



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**

**LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN EN  
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:**

**VÍCTOR RENATO SARZO TAMAYO**

**ASESOR: ELMER GUILLERMO ARCE ORTÍZ**

**LIMA, MARZO DE 2012**



*A Víctor Raúl, mi padre*

## ÍNDICE

Introducción.....	7
CAPÍTULO I: EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN A TRAVÉS DE LAS FIGURAS DEL “CONTENIDO ESENCIAL” Y DEL “CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO”	
1. El derecho a la remuneración como derecho humano y fundamental en el ordenamiento jurídico peruano.....	9
1.1 El derecho a la remuneración como derecho humano.....	10
1.2 El derecho a la remuneración como derecho fundamental.....	14
2. La relación entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial de los derechos fundamentales.....	18
2.1 La relación de identidad.....	19
2.2 La relación de todo a parte.....	24
2.3 La teoría de los límites inmanentes.....	28
3. Vicisitudes de la interpretación jurisdiccional del contenido de los derechos fundamentales desde la teoría del contenido esencial.....	39
3.1 Un contenido esencial inaplicable.....	39
3.2 Un contenido esencial restringible.....	41
3.3 Un contenido esencial involutivo.....	43
4. El contenido constitucionalmente protegido como categoría autónoma.....	45
5. La viabilidad de la aplicación de las teorías sobre el contenido esencial para delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración.....	47
5.1 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración a partir de la teoría absoluta.....	47
5.2 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración a partir de la teoría relativa.....	49

5.3 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración a partir de la teoría institucional.....	54
6. Criterios para delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración.....	58

## CAPÍTULO II: LA CONSTRUCCIÓN HERMENÉUTICA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN

1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente.....	62
1.1 La tutela constitucional del salario pactado: descuentos y reducciones.....	64
1.1.1 Descuentos de remuneraciones.....	64
1.1.2 Sanción pecuniaria.....	67
1.1.3 Reducción de remuneraciones.....	71
1.2 El derecho a una remuneración mínima como expresión del mandato de suficiencia del salario.....	77
1.2.1 Trabajadores remunerados en función del tiempo de trabajo: el requisito de las 4 horas diarias.....	78
1.2.2 Trabajadores comisionistas y destajeros: requisitos específicos...	82
1.3 La proscripción del trabajo impago desde el derecho a una remuneración suficiente.....	85
1.3.1 Imposibilidad jurídico legal: el salario por sobretiempo en la Administración Pública.....	85
1.3.2 La negativa del empleador a pagar el salario debido.....	89
1.3.3 Imposibilidad económica: la tutela reforzada del derecho al pago de la remuneración.....	89
1.3.3.1 Prioridad en el pago de los créditos laborales.....	90
1.3.3.2 Persecutoriedad de los bienes del negocio.....	95
1.4 Los alcances extra laborales del derecho a una remuneración suficiente: la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones.....	101
1.5 La dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente: los beneficios sociales.....	107
2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a una	

remuneración equitativa.....	117
2.1 El derecho del trabajador a la igualdad de trato.....	117
2.2 El derecho a igual remuneración por trabajo igual y por trabajo de igual valor.....	121
2.3 La aplicabilidad del derecho a una remuneración equitativa.....	123
2.3.1 La inexistencia del derecho, como tal, en la jurisprudencia.....	123
2.3.2 La concretización del derecho a una remuneración equitativa en su aspecto de igualdad salarial, sin discriminación por razón de sexo, entre mujeres y hombres.....	124

### CAPÍTULO III: LA TUTELA PROCESAL DEL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN. EL SIGNIFICADO VACÍO DEL ARTÍCULO 37.20 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. La Sentencia Anicama: la procedencia del proceso de amparo sobre la base del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.....	134
2. La Sentencia Baylón: la (im)procedencia del proceso de amparo sobre la base del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.....	137
3. La existencia de procesos específicos, igualmente satisfactorios que el procede de amparo, para la protección, en sede ordinaria, del contenido constitucional del derecho a la remuneración.....	142
3.1 El análisis casuístico como punto de partida.....	142
3.2 Configuración de los procesos específicos e igualmente satisfactorios que el proceso de amparo.....	147
3.3 El proceso laboral y el proceso contencioso administrativo como vías específicas e igualmente satisfactorias que el proceso de amparo.....	157
3.3.1 El proceso laboral como vía específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo.....	158
3.3.1.1 El proceso laboral y la tutela específica del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración.....	158
3.3.1.2 El proceso laboral y la tutela igualmente satisfactoria del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración.....	161
a) Protección sumaria.....	162

b) Igual nivel de protección.....	168
3.3.2 El proceso contencioso administrativo como vía específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo.....	186
3.3.2.1 Proceso contencioso administrativo especial.....	186
a) Análisis de especificidad.....	186
b) Protección sumaria.....	186
c) Igual nivel de protección.....	191
3.3.2.2 Proceso contencioso administrativo urgente.....	198
4. Consecuencias.....	201
CONCLUSIONES.....	204
BIBLIOGRAFÍA.....	219



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por finalidad determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración. Esta labor es importante porque, como se sabe, sólo este tipo de contenido goza de garantía constitucional, a través del proceso de amparo. Si los jueces no conocen el contenido constitucional del derecho a la remuneración, corren el riesgo de decretar la improcedencia de demandas de amparo que, justamente, versan sobre aquel. Este error ocasiona la desprotección constitucional del derecho a la remuneración.

Seguramente, el lector de estas páginas no es ajeno a la idea del Tribunal Constitucional peruano (y de cierto sector de la doctrina) sobre la existencia de un “contenido esencial” en los derechos fundamentales. Pues bien, mi argumentación va en sentido contrario: el derecho a la remuneración no tiene un “contenido esencial”, sino un “contenido constitucionalmente protegido”, que no es equiparable de ningún modo a aquel. El primer capítulo de esta tesis se dedica justamente a desarrollar y fundamentar esta idea.

En el segundo capítulo, procedo a configurar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración. Es decir, analizo en detalle la forma en que la Constitución ha regulado este derecho. En otras palabras, este capítulo busca responder las siguientes dos preguntas: ¿qué implica tener derecho a una remuneración suficiente? y ¿qué implica tener derecho a una remuneración equitativa?

El tercer capítulo es una protesta jurídica contra la célebre Sentencia Baylón, emitida por el Tribunal Constitucional hace unos años. A través de esta sentencia, se establecieron determinadas reglas para la procedencia del proceso de amparo en materia laboral individual. Como resultado de ello, el contenido constitucional del derecho a la remuneración ha quedado excluido del ámbito de protección del proceso de amparo. Sin duda, esta situación merece mi total rechazo.

Con el transcurrir de las páginas, el lector podrá darse cuenta que la presente tesis pertenece a una nueva área del Derecho que empieza a tener un lugar propio en nuestra Facultad: el Derecho Constitucional Laboral. Es mi deseo que la investigación realizada aporte al desarrollo de esta nueva área.

Quiero terminar estas líneas agradeciendo al Dr. Elmer Arce Ortiz, quien, como tutor, me acompañó en toda la etapa de investigación; al Dr. Raúl Saco Barrios, por su generosa asesoría en los aspectos procesales de la tesis; al Dr. Carlos Blancas Bustamante, por su preocupación por mis avances; a Vanessa Almeida Briceño, por su apoyo en los momentos difíciles; y a mis queridos padres y a Dona, mi hermana, por su infinito amor y comprensión.

El Autor



## CAPÍTULO I

### EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN A TRAVÉS DE LAS FIGURAS DEL “CONTENIDO ESENCIAL” Y DEL “CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO”

El derecho a la remuneración, al igual que cualquier otro derecho reconocido por la Constitución, posee un determinado contenido constitucional. Los alcances de este contenido dependerán de si se trata del denominado “contenido esencial” de los derechos fundamentales o del llamado “contenido constitucionalmente protegido”. Entonces, determinar si el derecho a la remuneración posee un contenido esencial o un contenido constitucionalmente protegido es el objetivo principal de este primer capítulo. Por lo demás, tal determinación es necesaria para la correcta configuración constitucional del derecho.

Ahora bien, como el contenido de un derecho no puede entenderse al margen de la *posición* que éste ostenta en el ordenamiento jurídico que lo reconoce, es necesario analizar, en primer lugar, la condición del derecho a la remuneración como derecho humano, fundamental y constitucional en el sistema normativo peruano. Al resultar completamente claro que se trata de un derecho constitucional, por estar reconocido expresamente en el artículo 24 de la Constitución,<sup>1</sup> nos enfocaremos en la posición del derecho a la remuneración como derecho humano y fundamental.

#### 1. El derecho a la remuneración como derecho humano y fundamental en el ordenamiento jurídico peruano

---

<sup>1</sup> Dicho artículo dispone lo siguiente: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. / El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. / Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

No es nuestra intención abordar este punto desde la disciplina de la Filosofía del Derecho, sino argumentar en torno al posicionamiento práctico del derecho a la remuneración en aquellas dos categorías. Por ello, consideramos que su calificación en nuestro ordenamiento jurídico como derecho humano y fundamental dependerá, básicamente, de la regulación constitucional respectiva.

Para empezar, vale indicar que el derecho a la remuneración se encuentra ubicado en el Título I de la Constitución, denominado “De la persona y de la sociedad”. Sin embargo, en tanto que se encuentra reconocido en el artículo 24, no pertenece al Capítulo I del referido Título, que lleva por nombre “*Derechos fundamentales de la persona*”, sino al Capítulo II, designado como “*De los derechos sociales y económicos*”.

Entonces, da la impresión que nuestra máxima norma jurídica ha dispuesto que el derecho a la remuneración sea *sólo* un derecho social y no uno revestido, por lo menos, con el manto de fundamentalidad. Además, en tanto que puede resultar difícil apreciar al derecho a la remuneración como un derecho que pertenece al ser humano como tal, podría hasta pensarse que no es un derecho humano. Estas líneas de pensamiento la encontramos, por ejemplo, en Mesía Ramírez, quien sostiene lo siguiente:

“En el caso del Perú, la Constitución de 1993 dispone que sólo los derechos civiles y políticos tienen carácter de fundamentales. No así los denominados derechos económicos, sociales, culturales y los de solidaridad. (...) [Puede darse el caso de que los derechos constitucionales no coincidan necesariamente ni con los derechos humanos ni con los derechos fundamentales. Hay diferencias. Por ejemplo, el derecho de un juez a la inamovilidad [art. 146.2 de la Constitución], a la independencia en el ejercicio de su función [art. 146.1 de la Constitución], es en efecto un derecho constitucional, nace de la propia Constitución, pero no puede concebirse como un derecho humano (no es un derecho que pertenezca a todos los hombres, sino a una persona en concreto que tiene la condición de juez. Además, no está contemplado en un tratado internacional como un derecho humano). Tampoco puede tratarse de un derecho fundamental, ya que no se le ha dado esa categoría en el capítulo I del Título I de la Constitución”.<sup>2</sup>

En nuestra opinión, ni el carácter de humano del derecho a la remuneración depende de la naturaleza del ser humano como individuo, ni su fundamentalidad se encuentra supeditada a los rótulos con que el legislador constituyente ha organizado el texto constitucional. En ese sentido, consideramos que el examen de la condición del derecho a la remuneración como uno humano y fundamental requiere un análisis más detallado.

<sup>2</sup> MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Derechos de la persona. Dogmática constitucional. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, pp. 25-26. El subrayado es nuestro.

