención en el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC.

Procedencia de la demanda

3. En la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC, publicada el 20 de julio de 2016 en el portal web institucional, este Tribunal precisó los alcances del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, señalando que este solamente será aplicable a los casos en los que la plaza en la que laboraba el demandante antes de producirse el acto lesivo forme parte de la carrera administrativa y no a otras modalidades de función pública. Ello en mérito a que no tendría sentido exigir el empleo de criterios meritocráticos cuando no se requiere tomar en cuenta estas consideraciones frente a quienes no son parte de la carrera administrativa (cfr. fundamentos 10 a 13 de la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC).

Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que si forman parte de la carrera administrativa (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

5. Por estos motivos, este Tribunal precisó que, para que sean aplicables las reglas del precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, es necesario que el caso en cuestión presente las siguientes características:
- El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
 - Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

6. En el presente caso, la parte demandante reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta. Sin embargo, el pedido de la parte demandante es que se ordene su reposición en el puesto de personal de seguridad ciudadana (sereno), esto es, en un cargo en el que claramente no hay progresión en la carrera (ascenso). Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.
7. En consecuencia, y al no ser aplicable el precedente contenido en el Expediente 05057-2013-PA/TC, este Tribunal se abocará al conocimiento de otros aspectos de la presente controversia para evaluar si el recurrente fue objeto de un despido arbitrario.

Análisis del caso concreto

8. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona"; y el artículo 27 señala: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

En el presente caso se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque, de ser así, el demandante solo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 1944-2002-AA/TC, se estableció que mediante el referido principio "[...] 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" (fundamento 3).

10. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: **a)** control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; **b)** integración del demandante en la estructura organizacional de la empleada; **c)** prestación ejecutada dentro de un horario determinado; **d)** prestación de cierta duración y continuidad; **e)** suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; **f)** pago de remuneración al demandante; y **g)** reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

11. En el presente caso se observa que el demandante prestó servicios para la entidad emplazada desde el 1 de febrero hasta el 31 de diciembre de 2014 como personal de seguridad ciudadana, en el proyecto "Mejoramiento y Ampliación de la Cobertura del Servicio de Seguridad Ciudadana".
12. De los medios probatorios ofrecidos es posible determinar la existencia de subordinación, toda vez que el demandante se encontraba sujeto a un jefe inmediato, para quien emitía informes de las labores realizadas (folios 30 a 67); así como también se advierte que el actor recibía memorándums múltiples en los cuales se determinan pautas en la forma de ejecutar su prestación (folios 68 a 70); también de los turnos y horarios en el que se desempeñaba el actor (fojas 79 a 88) se aprecia que era la entidad demandada quien establecía un itinerario de trabajo para el accionante.
13. Por lo tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar con la relación civil, cuyo único objetivo es ocultar una verdadera relación laboral.
14. Habiéndose determinado que, la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de prestación de servicios remunerados, subordinados, y sujetos a un horario de trabajo, se concluye que en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias que se pretenden dar con las relaciones civiles, por lo que la labor ejercida por el demandante tiene naturaleza laboral, debido a la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.
15. En mérito a lo expuesto, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, toda vez que la relación contractual que mantuvieron la parte demandante y la emplazada se ha desnaturalizado. Por esta razón, para el cese del actor debió imputarse una causa relativa a su conducta o capacidad laboral que lo justifique, otorgándole los plazos y derechos a fin de que haga valer su defensa, lo que no ha ocurrido en el presente caso.
16. En cuanto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, resulta pertinente reiterar que tal pretensión al no tener naturaleza restitutoria, no puede ser estimada mediante el proceso de amparo, razón por la que debe rechazarse dicho pedido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

Efectos de la sentencia

17. En la medida en que en este caso se ha acreditado que la entidad demandada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, corresponde ordenar la reposición del demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
18. De otro lado, y de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional, la entidad emplazada debe asumir los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia, y desestimar el pago de las costas.
19. Teniendo presente que existen reiterados casos en los que se estima la demanda de amparo por haberse comprobado un despido arbitrario, este Tribunal estima pertinente señalar que, cuando se interponga y admita una demanda de amparo contra una entidad del Estado que tenga por finalidad la reposición del demandante, ello debe registrarse como una posible contingencia económica que ha de preverse en el presupuesto de cada una de dichas entidades, con la finalidad de que la plaza que ocupaba se mantenga presupuestada para, de ser el caso, poder actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimativa.
20. En estos casos, la Administración Pública, para justificar el mantenimiento de la plaza presupuestada, tendrá presente que el artículo 7 del Código Procesal Constitucional dispone: "El procurador público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado".
21. Con la opinión del procurador público pueden evitarse y preverse gastos fiscales, ya que la Administración Pública puede allanarse a la demanda (si es que la pretensión buscada es estimable según la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional) o proseguir con el proceso.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho al trabajo. En consecuencia, **NULO** el despido arbitrario del demandante.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Provincial Distrital de Jesús de Nazareno que reponga a don Yuri Manuel Huachaca Silva como trabajador a plazo indeterminado, en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda relativo al pago de las remuneraciones dejadas de percibir pudiendo recurrir a la vía que corresponda para realizar su reclamo y las costas procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARREIRA

Lo que certifico:

Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI,
EN EL QUE OPINA QUE EN EL CASO DE AUTOS NO CORRESPONDE CITAR
EL DENOMINADO PRECEDENTE HUATUCO**

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda en los términos expuestos en la parte resolutive, discrepo de los fundamentos 3, 5 y 7 de la sentencia, en cuanto hacen referencia a la sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA/TC, por cuanto conforme a las consideraciones que desarrollé extensamente en el voto singular que emité en dicha oportunidad y al que me remito en su integridad, el proceso de amparo es la vía idónea para la tutela del derecho al trabajo frente al despido arbitrario de los trabajadores del sector público aún cuando no hayan ingresado por concurso público. Esto, en aplicación del principio de primacía de la realidad.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El acceso al empleo estatal, de todos, se rige por el principio meritocrático. Así lo manda la Constitución, la ley y el TC.

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, en el presente caso estimo que la demanda de amparo debe declararse **IMPROCEDENTE**, dado que los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros, sino empleados debido a las labores complejas que realizan; y porque la sentencia emitida en el Expediente 06681-2013-PA/TC (caso Cruz Llamos) al no constituirse en precedente o doctrina jurisprudencial, carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco. Mis razones son las siguientes:

Los trabajadores municipales del serenazgo no son obreros sino empleados

1. En mi opinión, no es aplicable a los autos los criterios del caso Cruz Llamos porque el personal de serenazgo no tiene la categoría de "obrero". En función a las labores que desempeñan ellos son empleados y pertenecen al régimen laboral de la actividad pública, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades.
2. El personal de serenazgo también realiza labores administrativas en la ejecución de sus servicios, pues se encarga de registrar sus intervenciones y de redactar informes de las ocurrencias en el que participa. Si realizan labores administrativas, entonces, deben ser considerados como "empleados". Así es como viene razonando el Tribunal Constitucional en el caso de los almaceneros de las municipalidades, donde se asume que tienen la categoría de empleados porque realizan "acciones administrativas" (véanse los Expedientes 04533-2013-PA/TC, 04126-2013-PA/TC, 03880-2013-PA/TC, 02508-2013-PA/TC, 02270-2013-PA/TC, 02121-2013-PA/TC, 01473-2013-PA, 00663-2013-PA, entre otros).
3. Por otro lado, se debe tener presente que el personal municipal de serenazgo no ejerce una actividad puramente física ni mecánica, semejante a los servicios que prestan los trabajadores de jardinería, de limpieza o de guardiana de las municipalidades; sino que, además del esfuerzo físico, ellos también necesitan de **habilidades intelectuales** para ejercer sus funciones adecuadamente. Sus mismas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

responsabilidades así lo exigen. Incluso hacen uso de tecnologías específicas y se capacitan sobre seguridad ciudadana y derechos del ciudadano.