## 1.1 El derecho a la remuneración como derecho humano

Si bien no es erróneo afirmar que los derechos humanos son aquellos que ostenta la persona por su condición de tal (como parece afirmar Mesía Ramírez en la cita transcrita, al expresar que los derechos humanos son aquellos que pertenecen a todos los hombres), consideramos incompleta tal aseveración. En efecto, si los derechos humanos van a girar en torno a la persona humana, es preciso, para la correcta identificación de estos, no perder de vista que el ser humano no es sólo una individualidad (la persona en su condición de tal), sino además un miembro de la sociedad. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano expresa lo siguiente:

“La persona humana, como titular de derechos, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, o como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella”.<sup>3</sup>

Entonces, resulta imperativo reconocer la extensión de la concepción de los derechos humanos hacia aquellos que le corresponden al hombre en tanto miembro de la sociedad, dentro de un contexto histórico determinado. En esta línea, hay que tener en cuenta que el ser humano actual es *esencialmente* una persona inserta dentro de una comunidad económica y que, justamente, el derecho a la remuneración responde a dicha realidad, pues, en efecto, tal derecho es el resultado de la actividad productiva dependiente realizada por la persona en la sociedad. Por lo tanto, desde esta perspectiva – mucho más amplia que aquella que relaciona a los derechos humanos con la naturaleza del hombre como individuo – consideramos que el derecho a la remuneración es, en efecto, un derecho humano.

Por otra parte, la doctrina también nos ha brindado definiciones sobre los derechos humanos. Al respecto, Pérez Luño los define como *“un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*.<sup>4</sup> Asimismo, diferenciando los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, sostiene que *“la fórmula*

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de junio de 2002 (f.j. 12). Recaída en el expediente 11-2002-AI/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>4</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 1999, p. 48. La cursiva es del autor.

*‘derechos humanos’ es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”.*<sup>5</sup>

No tenemos duda que, desde las dos perspectivas citadas en el párrafo anterior, el derecho a la remuneración es también un derecho humano.

En primer lugar, porque resulta una expresión concreta de la dignidad humana: la dignidad de la persona en tanto trabajador. Y es que el reconocimiento del derecho a la remuneración en el artículo 24 de la Constitución tiene como finalidad esencial garantizar al trabajador y a su familia una vida acorde con aquella. Por esto, dicha norma exige que la remuneración sea suficiente y equitativa, de tal manera que pueda procurar bienestar material y espiritual al trabajador y sus dependientes.

En segundo lugar, porque el derecho a la remuneración se encuentra positivado en importantes instrumentos internacionales vinculantes para el Perú. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce al trabajador el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, a él y a su familia, una existencia digna.<sup>6</sup> En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, agregando que los trabajadores tienen derecho a una remuneración igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie.<sup>7</sup> De similar forma, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados parte (entre ellos el peruano) se comprometieron a garantizar en sus legislaciones nacionales una remuneración digna, decorosa, equitativa e igual sin ninguna distinción (esto último, si se trata de un trabajo igual).<sup>8</sup>

Por otra parte, ya en lo que respecta a nuestro ordenamiento constitucional, consideramos que éste no aporta razón alguna para considerar que el derecho a la

---

<sup>5</sup> *Ibíd*em, p. 31. La cursiva es nuestra.

<sup>6</sup> Artículo 23, inciso 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 13282, de fecha 9 de diciembre de 1959.

<sup>7</sup> Artículo 7, inciso “a”, numerales i) y ii), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobado por el Estado peruano a través del Decreto Ley 22129. Instrumento de adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978. En vigor, para el Perú, desde el 28 de julio de 1978.

<sup>8</sup> Artículo 7, inciso “a”, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26448. Instrumento de Ratificación depositado el 4 de junio de 1995. En vigor, para el Perú, desde el 16 de noviembre de 1999.

remuneración no es un derecho humano. Al contrario, brinda elementos para sostener nuestra hipótesis.

En primer lugar, porque no establece ninguna diferencia de contenido entre la norma constitucional y la norma internacional, siendo ésta a la que, como hemos visto, se le reputa comúnmente el reconocimiento de los derechos humanos. Todo lo contrario, por mandato constitucional se debe recurrir a la norma internacional para delimitar los alcances de la norma constitucional.

En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución indica que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce [como el artículo 24, que consagra el derecho a la remuneración] se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Al respecto, Castillo Córdova sostiene lo siguiente:

“Si los derechos reconocidos en la Constitución peruana [como el derecho a la remuneración] deben interpretarse según las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, lo que en definitiva terminará ocurriendo es una suerte de trasvase de contenido y significación de éstas hacia aquellos, con lo cual ambas categorías [norma nacional y norma internacional] terminarían equiparándose. En el ordenamiento constitucional peruano no puede interpretarse la significación jurídica concreta de un determinado derecho de la persona al margen de lo que la norma internacional sobre ese derecho de la persona haya dispuesto. Es decir, que el contenido constitucional de los derechos de la persona en el sistema peruano se define tomando en consideración tanto la norma constitucional como la norma internacional”.<sup>9</sup>

En segundo lugar, porque los derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento interno, pues los tratados vinculantes que versan sobre ellos integran el derecho nacional. Así lo dispone expresamente el artículo 55 de nuestra Constitución.<sup>10</sup> Comentando esta norma, Castillo Córdova expresa lo siguiente:

“Esto significa que – para lo que se refiere al caso peruano – los Derechos Humanos forman parte del ordenamiento jurídico interno. No existe una separación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho nacional de los derechos humanos. El primero forma parte del ordenamiento constitucional peruano; o, dicho con otras palabras, éste ha

<sup>9</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Colección “Tesis & Monografías en Derecho”. Segunda edición. Lima: Palestra, 2005, pp. 73-74. El subrayado es nuestro.

<sup>10</sup> Este artículo dispone que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

absorbido al primero y forman juntos un único gran sistema de derechos de la persona".<sup>11</sup>

Por lo tanto, si las normas internacionales que reconocen el derecho a la remuneración cumplen una función interpretativa en lo que respecta al contenido de este derecho constitucional y, además, forman parte del propio sistema normativo peruano, no es posible escindir el régimen internacional del derecho a la remuneración (que lo reconoce como un derecho humano) de su regulación nacional, por lo que se puede predicar de este derecho su condición de humano en nuestro ordenamiento constitucional.

A mayor abundamiento, la propia línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano va en ese sentido. Así, cuando el referido órgano utiliza la expresión "derechos humanos" no pretende denotar ninguna diferencia de contenido entre éstos y los reconocidos por la Constitución. Esto, por ejemplo, lo observamos cuando deriva la *interdependencia* de los derechos sociales (entre ellos, el derecho a la remuneración), civiles y políticos a partir de la *interrelación entre todos los derechos humanos*:

"[La] mínima satisfacción [de los derechos sociales] representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente. (...) En puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí".<sup>12</sup>

En conclusión, el derecho a la remuneración resulta ser en la actualidad un verdadero derecho humano. Doctrina, legislación (internacional y nacional) y jurisprudencia confirman esta aseveración.

## 1.2 El derecho a la remuneración como derecho fundamental

En doctrina, se ha tratado de diferenciar a los derechos humanos de los derechos fundamentales atendiendo al nivel de concreción positiva de ambas categorías. Así, mientras que el nivel de positivación de los derechos humanos serían las normas internacionales, los derechos fundamentales serían aquellos derechos humanos reconocidos a nivel interno, principalmente, en las Constituciones. En esa línea, Pérez

<sup>11</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit., p. 73. El subrayado es nuestro.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de abril de 2004 (f.j. 11). Recaída en el expediente 2945-2003-AA/TC. El subrayado es nuestro.

Luño sostiene que “con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*”.<sup>13</sup>

Asimismo, el mencionado autor agrega que a diferencia de los derechos humanos – que pueden abarcar incluso exigencias vinculadas al sistema de necesidades humanas que, debiéndolo serlo, no han sido positivadas – los derechos fundamentales “poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico o fundamentador* del sistema jurídico político del Estado de Derecho”.<sup>14</sup>

Desde la perspectiva mencionada, el derecho a la remuneración es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano, pues se trata de un derecho humano positivado en nuestra norma constitucional (artículo 24). Asimismo, sostenemos su carácter *fundamentador* de nuestro Estado de Derecho, pues éste es uno social y democrático.<sup>15</sup> Sobre dicha configuración estatal (que representa una superación del Estado liberal), el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (...), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones. (...) El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual [Estado social y democrático de derecho] trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales

<sup>13</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. Colección “Temas clave de la Constitución española”. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1991, p. 46. La cursiva es del autor. De una postura similar es el Tribunal Constitucional peruano que, invocando al mismo autor, manifiesta que “los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (sentencia de 3 de junio de 2005, f.j. 72. Recaída en el expediente 50-2004-AI/TC, acumulados).

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 47. La cursiva es del autor.

<sup>15</sup> El artículo 43 de la Constitución dispone en su primer párrafo que “[l]a República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. El subrayado es nuestro.

propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad”.<sup>16</sup>

La consagración del derecho a la remuneración en nuestro ordenamiento constitucional – en complementariedad con el reconocimiento de otros derechos constitucionales, claro está – resulta esencial para que el Estado social peruano cumpla con sus fines. En efecto, resultaría banal pensar en brindarles a las personas condiciones de existencia dignas para el ejercicio real de su libertad si es que no se les garantiza un ingreso por sus labores dependientes que les permita lograr su propio bienestar material y espiritual. En ese sentido, el reconocimiento constitucional de este derecho resulta básico en la configuración del Estado peruano como uno social.

Además, en esta modalidad estatal, el derecho a la remuneración es una expresión directa de la dignidad humana, pues – tal como afirma el Tribunal Constitucional en otra sentencia – “en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”<sup>17</sup>, aspiración que constituye la finalidad última del derecho a la remuneración, según su regulación constitucional. En este contexto, no hay que olvidar que el respeto de la dignidad humana es uno de los fines supremos del Estado,<sup>18</sup> con lo cual la protección de una expresión directa de ésta (el derecho a la remuneración) se erige en un objetivo primordial del Estado.

Por lo tanto, no cabe duda que el derecho a la remuneración es un elemento fundamentador de nuestro Estado social y democrático de derecho y, en ese sentido, es un derecho fundamental.

Por último, consideramos que no podría objetarse la fundamentalidad del derecho a la remuneración en razón de su ubicación en la Constitución. El legislador constituyente, al ubicarlo en el Capítulo II (“De los derechos sociales y económicos”) y no en el Capítulo I (“Derechos fundamentales de la persona”) del Título I de la Constitución, no tuvo la intención de indicar que dicho derecho no es un derecho fundamental. Esto es así, básicamente, por dos razones.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003 (ff.jj. 11 y 13.d). Recaída en el expediente 8-2003-AI/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2945-2003-AA/TC, citada, f.j. 17. El subrayado es nuestro.

<sup>18</sup> El artículo 1 de nuestra Constitución dispone que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En primer lugar, porque la lista de derechos fundamentales contenida en el referido Capítulo I (específicamente, en el artículo 2 de la Constitución) no es cerrada, sino enunciativa, pues el artículo siguiente menciona que “[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden 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” (el subrayado es nuestro).

Entonces, si aquella lista no es excluyente, los derechos constitucionales no reconocidos en el referido Capítulo I (como el derecho a la remuneración) son también fundamentales. Sobre el particular, Abad Yupanqui sostiene lo siguiente:

“El artículo 3 de la Constitución contiene una cláusula abierta al señalar que los derechos fundamentales son todos los derechos reconocidos por la Constitución y, además, aquellos que derivan de la dignidad del ser humano y del Estado democrático de Derecho. Ello permite el reconocimiento de derechos fundamentales implícitos, tal como lo ha precisado el propio Tribunal Constitucional. En el ordenamiento jurídico peruano no existen diferencias entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales”.<sup>19</sup>

En segundo lugar, porque el derecho a la remuneración, a través del proceso de amparo, recibe el mismo nivel de tutela que los derechos contenidos en la mencionada lista de derechos fundamentales. En puridad, todos los derechos constitucionales resultan protegibles a través de los procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, amparo y hábeas data, según corresponda) regulados en el artículo 200 de la Constitución, independientemente de su ubicación en el cuerpo constitucional.