4. El serenazgo hace tipificaciones de las intervenciones que realiza; coordina la planificación y ejecución de operaciones de ronda y patrullaje general con la Policía Nacional del Perú; desarrolla acciones de prevención y disuasión de actos delictivos; supervisa la seguridad de los espacios públicos; brinda atención y asistencia a las víctimas de los delitos, faltas o accidentes; presta orientación, información y auxilio a los vecinos, etc. De ahí que, a mi juicio, la función del serenazgo no debe ser considerada como manual, en vista que su labor en la práctica es más compleja y requiere de habilidades más que físicas.
5. Cabe resaltar que la actual ley orgánica de municipalidades no dispone que el personal de serenazgo deba ser considerado obrero. De hecho, en los antecedentes legislativos de la ley orgánica precitada siempre fue considerado en una categoría distinta de la de los obreros:

ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853 (año 1984)	ARTÍCULO 52 DE LA ANTERIOR LOM, LEY 23853, MODIFICADO POR LA LEY 27469 (año 2001)	ARTÍCULO 37 DE LA VIGENTE LOM, LEY 27972 (año 2003)
Categorías previstas: - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	Categorías previstas: - Funcionarios - Empleados - Obreros - Personal de vigilancia	Categorías previstas: - Funcionarios - Empleados - Obreros
Régimen laboral atribuido: - Todos en el de la actividad pública	Régimen laboral atribuido: - Funcionarios, empleados y personal de vigilancia en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada	Régimen laboral atribuido: - Todos en el de la actividad pública - Obreros en el de la actividad privada

6. En ese sentido, si bien he suscrito la jurisprudencia de este Tribunal que considera al serenazgo como obrero, considero que se debe reevaluar ese criterio y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC

AYACUCHO

YURI MANUEL HUACHACA SILVA

reconsiderar a estos trabajadores como empleados, por ser lo que corresponde a sus funciones reales.

La sentencia del caso Cruz Llamos no es jurisprudencia vinculante

7. Por otro lado, es necesario mencionar que el caso Cruz Llamos no debe ser aplicado más allá del caso concreto que resolvió, dado que no es precedente ni doctrina jurisprudencial. Es decir, no es una sentencia que sea vinculante, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
8. La referida sentencia pretende pues dejar sin efecto los criterios normativos establecidos en el caso Huatuco sin respetar que este tiene el estatus de precedente y que fue adoptado de conformidad con el artículo VII del citado código.
9. De tal forma que persistir en aplicar el caso Cruz Llamos en lugar del precedente Huatuco carece de base normativa y jurisprudencial. Si no se está de acuerdo con un precedente, no se puede intentar revocarlo con la etiqueta de "precisar" sus alcances. Esto pues debilita la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional.
10. En efecto, más allá que se señale, como hace el fundamento 2 de la sentencia de autos, que el caso Cruz Llamos únicamente ha "precisado" los alcances del precedente Huatuco, lo cierto es que en realidad lo que dicha sentencia pretende es dejarlo sin efecto. Su vocación es deshacer su regla que **es ordenar mediante un criterio unificado la exigencia del concurso público de méritos para los trabajadores que no pertenecen a la carrera administrativa**, sean profesionales, técnicos, obreros, etc. (como lo son los trabajadores públicos del régimen laboral del Decreto Legislativo 728).
11. Esto es importante destacar porque la controversia que resolvió precisamente el precedente Huatuco trató acerca de una trabajadora que se había desempeñado como secretaria judicial de la Corte Superior de Justicia de Junín y que pertenecía al régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 (es decir, no era una trabajadora de carrera), situación que motivó a este Tribunal a esclarecer la obligatoriedad del requisito del concurso público de méritos para acceder a una plaza a tiempo indefinido en el régimen laboral privado del Estado.
12. Por eso, el precedente Huatuco estableció un criterio normativo que está dirigido a los trabajadores del sector público que pertenecen al régimen laboral del Decreto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

Legislativo 728 porque en dicho régimen no es un requisito legal el aprobar un concurso público de méritos, en vista que primigeniamente fue concebido como un régimen para regular los contratos laborales del sector privado y empresarial; pero que, en la medida que luego se autorizó legalmente su aplicación a la Administración Pública (poderes del Estado, ministerios, organismos reguladores, municipalidades provinciales, locales, etc.), surgió el problema de si era o no aplicable el concurso público respecto del personal del Estado.

13. De ahí que el Tribunal Constitucional haya establecido como regla vinculante, en relación al acceso a una plaza de duración indeterminada, el concurso público de méritos:

"en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" (fundamento 18).

Regla que no ha sido más que el producto de delimitar los alcances de la desnaturalización laboral regulados en los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo 728 en la Administración Pública, a partir de una **interpretación sistemática** de las disposiciones de la Constitución que norman la función pública, la carrera administrativa y la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública.

14. Por esta razón, los fundamentos del caso Cruz Llamos confunden a los justiciables y a todos cuando afirman que el precedente Huatuco se ampara en la carrera administrativa como bien jurídico constitucional para preservar el concurso público en los regímenes de la "carrera administrativa", lo cual no es, de ningún modo, cierto. Lo que hace el precedente es demostrar que, conforme al capítulo de la función pública de la Constitución y a la regulación constitucional de la carrera administrativa, se desprende que la Administración Pública, aunque emplee el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 para vincular a sus trabajadores, no lo convierte en una empresa privada, sino que quedaba claro que los trabajadores estaban igualmente al servicio de la Nación y se regían por el principio del mérito en el acceso a la función pública.
15. Y es que, de hecho, el precedente Huatuco no tiene la intención de referirse a los servidores de carrera como mal afirma el caso Cruz Llamos; por la sencilla razón de que la exigencia del concurso público para este universo de servidores nunca representó una incertidumbre interpretativa para la jurisprudencia constitucional,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC

AYACUCHO

YURI MANUEL HUACHACA SILVA

dado que ellos siempre han ingresado por concurso público y, por eso, hubiera resultado ocioso una problematización sobre el tema. El mismo régimen general de las carreras administrativas, el Decreto Legislativo 276, establece *expresamente* en su artículo 12 que es un requisito para el acceso a la carrera la aprobación de un “concurso de admisión”. Lo mismo sucede con las carreras especiales, como las del personal policial y militar, de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los docentes universitarios, de los profesores, de los diplomáticos, etc., que estipulan el acceso por concurso público como una condición imperativa.

16. Además, ¿en qué oportunidad el Tribunal hubiera podido plantear el concurso público para los servidores de carrera si las controversias laborales de los trabajadores de la carrera administrativa no son desde hace mucho competencia de los jueces constitucionales, en virtud del precedente Baylón Flores, vigente desde el año 2005? Recordemos que desde ese precedente las pretensiones que se refieren a la reposición de los trabajadores de la carrera administrativa deben ser tramitadas en el proceso contencioso-administrativo por ser la vía igualmente satisfactoria, lo cual se cumple hasta la actualidad, incluso, con el actual Pleno de magistrados.

17. ¿De dónde entonces el caso Cruz Llamas colige que el precedente tuvo como finalidad real resguardar el concurso público de los servidores que pertenecen a una “carrera administrativa”? Más aún si el mismo precedente precisa con claridad en sus fundamentos 3 a 6, que era necesario establecer una regla vinculante respecto de las diversas interpretaciones de los “artículos 4 y 77 del T.U.O. del Decreto Legislativo 728” y del artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, en relación a la exigibilidad del concurso público. Es decir, claramente se refiere al régimen laboral privado en el Estado.