Entonces, queda intacta la fundamentalidad del derecho a la remuneración en nuestro ordenamiento jurídico, al resultar irrelevante, para el otorgamiento de dicho carácter, su pertenencia o no al Capítulo I del Título I de la Constitución. Tal como afirma Toyama Miyagusuku, “debe tenerse en cuenta que el criterio de ‘fundamentalidad’ de los derechos no reside en la ‘etiqueta’ que le asignen los Estados o [en] el nivel de protección institucional o procesal existente en un ordenamiento. El verdadero fundamento está en la relación de un derecho cuestionado, determinado ideológica, teórica e históricamente con

---

<sup>19</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel B. El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 683.

la dignidad y la libertad de la persona humana”,<sup>20</sup> relación que, como hemos visto, se puede predicar del derecho a la remuneración.

Finalmente, en consonancia con todo lo expuesto, nuestros máximos órganos jurisdiccionales han dejado claramente establecido que el derecho a la remuneración es un derecho fundamental. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha mencionado lo siguiente:

“El artículo 24° de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio – derecho a la igualdad y la dignidad, amén que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales”.<sup>21</sup>

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República, aunque de forma más escueta, también se ha pronunciado en el mismo sentido al señalar que “la remuneración es uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, constituyendo un derecho fundamental reconocido por el artículo 24 de la Constitución”.<sup>22</sup>

Por lo tanto, el derecho a la remuneración es un auténtico derecho fundamental en nuestro ordenamiento constitucional. Una vez más, doctrina, legislación y jurisprudencia se pronuncian en ese sentido.

Habiéndose determinado que el derecho constitucional a la remuneración tiene la condición de derecho humano y fundamental en el ordenamiento jurídico peruano, procederemos a dilucidar si tal derecho posee un contenido esencial o, en puridad, un

<sup>20</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p.31.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de octubre de 2007 (f.j. 6). Recaída en el expediente 4922-2007-PA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>22</sup> Casación 1869-2008 LIMA (quinto considerando). Publicada el 2 de diciembre de 2008 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 23466-23467. El subrayado es nuestro.

contenido constitucionalmente protegido. Para esto, consideramos clave analizar la relación existente entre ambas figuras jurídicas en nuestro sistema constitucional.

## 2. La relación entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial de los derechos fundamentales

De acuerdo con nuestras investigaciones, se han formulado tres posturas en torno al tema. La primera postula una relación de identidad entre ambas figuras jurídicas. La segunda, una relación de *todo a parte*. Finalmente, una tercera posición centra su análisis en los límites immanentes de los derechos fundamentales.

### 2.1 La relación de identidad

Para esta postura, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales se reconduce al contenido esencial de estos, de forma que no existirían diferencias entre ambas categorías.

Como se sabe, en nuestro ordenamiento jurídico, la figura del contenido constitucionalmente protegido ha sido regulada como un requisito de procedibilidad de los procesos constitucionales de la libertad. En ese sentido, el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional ha dispuesto que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando (...) [l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Ahora bien, la relación de identidad antes descrita ha terminado por predicar del contenido esencial la misma función procesal que cumple el contenido constitucionalmente protegido de los derechos. En esa línea, Mesía Ramírez, comentando el artículo antes citado, ha mencionado lo siguiente:

“[S]on improcedentes los procesos constitucionales cuya demanda esté referida a aspectos secundarios o accesorios del derecho constitucional que no son parte de su contenido esencial. No se puede invocar por la vía de estos procesos derechos legales que de un modo lejano o indirecto tienen respaldo en la Constitución”.<sup>23</sup>

A la inversa, también se ha predicado del contenido constitucionalmente protegido la función que, históricamente, se le ha atribuido a la categoría del contenido esencial, esto

<sup>23</sup> MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 140. El subrayado es nuestro.

es, erigirse como el canon del control constitucional de los límites del legislador a los derechos fundamentales. En ese sentido, a propósito de la impugnación de una Ordenanza Municipal emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, que establecía la procedencia del recurso de revisión contra las resoluciones emitidas en segunda instancia por las Municipalidades Distritales de la Provincia de Lima (de forma tal que se prolongaba aún más la vía administrativa previa a la impugnación judicial), el Tribunal Constitucional, utilizando indistintamente como canon del control constitucional el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia, declaró la inconstitucionalidad de aquella ordenanza:

“[S]i el legislador prevé la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, una exigencia derivada del derecho de acceso a la justicia es que éste sea configurado de la manera más breve como sea posible, pues de ese modo se optimiza mejor el principio *pro actione*. De ahí que (...) este Tribunal considere que el análisis de (...) [la] validez constitucional [de la Ordenanza Municipal] debe efectuarse (...) frente al contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia. (...) Como sucede con todos los derechos fundamentales, el de acceso a la justicia tampoco es un derecho ilimitado cuyo ejercicio no pueda restringirse; sin embargo, siendo posible establecer restricciones a su ejercicio, ellas no pueden afectar su contenido esencial. (...) Evidentemente, la disposición impugnada intensifica la limitación de ese derecho de acceso a la justicia; y la intensifica [irrazonablemente], pues con el establecimiento del recurso de revisión se posterga en el tiempo el acceso del administrado a un tribunal de justicia para dirimir sobre la legitimidad o no del acto expedido por una municipalidad distrital. Y es que el establecimiento de dicho recurso de revisión supone que, una vez agotada la última instancia administrativa de la municipalidad distrital, el vecino todavía tenga que recurrir a la Municipalidad Metropolitana de Lima, haciendo ejercicio obligatoriamente del recurso de revisión, con la consecuencia de que, si no lo hace, el juez no podrá expedir una sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa, precisamente porque no se ha satisfecho una condición de la acción”.<sup>24</sup>

Finalmente, esta relación de identidad se consolidó en nuestra jurisprudencia constitucional a través de la denominada *Sentencia Anicama*. En ésta, asumiendo el pensamiento del profesor español Medina Guerrero, el Tribunal Constitucional determinó de forma general la triple estructura de los derechos fundamentales (contenido esencial, contenido no esencial y contenido adicional). Lo relevante de ello es que desde tal configuración, pero esta vez sobre la base de sus propias ideas, el referido órgano terminó por inclinarse a favor de la identidad entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial de los citados derechos:

“Tal como refiere Manuel Medina Guerrero, ‘en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de agosto de 2003 (ff.jj. 3, 11 y 13). Recaída en el expediente 10-2001-AI/TC. El subrayado es nuestro.

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 del 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' (...). Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume".<sup>25</sup>

Desde nuestro punto de vista, consideramos que el contenido constitucionalmente protegido no puede ser asimilado al contenido esencial de los derechos. Esto, no sólo por la distinta finalidad para la que fueron concebidos, sino además por una cuestión de coherencia terminológica.

En cuanto a lo primero, la finalidad que el contenido esencial cumple, en los ordenamientos que admiten esta figura, se logra entender si analizamos su razón histórica. En ese sentido, debe resaltarse que la categoría en mención es propia del ordenamiento jurídico alemán. En efecto, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 es la constitución que, por vez primera, asume la existencia de un contenido esencial en los derechos fundamentales, con la finalidad de sentar un límite a las restricciones que el legislador pudiera establecer en aquellos. En esa línea, el artículo 19 de la Constitución alemana, en sus incisos 1 y 2, expresa lo siguiente:

"(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. (...)".

Se observa entonces que el contenido esencial se presenta como una garantía de existencia del derecho mismo, lo cual tiene plena explicación en la historia alemana. Tal como afirma Gavara de Cara:

"Esta nueva garantía y, en general, toda la regulación de los derechos fundamentales se pueden considerar como una reacción a la conculcación de los derechos en el periodo nacionalsocialista. Representa una toma de posición a favor de la limitación material del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. No es extraño pues que, desde un primer momento, la doctrina del Derecho público alemán considerara la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales como una

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de julio de 2005 (ff.jj. 20 y 21). Recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC. El subrayado es nuestro.

disposición para proteger los derechos fundamentales frente al legislador y, por lo tanto, como un límite frente a las limitaciones en los mismos. Evidentemente, esta explicación tiene su complemento necesario a través del control de constitucionalidad de las regulaciones del legislador que establecen límites a los derechos fundamentales”.<sup>26</sup>

Posteriormente, la noción de contenido esencial sería también recogida en la Constitución española de 1978. Al igual que en la Ley Fundamental de Bonn, se presenta al contenido esencial como una garantía; sin embargo, dicha garantía no es frente a la actividad limitadora del legislador, sino que se presenta como una defensa ante la actividad *reguladora* de éste. Así, en su artículo 53.1, aquella constitución expresa lo siguiente:

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título [básicamente, los denominados ‘derechos fundamentales’ y ‘derechos de los ciudadanos’] vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1, a)”. El subrayado es nuestro.

No obstante la notable diferencia entre limitar (restringir) un derecho y regular su ejercicio, el contenido esencial fue entendido en España de la misma forma que en Alemania, esto es, como un límite a la actividad limitadora del legislador. De acuerdo con Martínez Pujalte, la razón de esto “no es otra que la recepción excesivamente mimética de la doctrina alemana acerca del art. 19.2 de la *Grundgesetz* [Ley Fundamental de Bonn], en el que se inspira nuestro artículo 53.1, precepto aquel que sí habla de limitación”.<sup>27</sup> Nosotros consideramos que esto se debe, además, al sentido histórico del contenido esencial como límite a la actividad legislativa limitadora de los derechos fundamentales. En esa línea, la garantía del contenido esencial mantuvo su sentido original, no obstante ser distinta la regulación española sobre la misma.

Por lo tanto, resulta claro que la función de esta categoría jurídica consiste en establecer una frontera infranqueable que proteja al derecho (o, en estricto, a un componente de él) de las restricciones respectivas que quisiera practicar el legislador. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, ésta no es la finalidad que cumple primariamente el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Como se mencionó anteriormente, el contenido constitucionalmente protegido se configura como un

<sup>26</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Colección “Estudios Constitucionales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 13.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Lima: Tabla XIII, 2005, p. 24. La cursiva es del autor.

requisito de procedibilidad en los procesos constitucionales de la libertad y, en ese sentido, la finalidad de su regulación no es otra que resolver el problema de la amparización del proceso peruano. Tal como afirma Abanto Revilla:

“Con la finalidad de restituir el carácter residual al proceso de amparo y detener los efectos negativos de la ‘amparización’ (en especial, la sobrecarga de procesos en sede civil, que está a cargo de la tramitación de estas causas luego de la desactivación de los Juzgados de Derecho Público, y la falta de sustento de fondo en materias tan especializadas como la laboral y la previsional) el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional (...) establece expresamente como una causal de improcedencia de los procesos constitucionales el supuesto en que *‘(l)os hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado’* (norma concordante con el artículo 38° del citado Código, en cuanto se refiere al proceso de amparo), con lo cual se busca restringir el acceso a la sede constitucional sólo a aquellas pretensiones en que el derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, mas no para los casos en los cuales se busca proteger derechos legales que, por mucho que se funden en la Constitución, deben ser reclamados en la sede judicial ordinaria”.<sup>28</sup>

En consecuencia, dada la diferente finalidad para la que fueron concebidas, no pueden asimilarse ambas categorías jurídicas. Ni el contenido esencial nació para configurarse como un requisito de procedibilidad que coadyuvare a resolver el problema de la amparización de los litigios, ni el contenido constitucionalmente protegido fue regulado para restringir la actividad limitadora del legislador en materia de derechos fundamentales. Respecto de esto último, si bien es cierto que ningún poder público ni privado puede vulnerar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, consideramos que tal prohibición no deriva de una función específicamente defensiva que pudiera cumplir esta figura (como sí es el caso del contenido esencial), sino que esta prohibición resulta de dos tipos de mandatos impuestos por la propia Constitución: el primero, de observancia general para cualquier tipo de poder, consistente en defender a la persona humana y respetar su dignidad (artículo 1); el segundo, dirigido específicamente al poder estatal, consistente en garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44).

Respecto a la cuestión terminológica, cabría preguntarse lo siguiente: si el contenido constitucionalmente protegido fuera asimilable al contenido esencial, entonces ¿por qué no se estableció como requisito de procedencia en materia procesal constitucional la

<sup>28</sup> ABANTO REVILLA, César. “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N° 6, 2006, p. 414. La cursiva es del autor.

vulneración de éste, en vez de la de aquel? Téngase presente que la noción de contenido esencial surge mucho antes que la de contenido constitucionalmente protegido. Es más, el propio Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que el contenido esencial es una garantía implícita en nuestra Constitución. En ese sentido, ha manifestado lo siguiente:

“Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de los cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”.<sup>29</sup>

Siendo esto así, e independientemente de nuestra discrepancia respecto de lo afirmado por el Tribunal Constitucional, cabría preguntarse por qué el legislador incorporaría una figura jurídica (contenido constitucionalmente protegido) que significa lo mismo que otra preexistente en nuestro ordenamiento (contenido esencial). Sin duda, por lógica jurídica, si ambas categorías existen en el ordenamiento jurídico peruano (una de forma implícita y otra de forma explícita), deben ser diferentes.

Por lo expuesto, descartamos la primera de las posturas descritas, es decir, aquella que identificaba el contenido constitucionalmente protegido con el contenido esencial de los derechos fundamentales. Esto, no sólo por la distinta finalidad para la que fueron concebidas ambas figuras, sino también por la necesidad de evitar la existencia de categorías jurídicas que signifiquen lo mismo en nuestro ordenamiento (duplicidad).

## 2.2 La relación de todo a parte

Según esta posición, el contenido constitucionalmente protegido se presenta como una categoría más amplia. El contenido esencial formaría parte de dicho contenido, pero no lo agotaría. Siendo esto así, el contenido constitucionalmente protegido sería aquello del derecho que la Constitución tutela *inicialmente*, pero que en virtud de límites proporcionados, derivados de la propia Constitución, puede ser restringido *hasta* el contenido esencial del mismo. Entonces, desde esta perspectiva, el contenido esencial es el contenido constitucional resultante de las restricciones que se han permitido sobre el derecho o, si se quiere, el contenido constitucional *definitivamente* protegido de éste.

---

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de enero de 2002 (f.j. 94). Recaída en el expediente 014-2002-AI/TC. El subrayado es nuestro.

En la línea de esta postura, el profesor español Medina Guerrero sostiene lo siguiente:

“La vinculación negativa del legislador a los derechos implica, por consiguiente, la prohibición de que la ley pueda menoscabar su ‘contenido constitucionalmente protegido’, a menos que ello sea preciso para proteger otros derechos o bienes de naturaleza constitucional. De ahí que también diésemos en calificar a dicho contenido como contenido constitucionalmente protegido sólo ‘inicialmente’ o *prima facie*. Y aun en estos supuestos, es necesario que el límite sea proporcionado y que, en ningún caso, afecte al contenido esencial, pues éste, como tantas veces hemos reiterado, por definición ‘es intangible’ (...)”.<sup>30</sup>

A nivel de la doctrina peruana, y si bien antes de que fuera expedida la *Sentencia Anicama* (en donde, como hemos visto, el Tribunal Constitucional se inclina por una relación de identidad entre las categorías materia de estudio), Sosa Sacio también ha sostenido una relación de *todo a parte* entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial de los derechos fundamentales. En ese sentido, afirmó lo siguiente:

“Si bien el contenido esencial de un derecho sin duda está referido a un ‘contenido constitucionalmente garantizado’ al cual no puede ingresar el legislador, precisamente porque se encuentra frente a una norma superior de la cual no puede disponer; cabe interpretar que el contenido constitucionalmente protegido se trata no de un ‘límites de los límites’, sino del conjunto de facultades y atribuciones que la Constitución prevé para las personas, sin tener en cuenta las limitaciones que corresponden a su contenido. Es decir, que sólo haría referencia al ‘objeto de protección’ iusfundamental, sin determinar todavía el ámbito de protección del derecho, es decir, sin evaluar el núcleo esencial del derecho. (...) En tal sentido, por un lado el contenido constitucionalmente protegido aparece como uno más amplio que el de contenido esencial, pues no se refiere al contenido delimitado constitucionalmente que incluye restricciones legítimas, sino a toda su amplitud favorecida directamente por la Constitución (...)”.<sup>31</sup>

En lo que respecta a nuestra jurisprudencia constitucional, y no obstante haber parecido consolidada la indicada relación de identidad, el Tribunal Constitucional ha realizado un giro de 180° en cuanto a este tema se refiere. Esto se aprecia claramente si atendemos a las tres fases que formula para el análisis de constitucionalidad sobre las intervenciones en los derechos fundamentales:

“a) Determinación del ámbito normativo del derecho fundamental (...). Se trata, en esta primera fase, de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre quién es el sujeto activo o titular

<sup>30</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Primera edición. Madrid: McGraw-Hill, 1996, pp. 167-168. La cursiva es del autor.

<sup>31</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. Notas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. En: Revista Actualidad Jurídica, N° 134, 2005, p. 149. El subrayado es nuestro.

del derecho; quién o quiénes son sus pasivos o los obligados; y cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho. b) La segunda fase consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental (...) [es decir, si] el acto reclamado en el amparo supone una injerencia en las potestades *prima facie* garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente: (i) Si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho *prima facie* protegido, el análisis concluye que no se trata de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión (artículos 5.1 y 38 del Código Procesal Constitucional). (ii) Si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo *prima facie* garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase. c) La última fase (...) consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. (...) [La violación del derecho] sólo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (v.g. principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción, irretroactividad de la ley, principio de proporcionalidad, etc.).<sup>32</sup>

Asumir la existencia de un contenido constitucional *prima facie* protegido, susceptible de restricción si existe una “justificación” de nivel constitucional, quiebra la relación de identidad que preconizaba el referido Tribunal. Las tres fases en el control de constitucionalidad sobre la intervención en los derechos fundamentales conduce a concebir al contenido esencial como aquello que queda luego de la “justificada” limitación del contenido constitucional *inicialmente* garantizado del derecho, lo que sin duda deriva en una relación de *todo a parte* entre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y el contenido esencial de estos. Estamos, entonces, ante una variación del Tribunal Constitucional sobre el tema.

Desde nuestro punto de vista, la relación de *todo a parte* debe descartarse completamente. Sostener que el contenido esencial es el contenido constitucionalmente protegido del derecho luego de efectuada la restricción sobre éste implica afirmar que sólo una parte del contenido constitucional del derecho vincula verdaderamente al legislador, pues la parte restante puede ser sacrificada en virtud de límites que ostentan una supuesta justificación constitucional (por ejemplo, la “protección” de otros bienes constitucionales). Esto, en definitiva, representa una vulneración al principio de fuerza normativa de la Constitución.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de marzo de 2007 (f.j. 5). Recaída en el expediente 665-2007-AA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>33</sup> De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el principio de fuerza normativa de la Constitución significa que “[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público incluyendo, desde luego, a este Tribunal y a la sociedad en su conjunto” (sentencia de fecha 8 de noviembre de 2005, f.j. 12.e. Recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC). El subrayado es nuestro.

Mención aparte merecen las consecuencias procesales que el Tribunal Constitucional deriva de la concepción de un contenido constitucional *prima facie* protegido. Si bien con esta figura el Tribunal busca brindar funcionalidad a un complicado requisito de procedibilidad en sede constitucional, como es el previsto en el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, la idea de que los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos ya no al contenido constitucionalmente protegido (como tal) del derecho, sino sólo a un ámbito de éste *inicialmente* tutelado representa un riesgo de inflamamiento de los derechos fundamentales y, en consecuencia, promueve otra vez la amparización de los procesos judiciales.

En efecto, como la formulación del contenido *inicialmente* protegido no ha venido acompañada de criterios claros para su correcta configuración y como, en conjunto, el análisis de constitucionalidad formulado en tres fases por el Tribunal se concentra más en la justificación de la intervención sobre el derecho que en la propia determinación del contenido de éste, se incrementa el riesgo de considerar cualquier aspecto *meramente relacionado* con un derecho fundamental como integrante *inicial* del contenido constitucional de éste (es decir, como componente de su contenido constitucional *prima facie* tutelado) y, por tanto, susceptible de un pronunciamiento de fondo a través de un proceso constitucional de la libertad (especialmente, el proceso de amparo).

Por eso, no sorprende que el Tribunal Constitucional haya entendido que la simple exigencia de una deuda, cuyo pago ha sido ordenado por el Poder Judicial a través de una sentencia firme, signifique una intervención en el contenido constitucional *prima facie* protegido del derecho a la propiedad y, por consiguiente, que el deudor pueda interponer un proceso de amparo para cuestionar el indebido cálculo de dicha deuda:

“El Tribunal observa que, en el presente caso, la recurrente debe pagar por mandato judicial [firme] la suma de S/. 2'309,545.89, por concepto de intereses derivados de la deuda de beneficios sociales ascendente a S/. 317,282.36, a favor de don Berto Ferrer Tello. Tal resolución constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho a la propiedad, puesto que la empresa deberá afectar su patrimonio para pagar tales intereses. Por tanto, es preciso que el Tribunal indague acerca de los criterios de justificación que puedan existir, o no, en el caso concreto”.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 665-2007-AA/TC, citada, ff.jj. 6 y 7. El subrayado es nuestro.

En el caso citado, asumir que el contenido constitucional del derecho a la propiedad tutela, por lo menos inicialmente, cualquier afectación del patrimonio conduce a afirmar, en definitiva, que este derecho fundamental siempre se encontrará comprometido ante cualquier exigencia de pago. En ese sentido, sea legítimo o no tal requerimiento, el deudor que simplemente no quiera pagar o pagar menos podrá dilatar el cumplimiento de su obligación a través de una demanda de amparo invocando la vulneración del referido derecho. Dado que en la concepción del Tribunal estamos ante una intervención en el contenido constitucional *prima facie* protegido por el derecho a la propiedad, se supera la barrera de procedencia prevista en el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional y, por tanto, el juez o tribunal respectivo tendrá que pronunciarse sobre el fondo del asunto determinando la justificación o no de dicha “intervención” en el derecho, es decir, pronunciándose sobre si la exigencia de pago es lícita (y en el monto pretendido) o no lo es. De esta forma, se apertura la posibilidad de que procedan – en sede constitucional – demandas sin un verdadero sustento constitucional.

En suma, la concepción de un ámbito *prima facie* protegido por la Constitución conduce a una indebida ampliación de los alcances de los derechos fundamentales e incrementa el riesgo de una nueva amparización del proceso peruano.<sup>35</sup> La dotación de practicidad que el Tribunal Constitucional quiere imprimir al artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional no pasa por crear contenidos inicial y definitivamente protegidos. Nada hay en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional que haga pensar en la existencia de estos dentro de un derecho fundamental. El artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, como requisito de procedibilidad para los procesos constitucionales de la libertad, exige una sola labor: delimitar el único contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos fundamentales. Es cierto que esta labor hermenéutica resulta complicada, pero es la única forma fiel y coherente de aplicar la citada norma.

Habiendo descartado la existencia de una relación *de todo a parte* entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial – por significar una vulneración al principio de fuerza normativa de la Constitución y por traducirse en el plano procesal en un inflamamiento del contenido de los derechos con el consiguiente riesgo de *amparización* – procedemos a evaluar la tercera posición sobre el tema.

<sup>35</sup> No obstante existir otra importante causal de improcedencia de los procesos constitucionales, esto es, la existencia de vías específicas e igualmente satisfactorias para la tutela del derecho invocado (artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional), la sola flexibilización de la causal prevista en el artículo 5.1 del referido código ya resulta de por sí un factor trascendente en la génesis de esta anómala situación procesal.

### 2.3 La teoría de los límites inmanentes

De acuerdo con esta postura, los derechos fundamentales poseen sólo límites internos que delimitan sus contenidos. En ese sentido, no pueden estar sujetos a restricciones externas. Desde esta perspectiva – prohibición de restricciones externas – los derechos fundamentales son concebidos como derechos absolutos.

¿Pero qué son estos límites inmanentes del derecho? Al respecto, Häberle nos brinda una completa definición:

“Los límites inmanentes [o también denominados esenciales] deben ser definidos individualmente para cada derecho. (...) No está permitido al legislador adelantarse en el campo ‘absolutamente’ tutelado por los derechos fundamentales; esto es, circunscrito por los límites esenciales, con el objetivo de poner límites ulteriores. (...) Por motivos válidos no se habla de ‘barreras’, sino de ‘límites’ inmanentes de los derechos fundamentales: se quiere eliminar todo recuerdo de aquella concepción que configura como admisibles límites ‘desde el exterior’ a los derechos fundamentales. (...) El legislador, que concretiza en el campo de los derechos fundamentales los límites esenciales, positiviza los límites que ya existían desde el principio. (...) Los derechos fundamentales están delimitados desde el principio por aquellos bienes jurídicos de rango igual o superior que gozan igualmente de reconocimiento constitucional. La concretización de los límites, y ello vale también para las reservas especiales de ley, no es un proceso que afecta los derechos fundamentales ‘desde el exterior’. Los derechos fundamentales están tutelados desde el principio por límites inmanentes al conjunto sustancial del sistema constitucional de los valores. (...) Este ‘desde el principio’ expresa que los derechos fundamentales explican su propia función tan sólo mientras no violan ni amenazan bienes jurídicos de rango igual o superior, y que mediante la concretización de límites esenciales no resultan privados de cuanto le[is] corresponde ‘de por sí’. (...) Los derechos fundamentales están garantizados ‘tan sólo’ en el ámbito de sus límites inmanentes. El legislador, al concretizar los límites inmanentes a los derechos fundamentales, no vulnera estos últimos, no los ‘relativiza’, más bien los refuerza y los garantiza, o antes bien los ‘determina’”.<sup>36</sup>

Es sobre la base de la concepción de los denominados límites inmanentes que esta tercera postura brinda una respuesta distinta a la relación entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial: más que subsumir el contenido del derecho fundamental en diversas categorías y buscar una relación entre ellas, lo relevante es determinar el concreto alcance de los derechos constitucionales a través de la identificación de sus límites internos. El contenido constitucional del derecho así delimitado vincularía de modo fuerte al legislador, pues todo él (y no sólo una parte) sería esencial.

<sup>36</sup> HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado constitucional. Traducción de Carlos Ramos. Serie “Clásicos del Derecho Constitucional”. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 111-112, 114-116. El subrayado es nuestro.

En esa línea se ubica Martínez-Pujalte López quien, analizando el artículo 53.1 de la Constitución de España (norma que recoge la garantía del contenido esencial en el ordenamiento de ese país), sostiene lo siguiente:

“Si se prescinde de la distinción entre contenidos esenciales y no esenciales de los derechos, (...) podría inferirse de una adecuada comprensión sistemática del art. 53.1, a la luz de la significación constitucional de los derechos fundamentales, que el verdadero sentido de este precepto radica en establecer un mandato incondicionado a los poderes públicos de respeto al contenido de los derechos, mandato que se dirige también al legislador, que no puede por tanto limitar los derechos fundamentales; luego no hay lugar para un límite a su actividad limitadora, pues esta última resulta vedada (...). Ello no significa, sin embargo, que los derechos sean ilimitados, pues revisten unos límites internos que se infieren de su propio contenido (...). Por tanto, el problema central que se plantea es el de la correcta demarcación de esos límites internos o, en otras palabras, el de la adecuada determinación del contenido de los derechos, que ha de inferirse ante todo de la propia Constitución, en el marco de una interpretación constitucional que tenga también en cuenta criterios axiológicos y teleológicos externos a la norma constitucional misma (...).<sup>37</sup>”

En la doctrina peruana, Castillo Córdova sostiene una posición similar. Sobre la estructura de los derechos fundamentales, manifiesta que “[a] diferencia de lo que erróneamente ha recogido el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales no tienen un contenido esencial y un contenido no esencial. El contenido de los derechos fundamentales es un solo contenido, y todo él es esencial en [la] medida de que brota de la naturaleza y esencia misma del derecho”.<sup>38</sup> Y, en lo que respecta a los límites de los derechos fundamentales, el citado autor expresa lo siguiente:

“A los derechos fundamentales, mejor dicho a su contenido, *no se les puede limitar* [es decir, establecer restricciones externas], pero *sin que esto signifique que sean ilimitados*. (...) Los derechos fundamentales son y nacen limitados, sólo abarcan una esfera jurídica limitada, de modo que el derecho sólo faculta a su titular a la realización de determinados actos, no a todos. La labor en particular del operador jurídico es ir perfilando las fronteras del contenido que define al derecho como tal (...). Una vez definidas esas fronteras o contornos internos [esto es, los límites inmanentes del derecho], ningún órgano estatal – entre ellos el legislador – está habilitado a ‘limitar’ ese contenido ‘delimitado’. [En en dicho sentido que tal contenido] (...) es absoluto. (...) Justamente por tener [los derechos fundamentales] existencia previa e independiente del acto de positivación (en cuanto empiezan a definirse en función de la naturaleza humana) y, justamente por tener un contenido esencialmente limitado (el ser limitado el contenido pertenece a la esencia del derecho), (...) deben ser determinados los contornos de su ámbito de protección, delimitada su

<sup>37</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis. Op.cit., pp. 61-62. El subrayado es nuestro.

<sup>38</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. En: Revista Actualidad Jurídica, N° 139, 2005, p. 145. El subrayado es nuestro.

frontera interna, deben ser definidos en su alcance, en definitiva, debe ser determinado o delimitado el contenido del derecho".<sup>39</sup>

En estricto, la respuesta brindada por la teoría de los límites inmanentes representa la superación del problema sobre la relación entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial de los derechos fundamentales. En efecto, al afirmarse la existencia de un único contenido constitucional – todo él fuertemente vinculante – configurado a través de la determinación de los límites internos del derecho respectivo, carece de sentido etiquetar la composición de los derechos fundamentales y, por tanto, teorizar sobre el modo de relación de los diversos contenidos que, ahora, no existen en el derecho.

La jurisprudencia constitucional, tanto nacional como extranjera, no ha sido ajena a la teoría de los límites inmanentes. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español tiene afirmado la existencia de unos límites derivados de la *naturaleza* del derecho fundamental respectivo. Así, respecto de los derechos resultantes de la libertad de enseñanza expresó lo siguiente:

“En cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, reconocida en el art. 27.1 de la Constitución [española] implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1 c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador”.<sup>40</sup>

De manera similar, el Tribunal Constitucional peruano concibe la posibilidad de que los derechos fundamentales tengan límites intrínsecos:

“Ningún derecho fundamental (...) puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos [derechos] se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales. La validez de

<sup>39</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales..., op. cit., pp. 256-257. El subrayado es nuestro.

<sup>40</sup> STC 5/1981, de fecha 13 de febrero, f.j. 7. El subrayado es nuestro.

tales límites [intrínsecos y extrínsecos] (...) depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.<sup>41</sup>

En la misma línea, el referido colegiado ha expresado lo siguiente:

“[L]os límites a los derechos pueden surgir de la misma norma que reconoce el derecho, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o más derechos constitucionales, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o varios bienes jurídicos constitucionales, o también pueden surgir de la legislación que desarrolle o regule su ejercicio (...)”.<sup>42</sup>

En nuestra opinión, la teoría de los límites inmanentes presenta, por lo menos, cuatro problemas significativos. Los tres primeros derivan de su tratamiento doctrinario; el último, de la forma como la jurisprudencia ha asumido este tipo de límites.

El primer problema es la propia idea de unos límites internos, esto es, integrantes del contenido de los derechos fundamentales. Por definición, los límites siempre son externos y presuponen la existencia del contenido del derecho. Por lo tanto, límites y contenido no pueden ser lo mismo. Al respecto, Gavara de Cara, si bien a propósito de la teoría de Häberle sobre el tema pero predicable de los límites inmanentes en general, expresa lo siguiente:

“El límite al derecho fundamental no puede ser visto como parte del contenido esencial (o del control de constitucionalidad) de un derecho fundamental. La unión entre contenido y límites de un derecho fundamental bajo el concepto de inmanencia no puede servir como medida de examen para el control de la constitucionalidad de las regulaciones estatales. El pensamiento de Häberle presenta un argumento circular: por una parte, los límites admisibles pueden ser inmanentes al contenido esencial y, por otra, el ámbito protegido absolutamente (contenido esencial) se sitúa en el seno de los límites inmanentes”.<sup>43</sup>

El segundo problema consiste en que la teoría de los límites inmanentes, en mi opinión, no logra explicar satisfactoriamente los casos en que la propia Constitución delega en el legislador ordinario la limitación del derecho. Ejemplos de esto en nuestro ordenamiento constitucional son los derechos a la libertad personal<sup>44</sup>, a la huelga<sup>45</sup> o de

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de agosto de 2002 (ff.jj. 5 y 6). Recaída en el expediente 1091-2002-HC/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2 de julio de 2004 (f.j. 3). Recaída en el expediente 1164-2003-HC/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>43</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Op.cit., pp. 277-278. El subrayado es nuestro.

<sup>44</sup> Constitución. Artículo 2.24.b: “Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”. El subrayado es nuestro.

propiedad.<sup>46</sup> Afirmar que a través de las sendas reservas de ley previstas para la limitación de estos derechos el legislador sólo descubre unos límites preexistentes que aquellos guardan en su contenido equivale a expresar que tales reservas son meramente declarativas, es decir, no autorizan a crear restricciones. Esto resulta difícil de sostener, pues la labor del legislador en materia de derechos fundamentales quedaría prácticamente reducida a una tarea interpretativa de estos, independientemente que se trate de un derecho con reserva o no. Al respecto, Alexy señala lo siguiente:

“[E]l peligro de una sujeción demasiado débil [por parte del legislador a los derechos fundamentales] es sustituido por el peligro de una sujeción demasiado fuerte. Este peligro puede ilustrarse muy claramente sobre la base de la tesis según la cual las reservas confieren al legislador sólo la competencia para expresar aquello que, de todas maneras, resulta ya de sopesar o evaluar los principios respectivamente relevantes. Si esto fuera correcto, todas las restricciones indirectamente constitucionales [es decir, aquellas establecidas por ley en virtud de una autorización de la propia Constitución] simplemente trazarían restricciones directamente constitucionales [es decir, aquellas establecidas por otras normas de rango constitucional], tendrían un carácter meramente declarativo y nunca constitutivo. (...) La legislación de reserva no sería más que la interpretación de las restricciones que ya existen en virtud de la Constitución. Como lo expresa Häberle, ‘todos los límites admisibles de los derechos fundamentales serían inmanentes a ellos mismos’. Las reservas no normarían ninguna competencia para la imposición de restricciones, sino tan sólo una competencia de interpretación”.<sup>47</sup>

Consideramos artificioso sostener que legislador tiene una simple competencia de interpretación allí donde la propia Constitución lo autoriza expresamente a establecer límites a los derechos fundamentales. No nos cabe la menor duda de que cuando la norma respectiva autoriza al legislador a intervenir en estos le otorga una competencia para restringirlos. Por lo demás, tal previsión no resulta lesiva del derecho materia de reserva, pues obedece a una expresa regulación constitucional.

---

<sup>45</sup> Constitución. Artículo 28.3: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”. El subrayado es nuestro.

<sup>46</sup> Constitución. Artículo 70: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”. El subrayado es nuestro.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Colección “El Derecho y la justicia”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 283-284. El subrayado es nuestro.

El tercer problema radica en el riesgo de restringibilidad general que implica asumir, desde la teoría de los límites inmanentes, que los derechos fundamentales poseen límites internos.

Como se sabe, la Ley Fundamental de Bonn prevé expresas reservas de ley en lo que a la restricción de los derechos fundamentales se refiere. Es el caso, por ejemplo, de los derechos a la vida, integridad física y libertad,<sup>48</sup> del derecho de reunión en lugares abiertos<sup>49</sup> o de los derechos a la libertad de circulación y de residencia.<sup>50</sup> Por eso, no sorprende la forma en que se encuentra redactada la garantía del contenido esencial en la Constitución alemana:

**Ley Fundamental de Bonn. Artículo 19:**

“(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. (...)”. El resaltado es nuestro.

Pues bien, la teoría de los límites inmanentes fue una respuesta de la doctrina y jurisprudencia alemanas al problema de la limitación de los derechos fundamentales que no tenían una correspondiente reserva de ley en el ordenamiento constitucional alemán. Sobre la base de que estos derechos irrestringibles tenían límites, se concibió la idea de que tales límites integraban el contenido de los derechos fundamentales y, por tanto, su identificación no restringía, sino que determinaba el contenido de estos. Claro está, se exige de estos límites una base constitucional. Tal como lo expresa el Tribunal Constitucional Federal de Alemania:

<sup>48</sup> Ley Fundamental de Bonn. Artículo 2.2: “Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley”. Norma que, en lo que respecta al derecho a la libertad de la persona, puede ser complementada con lo dispuesto por el artículo 104.1: “La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescriptas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente”. El subrayado es nuestro.

<sup>49</sup> Ley Fundamental de Bonn. Artículo 8: “(1) Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permiso previos. (2) Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley”. El subrayado es nuestro.

<sup>50</sup> Ley Fundamental de Bonn. Artículo 11: “(1) Todos los alemanes gozan de la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio federal. (2) Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y únicamente en el caso en que la falta de medios suficientes de subsistencia pudiera dar lugar a cargas especiales para la comunidad, o cuando fuera necesario para combatir un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para conjurar el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos”. El subrayado es nuestro.

“Sólo los derechos fundamentales de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional, en consideración a la unidad de la Constitución y al orden general de valores por ella protegido, son susceptibles de limitar también, en determinadas relaciones, los derechos fundamentales reconocidos como ilimitables”.<sup>51</sup>

Se abre entonces un espacio al legislador para intervenir en los derechos fundamentales. Como expresa De Otto y Pardo:

“La finalidad de la doctrina de los límites inmanentes es obvia: dado que no siempre cabe contar con una habilitación constitucional expresa para limitar los derechos, porque algunos se reconocen sin reserva de limitación (...) la limitación no puede fundamentarse más que en la tesis de que los límites son inmanentes al reconocimiento mismo del derecho, de todos los derechos, de forma que también cuando se reconocen sin reserva de limitación específica pueden ser limitados por el legislador. La llamada ponderación de bienes (...) es el método propio de esta construcción teórica para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”.<sup>52</sup>

Si bien, para esta teoría, los límites inmanentes son las fronteras internas de los derechos fundamentales y, en ese sentido, a través de su identificación no se les restringe, sino que, al contrario, se delimita el alcance de aquellos derechos, repárese en la técnica utilizada para la determinación de tales límites. En mi opinión, acudir a la técnica de la ponderación de bienes para concretizar estos resulta contradictorio. Desde el momento en que esta técnica tiene como base un conflicto entre derechos fundamentales (o entre estos y otros bienes jurídicos constitucionales) ya existe un elemento exterior que determinará los alcances del derecho objeto de limitación: el derecho o bien colisionante. En ese sentido, la limitación de aquel derecho no puede consistir en un componente de su contenido, mucho más cuando la ponderación puede concluir en la preferencia (abstracta o concreta) de un derecho o bien sobre otro. Tal como sostiene Medina Guerrero, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán:

“[D]esde el momento en que la tarea de concretizar los límites inmanentes se concibe como la acción de ponderar los derechos y valores que entran en conflicto [a efecto de armonizarlos], se hace evidente que la fusión de los límites inmanentes con el contenido del derecho – que parecía preconizar el TCF [Tribunal Constitucional Federal alemán] – es sencillamente ficticia. No hay tal integración de los límites inmanentes en el contenido del derecho, sino que aquéllos conservan su condición de límite. Pues, ciertamente, la técnica de la ponderación presupone, de un lado, una determinada posición jurídica que se encuentra ya, *prima facie*, en el contenido del derecho objeto de la limitación y, de otra parte, otro derecho

<sup>51</sup> BVerfGE 28, 243, 261. Citado por MEDINA GUERRERO, Manuel. Op. cit., p. 49.

<sup>52</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo e Ignacio DE OTTO Y PARDO. Derechos fundamentales y Constitución. Colección “Cuadernos Civitas”. Primera edición. Madrid: Civitas, 1988, pp. 110-111. El subrayado es nuestro.

o bien, mencionado en la Constitución, que *desde el exterior de dicho contenido* con aquél colisiona. Los límites inmanentes, por tanto, se conciben como un elemento ajeno, extraño al contenido del derecho, con el cual debe ser confrontado y sopesado al objeto de optimizar la vigencia de ambos. Pese a lo que pudiera inicialmente sugerir la jurisprudencia constitucional, los límites inmanentes no pueden en rigor considerarse elementos integrantes del contenido del derecho, ya que, de lo contrario, sería ocioso hablar a estos efectos de armonizar o conciliar los derechos y bienes en conflicto: armonizaciones de esta índole no pueden tener por objeto los diversos componentes del contenido del derecho; éstos son sólo susceptibles de *interpretación*,<sup>53</sup> no de ponderación".

En consecuencia, a través de la teoría de los límites inmanentes existe el riesgo de sentar las bases de una restringibilidad general de los derechos fundamentales. Bajo el pretexto de identificar los límites que brotan del contenido de estos, el legislador tendría en la práctica carta abierta para establecer verdaderas restricciones a los derechos fundamentales, mucho más si parte de una premisa conflictivista de los mismos y utiliza el método de la ponderación para solucionar dichos conflictos. Y tendría carta abierta porque no necesita una habilitación constitucional expresa para operar sobre los derechos, pues se entiende que en aquella labor de identificación no los restringe, sino que los interpreta y, por tanto, no les sustrae a los derechos nada de lo que les corresponde *como tales*. En suma, estamos ante una relativización del carácter vinculante del contenido de los derechos fundamentales.

Finalmente, el cuarto problema versa sobre la contradicción que observamos en el tratamiento jurisprudencial de los límites inmanentes por parte de los Tribunales Constitucionales de España y Perú. Si leemos atentamente los respectivos extractos citados, podremos notar que estos límites no son los únicos que aquellos tribunales conciben como posibles de establecer a un derecho fundamental. En efecto, al lado de estos límites internos que resultan de la naturaleza del derecho y de su configuración por la norma que lo reconoce, se acepta la imposición de restricciones resultantes i) de la necesidad de armonizar la existencia del derecho con los demás bienes jurídicos constitucionales, a fin de que esta coexistencia no resulte conflictiva, y ii) de la propia actividad legislativa sobre los derechos fundamentales respetando, claro está, su contenido esencial. Salvando la excepción que representan las reservas de ley que autorizan establecer restricciones, la contradicción reside en predicar de los derechos fundamentales aquella dualidad de límites.

---

<sup>53</sup> MEDINA GUERRERO, Manuel. Op.cit., pp. 53-54 (la cursiva es del autor). Tal vez por esta contradicción, Martínez-Pujalte López se aparta de este método y sostiene que los derechos fundamentales, en virtud de su posición central en el ordenamiento jurídico, no admiten ser ponderados y tampoco guardan entre sí relación de jerarquía, ni abstracta, ni en el caso concreto. Así, los límites inmanentes se determinarían en virtud del principio de unidad de la Constitución y de una interpretación sistemática de los derechos fundamentales (y, obviamente, de las normas que los recogen). Véase MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis. Op.cit., pp. 102-107.

Para entender esta contradicción, vale recordar que la premisa básica de la restringibilidad de los derechos fundamentales es su *originaria* cualidad de ilimitados. En esa línea, se sostiene que insertarlos en dicho estado en los ordenamientos respectivos, haría del ordenamiento constitucional un sistema caótico, pues, al tener un carácter absoluto, los derechos fundamentales entrarían siempre en conflicto. Por eso, para que logren insertarse *pacíficamente* en los ordenamientos que los reconocen, resulta necesario establecerles restricciones. Es en este sentido que se afirma en la jurisprudencia constitucional española y peruana que los derechos fundamentales, dentro del marco constitucional respectivo, no son absolutos.

Tal como expresa el Tribunal Constitucional español:

“[La Constitución es] concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que 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 concurran”.<sup>54</sup>

Y como sostiene el Tribunal Constitucional peruano:

“[E]n el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales. (...) [P]ara que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial”.<sup>55</sup>

Por eso, no sorprende que el referido colegiado peruano haya interpretado la prohibición del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de importar vehículos usados que exceden el respectivo límite de antigüedad como una restricción válida a las libertades de trabajo, de empresa y de contratar, como si el carácter absoluto de estas albergara aquella importación prohibida:

<sup>54</sup> STC 196/1987, de fecha 11 de diciembre (f.j. 7). El subrayado es nuestro.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de enero de 2003 (ff.jj. 127 y 128). Recaída en el expediente 10-2002-AI/TC. El subrayado es nuestro.

“[E]l demandante pretende continuar con la importación de autos con una antigüedad mayor a la señalada como la máxima permitida por la norma, en lo que considera un ejercicio regular de los derechos invocados. (...) [T]al y como ha sido establecido por este Tribunal, los derechos a la libertad de trabajo y empresa, así como el derecho a la libre contratación, no resultan absolutos, sino que el ejercicio de los mismos debe ser compatible con otros derechos y bienes constitucionales tutelados, como en este caso lo es la protección del medio ambiente y la salud pública. De allí la necesidad de establecer límites en relación a los años de antigüedad para la importación de vehículos. Siendo así, (...) corresponde desestimar la demanda”.<sup>56</sup>

Se aprecia entonces que, por un lado, los derechos fundamentales, en virtud de sus límites inmanentes, nacen ya limitados; pero, por el otro, son derechos originariamente ilimitados y, por ello, deben ser restringidos para que exista una convivencia armónica entre todos dentro del ordenamiento respectivo. La contradicción es manifiesta: asumir que los derechos fundamentales tienen a la vez límites internos y externos significa sostener que, simultáneamente, son limitados e ilimitados. Por lógica, si los derechos fundamentales tienen límites inmanentes, carece de sentido hablar de restricciones, pues la premisa de éstas, consistente en que los derechos nacen ilimitados, no resulta aplicable. Sin embargo, ésta no es la línea que siguen los tribunales constitucionales mencionados.<sup>57</sup>

Por lo tanto, si bien la tercera postura que estamos analizando supera el problema de la relación entre el contenido constitucionalmente protegido y el contenido esencial al establecer un único contenido constitucional en los derechos fundamentales, no podemos asumirla porque *la forma* en que lo supera, esto es, a través de la teoría de los límites inmanentes, adolece de los cuatro problemas antes referidos.

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de febrero de 2008 (ff.jj. 1, 4 y 5). Recaída en el expediente 8881-2006-PA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>57</sup> Se podría encontrar alguna explicación racional de esta contradicción en el caso del Tribunal Constitucional de España. Como en el ordenamiento jurídico español la recepción de la garantía del contenido esencial ha sido a nivel constitucional y de forma general, y dado que esta garantía – independientemente de la regulación concreta que tiene en el art. 53.1 de la Constitución española – no ha perdido en aquel sistema su sentido originario de barrera contra las limitaciones del legislador a los derechos fundamentales, se entiende – aunque no se justifica – que dicho órgano razone en términos de restricciones, no obstante argumentar la existencia de límites internos en estos derechos. Esta explicación no podemos esgrimirla a propósito del Tribunal Constitucional peruano, pues nuestra Constitución no concibe la existencia de un contenido esencial en los derechos fundamentales. Es cierto que la Ley del Proceso Contencioso Administrativo prevé la existencia de un contenido esencial en el derecho a la pensión, pero tal previsión no tiene rango constitucional (por más que se haya derivado de la jurisprudencia constitucional) ni es general, pues está referida – a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español y alemán – a un derecho específico y no a todos los derechos fundamentales previstos en la Constitución. En consecuencia, aparte de las concretas reservas de ley respectivas, nada indica que en nuestro sistema los derechos fundamentales puedan ser restringidos. Por tanto, no se logra *comprender* la contradicción de este Tribunal. Como se podrá notar, esto ya adelanta nuestra posición sobre la recepción jurisprudencial de aquella garantía por dicho colegiado, pero este punto lo abordaremos más adelante.

Entonces, ¿cuál es la relación entre la categoría del contenido constitucionalmente protegido y la figura del contenido esencial en el ordenamiento jurídico peruano? Hemos visto que no se trata de una relación de identidad (primera postura), tampoco de una relación de todo a parte (segunda postura) y si bien esta pregunta se torna en innecesaria si asumimos la tercera postura, no la acogemos porque se sustenta en la teoría de los límites immanentes.

Las falencias de estas tres posturas no deben apresurar nuestra particular respuesta a la pregunta formulada. Como nuestra finalidad última es la configuración constitucional del derecho a la remuneración, nuestra respuesta a la interrogante sobre el tipo de relación entre el “contenido constitucionalmente protegido” y el “contenido esencial” de los derechos fundamentales debe pasar necesariamente por la evaluación de la utilidad práctica de la teoría del contenido esencial en la configuración, por parte de los operadores jurídicos peruanos, del contenido constitucional de los derechos. Esto es así porque, de no representar mayor aporte, la teoría del contenido esencial debería ser abandonada por aquellos. De darse esta hipótesis, la respuesta a la pregunta planteada sería evidente: en el ordenamiento peruano, no habría relación entre aquellas dos figuras jurídicas, es decir, el “contenido constitucionalmente protegido” sería una categoría autónoma.

Dado que la configuración de los derechos fundamentales es una labor a la que se avocan los órganos jurisdiccionales en cada controversia relacionada con aquellos, corresponde analizar la referida utilidad práctica de la teoría del contenido esencial desde la jurisprudencia.

### **3. Vicisitudes de la interpretación jurisdiccional del contenido de los derechos fundamentales desde la teoría del contenido esencial**

El Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la República y los Tribunales Administrativos del INDECOPI han resuelto sendas controversias relacionadas con derechos fundamentales. En esta labor, no han dudado en configurar el contenido constitucional de estos desde la perspectiva del contenido esencial. Interesa resaltar ahora las inconsistencias en que han incurrido aquellos órganos jurisdiccionales por interpretar el contenido de los derechos fundamentales desde una teoría insuficiente como ésta.

### 3.1 Un contenido esencial inaplicable

Sin duda, el derecho al trabajo es uno de los derechos constitucionales que más desarrollo ha tenido en la jurisprudencia constitucional. En este cometido, la teoría del contenido esencial ha sido de utilidad para el Tribunal Constitucional. Prueba de ello es la célebre *Sentencia Telefónica*, en la cual el referido órgano determina el contenido constitucional del derecho al trabajo desde aquella teoría:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. (...) [E]n el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho (...) [s]e trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”.<sup>58</sup>

En la misma línea, y con posterioridad a la *Sentencia Telefónica*, el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

“[L]a Constitución Política consagra en el artículo 22° que: ‘El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona’. En consecuencia, el trabajo representa un bien jurídico de relevancia constitucional, cuya protección debe ser resguardada por el legislador, adoptando las medidas adecuadas [para] garantizar el acceso a un puesto de trabajo, así como los medios debidos para la conservación del mismo. Ambas aristas constituyen y forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo”.<sup>59</sup>

Dado que se trata del *contenido esencial* del derecho al trabajo, ninguna relación laboral puede carecer de la garantía mínima establecida por tal contenido. Sin embargo, éste no es el criterio del mencionado colegiado. Por ejemplo, en lo que respecta al segundo aspecto de este contenido esencial (proscripción de ser despedido salvo por causa justa), el Tribunal Constitucional, interpretando *contrario sensu* el artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), ha manifestado que los trabajadores a tiempo parcial que laboran menos de cuatro horas diarias no gozan de protección contra el despido incausado:

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (f.j. 12). Recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 7 de noviembre de 2007 (f.j. 5). Recaída en el expediente 10777-2006-PA/TC. El subrayado es nuestro.

“En el Acta del Ministerio de Trabajo, las partes manifiestan que hasta marzo de 2006 la remuneración del demandante era de S/. 1,450.00 (mil cuatrocientos cincuenta nuevos soles) mensuales, porque laboraba cuatro horas diarias, de lunes a viernes, y que a partir de abril de 2006, la remuneración era de S/. 1,087.50 (mil ochenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos) mensuales, porque laboraba tres horas diarias de lunes a viernes, siendo su último día de labores [a raíz del despido incausado] el 7 de julio de 200[6]. Por consiguiente, al haber laborado el demandante desde abril de 2006 hasta el 7 de julio de 200[6], durante tres horas diarias, no se encuentra amparado por el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, ya que éste dispone que: ‘Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada’<sup>60</sup>”.

Contrariamente a toda idea de *esencialidad*, el Tribunal Constitucional admite determinadas exclusiones en el ámbito de aplicación del contenido esencial del derecho al trabajo. En teoría, el núcleo de un derecho debería estar exento de toda limitación. Sin embargo, lo peor no es eso, sino que, por lo menos en el caso citado, el Tribunal se conforma con que estas exclusiones provengan de una norma infraconstitucional, como es el artículo 22 de la LPCL. Si jurídicamente resulta imposible que el contenido esencial de un derecho quede restringido por obra de la Constitución (al ser justamente una derivación directa de ésta), menos podrá privársele de aplicabilidad en virtud de una norma legal. Por tanto, resulta inconstitucional que los trabajadores a tiempo parcial que laboran menos de cuatro horas diarias se encuentren desamparados ante un despido incausado. Inaplicar en las relaciones laborales de estos trabajadores la exigencia de causa justa para el despido equivale a privarles de la garantía *esencial* brindada por el derecho al trabajo y, por tanto, a negarles en la práctica este derecho.

En suma, la inconsistencia del Tribunal Constitucional reside en lo siguiente: no obstante razonar en términos de una categoría supuestamente indisponible en el ámbito de los derechos fundamentales (el contenido esencial), resulta que el contenido constitucional de los derechos fundamentales no es completamente vinculante.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de junio de 2009 (ff.jj. 4 y 5). Recaída en el expediente 0990-2008-AA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>61</sup> Llama la atención que incluso en el voto discordante de la sentencia citada, perteneciente al magistrado Eto Cruz, la argumentación a favor de la reposición del demandante se haya realizado sobre la base del artículo 22 LPCL y no en atención al contenido esencial del derecho al trabajo, que obviamente sí había sido vulnerado por el despido incausado: “A pesar de lo establecido en el Acta de Inspección emitida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, tanto el encargado de Recursos Humanos de la Asociación emplazada, (...) como el propio actor – conforme a sus demás declaraciones a través de escritos presentados en este proceso constitucional – reconocen que el actor laboraba en una jornada diaria de cuatro horas (...). Por consiguiente, al haber laborado el demandante desde abril de 2006 hasta el 7 de julio de 200[6] en una jornada laboral de 4 horas diarias, de lunes a viernes, se encuentra amparado por el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...). Por lo expuesto, considero que se debe declarar **FUNDADA** la demanda de

### 3.2 Un contenido esencial restringible

Valiéndose de las consideraciones del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República también ha intentado fundamentar sus decisiones desde la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, principalmente, en el campo de los derechos constitucionales procesales. Por ejemplo, y aunque de forma poco precisa, tiene expresado lo siguiente respecto del contenido esencial del derecho a probar:

“**Segundo.**- (...) el contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa; ciertamente, es menester mencionar que contemporáneamente es considerado como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros dos derechos fundamentales como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso (...).  
**Tercero.**- (...) el mismo derecho, por tratarse de un instrumento que se materializa dentro de un proceso, está delimitado por una serie de principios que restringen su contenido, entre los cuales pueden mencionarse los principios de pertinencia, idoneidad, utilidad, preclusión, licitud, contradicción, debida valoración, entre otros, que se hayan regulados algunos en forma explícita y otros en forma implícita en los artículos 188 y siguientes del Código Procesal Civil”.<sup>62</sup>

Nótese que para la Corte Suprema es lo mismo delimitar un derecho que restringirlo. En el caso citado, entiende que la delimitación del derecho a probar mediante los principios que lo informan restringe su contenido (como si aquel fuera inicialmente absoluto). Independientemente de esto, lo que llama la atención es la falta de claridad en torno a la relación entre estas restricciones y el denominado contenido esencial del derecho a probar. No existe ninguna explicación sobre este punto. ¿Qué contenido del derecho a probar restringen tales principios? Repárese que la formulación del contenido esencial de este derecho es tan amplia que fácilmente los principios mencionados por la Corte Suprema intervendrán en él. Entonces, ¿tiene sentido haber configurado el contenido del derecho a probar desde la perspectiva del contenido esencial?

En otra ocasión, la Corte Suprema manifestó, esta vez de forma más clara, que el contenido *irreductible* del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puede ser restringido:

---

amparo. Por tanto, **ORDENAR** a la Asociación Deportiva Los Inkas Golf Club que reponga a don Ciro Laines Chaviguri en el cargo o puesto que venía desempeñando, o en otro de similar nivel o categoría”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0990-2008-AA/TC, citada, voto en discordia (puntos 6 y 7, y parte resolutive).