De ahí que no hay razones para llegar a una conclusión como la que hace el caso Cruz Llamas.

18. Entonces, cuando el caso Cruz Llamas refiere que “interpreta” el precedente Huatuco y luego establece que la regla del concurso público de méritos está circunscrita en realidad a las plazas de los trabajadores de la carrera administrativa, lo que incorpora es una supuesta “precisión” totalmente ajena al objeto del precedente, inoficiosa e innecesaria, toda vez que, como se ha referido, ellos ya ingresan por concurso público, porque así lo estipula desde su origen la misma regulación legal de su régimen, lo que no sucede con el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 aplicado al sector público, que es lo que se busca hacer frente con el precedente Huatuco desde la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC

AYACUCHO

YURI MANUEL HUACHACA SILVA

19. Por eso, los criterios establecidos en el caso Cruz Llamos no interpretan, sino que intentan “revocar” en forma encubierta el precedente porque si, en su inicio, este precedente fue expedido para ser aplicado en el caso de los trabajadores públicos que pertenecen al régimen laboral del Decreto Legislativo 728; ahora se procura que el precedente se aplique a los trabajadores que pertenecen a la carrera administrativa, lo cual no es en ningún sentido la razón del precedente. Sería reducirlo a la nada y convertirlo en una mera repetición de lo que ya de por sí exigen las carreras administrativas.
20. Y en este punto debo precisar lo siguiente. Desde una perspectiva jurisprudencial, si se está en desacuerdo con el precedente Huatuco y se desea dismantellarlo, se deben utilizar los mecanismos institucionales adecuados para dejarlo sin efecto y establecer la regla que defienden, esto es, “que *no* es exigible el concurso público para acceder a una plaza para prestar servicios en el Estado”, pero no se debe recurrir a construcciones interpretativas artificiales que solamente generan incertidumbre en los operadores jurídicos (sobre todo judiciales) y en los ciudadanos.
21. En efecto, si se asume que el caso Cruz Llamos es vinculante (lo cual negamos) restablecería la incertidumbre acerca de si los trabajadores que prestan servicios en el Estado bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728 ingresarían o no por concurso público. Lo cual generaría desconcierto porque, sin perjuicio de la vigencia del precedente Huatuco, si tenemos que el propio legislador en el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, ha previsto para toda la Administración Pública, en forma general y expresa, que “[e]l 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”, cómo es que el fundamento 10 del caso Cruz Llamos, sin mayores reparos, en contravención al precedente y a esta ley expresa, señala en relación al criterio meritocrático que “**no tendría sentido exigir este tipo de estándar** para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos ante supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa” (resaltado agregado).
22. Es decir, si se aplicara el criterio del caso Cruz Llamos, un secretario judicial de una corte superior de justicia, un profesional de un ministerio o un técnico de un organismo regulador que sea contratado o reincorporado en el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 podría pues ingresar a trabajar en la Administración Pública sin que necesariamente haya superado un concurso público



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

porque, según se afirma, “no tendría sentido exigir este tipo de estándar” dado que no es parte de una carrera administrativa, situación que a todas luces me parece que no es el mandato de la Constitución ni de la ley.

23. En el caso de los trabajadores obreros, el caso Cruz Llamos asume de igual modo el mismo criterio: en tanto no pertenecen a una carrera administrativa tampoco le es exigible un concurso público de méritos. Sobre este particular, debo afirmar que si bien sus labores son manuales, muy distintas por cierto a las de un profesional, ello no significa que *per se* no puedan ser elegidos en virtud de criterios objetivos. Ellos pueden efectivamente aprobar un proceso de selección mínimo.
24. El problema no es el concurso público en sí. Si los obreros deben ser elegidos en forma distinta en comparación con los servidores profesionales o técnicos, dada la naturaleza de sus servicios —con lo cual estoy totalmente de acuerdo— la solución no es pues afirmar que no pertenecen a una carrera administrativa y, por ende, que no estarían sujetos a ningún tipo de concurso público o que “no tendría sentido exigir este tipo de estándar”. Por el contrario, si la Constitución incorpora el principio meritocrático para vincularse al Estado y, en el caso particular de los obreros municipales, en el régimen laboral privado, **lo razonable más bien sería graduar el nivel de dificultad de los requisitos para ser elegible como obrero, antes que eliminar de plano el concurso público**, puesto que, aunque sean obreros y la naturaleza de sus funciones sean manuales, ello no supone que no exista ningún criterio objetivo de selección y que estemos a merced de la simple voluntad de los empleadores al momento de contratarlos.
25. En ese sentido, estoy en desacuerdo con que se aplique el caso Cruz Llamos como si fuera vinculante, pues como he explicado no es precedente ni doctrina jurisprudencial y, además, pretende deformar los criterios establecidos en el precedente Huatuco, al señalar que solamente se aplica a los servidores de la carrera administrativa cuando es evidente que está dirigido a los trabajadores que no pertenecen a él y, sobre todo, a aquellos que se rigen bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728. Por eso, el precedente no necesita “precisión” y debe ser acatado en todos sus términos sin modificación alguna.

La importancia del concurso público de méritos

26. Finalmente, debo advertir que existe en el caso Cruz Llamos una subestimación implícita del concurso público de méritos. Como si este fuera un ritual burocrático más que da igual si insistimos en él o no. Cuando en realidad el concurso público de méritos es todo lo contrario; pues cumple un rol fundamental a favor de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

igualdad de oportunidades, en la calidad de los servicios públicos que brinda el Estado y en la lucha contra la corrupción, que es uno de los problemas sociales que más afecta a nuestro país y contra el cual deberíamos estar todos comprometidos.

27. El concurso público de méritos es pues una herramienta adecuada para hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades porque, con base en las mismas reglas de juego para todos, nos asegura que los aspirantes a un puesto público (profesionales, técnicos u obreros) que demuestren poseer los conocimientos y/o experiencias para desempeñar las actividades requeridas serán seleccionados para prestar servicios en el Estado.
28. Ello evidentemente redundará en la calidad de los servicios públicos estatales dado que la incorporación de los mejores trabajadores públicos incidirá positivamente en la gestión interna de las instituciones estatales y, consecuentemente, en la calidad de sus servicios a la ciudadanía, fortaleciendo, finalmente, la confianza de estos respecto a sus autoridades y entidades públicas.
29. Por otro lado, el concurso público de méritos también es una forma de combatir la corrupción en el Estado porque elimina las prácticas de contratación según el beneficio privado o de terceros. De ahí que velar por procedimientos de selección que sean públicos y sobre la base del mérito deba ser un esfuerzo no solo de las autoridades de la Administración Pública, sino también de las jurisdiccionales, entre ellas el Tribunal Constitucional.
30. En ese esfuerzo de lucha contra la corrupción se ha encaminado la reciente Comisión Presidencial de Integridad, que entre sus puntos de su informe final ha propuesto instaurar la máxima transparencia en el Estado y fortalecer el servicio civil, afirmando que “para eliminar la corrupción en el Estado es indispensable contar con un servicio civil profesional basado en el mérito y la flexibilidad” (Informe de la Comisión Presidencial de Integridad, 4 de diciembre de 2016, página 8).
31. En forma más específica, la Autoridad del Servicio Civil ha expedido la Resolución de Presidencia Ejecutiva 060-2016-SERVIR-PE, que aprueba la Directiva 002-2016-SERVIR/GDSRH, “Normas para la Gestión de los Procesos de Selección en el Régimen de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil”, con la finalidad, precisamente, de estandarizar y uniformizar el proceso de selección para promover que las entidades públicas cuenten con servidores civiles idóneos de acuerdo con los perfiles de puestos y sobre la base de los principios de meritocracia, transparencia e igualdad de oportunidades.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