<sup>62</sup> Casación 2989-2007 APURÍMAC (considerandos segundo y tercero). Publicada el 2 de enero de 2008 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 21275-21276. El subrayado es nuestro.

“**Cuarto:** (...) el derecho al debido proceso y [el derecho] a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidos como principios y derechos de la función jurisdiccional por el inciso tercero del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del Órgano Jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales. Así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia, como la eficacia de lo decidido en la sentencia; es decir una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder – deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso; **Quinto:** Que, de lo anterior aparece claro que el derecho de acceso a la justicia forma parte del núcleo irreductible del derecho a la tutela judicial efectiva y que garantiza que un particular tenga la posibilidad, real y efectiva, de acudir al Juez como tercero imparcial e independiente con el objeto de encargarle la determinación de sus derechos y obligaciones, no obstante, como derecho fundamental puede también ser válidamente limitado a condición [de] que no se obstaculice, impida o disuada irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia”.<sup>63</sup>

En este caso, la Corte Suprema, simultáneamente, explica la configuración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde dos perspectivas: i) la idea de los derechos continentes; y ii) la teoría del contenido esencial. El error de la Corte reside en relacionar la primera con la segunda.

En efecto, si consideramos que un derecho (acceso a la justicia) forma parte de otro (tutela jurisdiccional efectiva), es perjudicial asumir luego que ambos tienen un contenido esencial porque significa un contenido esencial (el del derecho de acceso a la justicia) dentro de otro contenido esencial (el del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva), lo que permite al legislador restricciones en cadena *hasta* llegar al último contenido esencial, con la consiguiente degradación del derecho continente. Esto es más grave si, al igual que la Corte Suprema, consideramos directamente que todo un derecho (acceso a la justicia) es el ámbito “irreductible” (contenido esencial) de otro derecho (tutela jurisdiccional efectiva), pues la restricción del primero *hasta* su contenido esencial (recuérdese que, según la casación citada, los derechos fundamentales son restringibles) significa automáticamente el vaciamiento de contenido del segundo.

En conclusión, la inconsistencia de la Corte Suprema reside en lo siguiente: no obstante argumentar en términos de la garantía del contenido esencial (núcleo

---

<sup>63</sup> Casación 1831-2005 LIMA (considerandos cuarto y quinto). Publicada el 1 de octubre de 2007 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 20587-20588. El subrayado es nuestro.

irreductible), el contenido constitucional de los derechos puede ser restringido y, por tanto, no se encuentra debidamente tutelado.

### 3.3 Un contenido esencial involutivo

Finalmente, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI tampoco ha sido ajena a la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales. Sobre la base de ésta, por ejemplo, tiene configurado, incluso como precedente de observancia obligatoria, el contenido constitucional del derecho a la información de los consumidores reconocido por el artículo 65 de la Constitución:

*“El contenido esencial del derecho a la información de los consumidores es la puesta a disposición del consumidor, de manera clara, efectiva y comprensible, de todos aquellos elementos necesarios para que éste tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios, en particular, las advertencias, riesgos previsible, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, no bastando la sola indicación de su existencia sino que debe mencionarse expresamente en qué consisten. Este contenido esencial es el mínimo indispensable para que el derecho a la información de los consumidores sea reconocible como tal y no se vea vaciado de contenido. (...) En el caso de campañas publicitarias, la exigencia del respeto al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores alcanza a cada uno de los medios en los que se difunde la campaña. Los perfiles particulares de cada medio de comunicación empleado en la campaña no pueden ser utilizados como justificación para dejar de brindar a los consumidores, de manera clara, efectiva y comprensible, todos aquellos elementos necesarios para que éste tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios.”<sup>64</sup>*

Sin embargo, en la actualidad, esta configuración ha sufrido modificaciones, en orden a flexibilizarla. Sobre la base, entre otras razones, de que las exigencias informativas previstas en el precedente – y de cargo del anunciante – eran de difícil cumplimiento, debido a que se aplicaban sin reparar en las características propias de los distintos medios de comunicación (por ejemplo, altos costos si se trata de publicidad televisiva) y que, en definitiva, esto implicaba una barrera de entrada a la actividad publicitaria, la referida Sala de Defensa de la Competencia expresó lo siguiente (también en calidad de precedente de observancia obligatoria):

*“Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha*

<sup>64</sup> Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOPI, de fecha 7 de diciembre de 2004 (parte resolutoria, considerando quinto, numerales 3 y 5). Recaída en el expediente N° 107-2003/CCD. El subrayado es nuestro.

*información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio, tal como, un centro de atención telefónica. El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. Del mismo modo, debe ser oportuno con respecto a la fechas de difusión del anuncio y de venta de los productos o contratación de los servicios anunciados. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio”.*<sup>65</sup>

Se aprecia que, en el primer precedente citado, el detallar en los anuncios respectivos las advertencias, limitaciones y requisitos relacionados con la adquisición de los productos o servicios ofertados era una exigencia del contenido esencial del derecho a la información de los consumidores. Sin embargo, por el segundo precedente mencionado, ahora sólo se exige que se indique en aquellos anuncios la existencia de dichos elementos, derivando la información sobre el contenido de los mismos a un servicio de información gratuito. Estamos entonces ante una involución del contenido esencial del derecho a la información de los consumidores, lo que resulta totalmente contradictorio con la propia idea del contenido esencial de un derecho. En efecto, si como la propia Sala refiere, el detalle de las advertencias, restricciones y requisitos relacionados con la adquisición de lo que se oferta constituía parte del *mínimo indispensable* para que el derecho a la información de los consumidores sea reconocible como tal, no se entiende jurídicamente cómo ahora dicho colegiado sustrae aquella exigencia del contenido esencial de este derecho.

En definitiva, la inconsistencia de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI radica en lo siguiente: no obstante configurar el contenido constitucional de un derecho fundamental a través de la teoría del contenido esencial, resulta que aquel puede ser susceptible de una posterior delimitación in peius.

Las inconsistencias detectadas indican claramente que la teoría del contenido esencial no tiene mayor utilidad en la configuración del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Por lo demás, repárese que la *vocación general* de esta teoría es *defensiva* y no *configuradora* del contenido de tales derechos. En ese sentido, no conduce a una aproximación integral sobre el contenido constitucional de estos, sino

---

<sup>65</sup> Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 3 de setiembre de 2007 (parte resolutive, considerando quinto, numeral 3). Recaída en el expediente N° 189 -2006/CCD. El subrayado es nuestro.

básicamente a un análisis sobre la validez de las restricciones supuestamente aplicables en los derechos fundamentales. La jurisprudencia debió percatarse de esta insuficiencia de la teoría del contenido esencial antes de utilizarla para determinar los verdaderos alcances de estos derechos en el ordenamiento jurídico peruano.

Corresponde, ahora sí, dar una respuesta definitiva a la pregunta sobre la relación entre el “contenido constitucionalmente protegido” y el “contenido esencial” de los derechos fundamentales.

#### 4. El contenido constitucionalmente protegido como categoría autónoma

Las falencias de aquellas tres posturas que pretendían dar una respuesta a la relación entre las categorías mencionadas y la inconsistente utilización jurisprudencial de la teoría del contenido esencial deben traducirse en una situación de autonomía del contenido constitucionalmente protegido respecto de la figura del contenido esencial.

Incluso en lo que se refiere al control de constitucionalidad de la actividad del legislador sobre los derechos fundamentales, opinamos que no tiene sentido emplear la teoría del contenido esencial. Por su regulación expresa en nuestro ordenamiento, preferimos otorgarle a la categoría del contenido constitucionalmente protegido la mayor funcionalidad posible. En ese sentido, esta figura no tiene por qué funcionar sólo como un requisito de procedibilidad en los procesos constitucionales de la libertad; también puede configurarse como un parámetro de control de aquella actividad legislativa y, en general, de todo acto supuestamente vulnerador de los derechos fundamentales. Es más, debe desempeñar esta función pues el principio de fuerza normativa de la Constitución ordena que la totalidad del contenido constitucional de un derecho (y no sólo aquella considerada esencial) vincule a todo poder público y privado.

Por consiguiente, la figura del contenido constitucionalmente protegido debe cumplir en el ordenamiento peruano tres funciones: i) configurarse como parámetro del control de constitucionalidad sobre toda actuación supuestamente lesiva de los derechos fundamentales; ii) ser un requisito de procedibilidad de los procesos constitucionales de la libertad; y iii) aunque parezca sobreentendido, denotar el contenido total de los derechos fundamentales derivado directamente de la Constitución. Entonces, al ser suficiente esta categoría, considero que la teoría del contenido esencial debe ser completamente abandonada por nuestra jurisprudencia.

Lo expuesto quiere decir que, en el ordenamiento jurídico peruano, el contenido constitucional del derecho a la remuneración no es reconducible, en ningún modo, a la categoría del contenido esencial. Aquel contenido se trata del denominado “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos fundamentales. Entonces, el derecho a la remuneración no posee un contenido esencial, sino un contenido constitucionalmente protegido. En adelante, nos referiremos a éste por su nombre completo o, simplemente, denominándolo “contenido constitucional”.<sup>66</sup>

Ahora bien, si el objetivo de nuestra tesis es determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración, no podemos omitir que se han esbozado hasta tres teorías para identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Se podría pensar que resulta inútil emplearlas para la configuración del derecho a la remuneración, pues, como se ha visto, éste posee un contenido distinto. Sin embargo, consideramos que tal argumento resulta insuficiente para descartar de plano la idoneidad de estas tres teorías como herramientas delimitadoras de este derecho. Por eso, vale analizar, a continuación, si las teorías absoluta, relativa e institucional del contenido esencial son adecuadas para configurar el contenido constitucional del derecho a la remuneración.

## **5. La viabilidad de la aplicación de las teorías sobre el contenido esencial para delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración**

Como se podrá intuir, el derecho a la remuneración tendrá una configuración constitucional distinta dependiendo de la teoría que se emplee. Empezaremos analizando la idoneidad de la teoría absoluta para determinar el contenido constitucional del derecho a la remuneración.

### **5.1 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración a partir de la teoría absoluta**

---

<sup>66</sup> Que el derecho a la remuneración posea un contenido constitucional implica, desde luego, la existencia de un contenido legal en él. Es decir, determinados componentes del derecho a la remuneración tendrán sólo un sustento legal, no constitucional. Éste el caso, por ejemplo, de aquellos conceptos económicos que sólo tienen carácter remunerativo por disposición legal, dada su originaria naturaleza no contraprestativa respecto de la prestación laboral.

Esta distinción es importante porque define si la protección judicial del derecho a la remuneración tendrá lugar, según el caso concreto, a través de los procesos constitucionales o mediante los procesos judiciales ordinarios. De acuerdo con el tema de nuestra tesis, nos concentraremos sólo en el contenido constitucional del derecho a la remuneración.

De acuerdo con la teoría absoluta del contenido esencial, el derecho a la remuneración tendría un contenido esencial intangible (por ejemplo, el derecho al pago de una remuneración mínima vital) y un contenido no esencial o accidental, claudicante ante los límites impuestos por el legislador sobre la base del principio de proporcionalidad (por ejemplo, el derecho a la integridad del monto remunerativo, que podría ceder ante descuentos legales justificados).

El Tribunal Constitucional peruano ha asumido esta teoría para configurar el contenido de determinados derechos fundamentales. De modo general, ha sostenido lo siguiente:

“El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada”.<sup>67</sup>

Es más, sobre la base de esta teoría, el referido colegiado ha diseñado un test de constitucionalidad de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales:

“[C]onforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento ‘no esencial’ del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”.<sup>68</sup>

Sin duda