32. En ese sentido, y en la lógica de promover la máxima transparencia en el Estado y el fortalecimiento del criterio del mérito, estimo que en la aplicación del concurso público como política pública de recursos humanos, los procesos de selección de personal deben ser, por lo menos:

- **Públicos:** La publicidad debe ser un principio de los procesos de selección desde la convocatoria de la entidad con los requisitos del perfil del puesto hasta el resultado final del proceso;
- **Especializados:** El órgano que realice el concurso público debe ser un órgano técnico con las suficientes competencias para evaluar al candidato y asegurar que su perfil se adecúe a lo requerido por la entidad;
- **Imparciales:** Se debe verificar que el funcionario o los miembros del órgano que lleven a cabo el concurso público no tengan amistad, relación o conflicto de intereses con los candidatos al puesto, para garantizar la objetividad de la selección del trabajador público;
- **Impugnables:** Los resultados finales del concurso público deben ser susceptibles de impugnación ante un órgano superior mediante un recurso sencillo y rápido; y,
- **Sujetos a veedurías:** La sociedad civil organizada, organismos estatales distintos de la entidad convocante o incluso los sindicatos o representantes de los trabajadores deben tener la posibilidad de participar en la vigilancia de los concursos públicos con la finalidad de que se controle la regularidad e imparcialidad del proceso.

33. Por lo expuesto, considero entonces que el caso Cruz Llamos, además que pretende dismantelar el precedente Huatuco sin ser un precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial, no apoya a una política de mejorar los servicios públicos a través de destacados trabajadores públicos; y tampoco contribuye a fortalecer aquellos mecanismos que pueden servirnos para combatir la corrupción dentro del Estado, como lo es el concurso público de méritos para la selección de personal. Por estas razones adicionales, reafirmo mi posición respecto a que el caso Cruz Llamos carece de fuerza vinculante para inaplicar o cambiar el precedente Huatuco, el mismo que sigue plenamente vigente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

Análisis del caso concreto

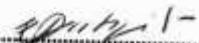
34. El demandante solicita que se deje sin efecto el despido de fecha 31 de diciembre del 2014, y, en consecuencia, se le reincorpore como Personal de Seguridad Ciudadana (serenazgo) de la Sub Gerencia de Servicios Municipales de la Municipalidad Distrital de Jesús de Nazareno. Refiere que laboró suscribiendo contratos de locación de servicios personales con la entidad demandada, desde el 1 de febrero de 2014 hasta el 31 de diciembre del 2014; asimismo, expresa que se desempeñó cumpliendo funciones de carácter permanente, bajo subordinación, y por las que percibía una remuneración mensual.
35. Al respecto, tal como lo he señalado en los fundamentos precedentes, el personal de serenazgo tiene la categoría de empleado y no de obrero. Por eso, el demandante pertenece al régimen laboral público conforme al artículo 37 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, que dispone que “[l]os funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley”.
36. Por lo tanto, en el presente caso, se advierte la existencia de una controversia con relación a la contratación del demandante, situación que corresponde ser dilucidada a través del proceso contencioso-administrativo, por ser esta la vía idónea para evaluar las cuestiones relacionadas con el personal dependiente de la Administración Pública.

Por estos fundamentos, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de autos.

S.

LEDESMA NÁRVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Kelator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

La parte demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo, por considerar que fue despedida arbitrariamente. Sin embargo, como he señalado repetidamente en mis votos emitidos como magistrado de este Tribunal Constitucional, considero que nuestra Constitución no establece un régimen de estabilidad laboral absoluta.

El artículo 27 de la Constitución dice:

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

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

Por demás, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido injustificado.

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al "derecho de estabilidad en el trabajo", como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la "*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*". Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "adecuada protección contra el despido arbitrario" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] 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 [énfasis añadido].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00669-2016-PA/TC
AYACUCHO
YURI MANUEL HUACHACA SILVA

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarcе con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apsza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL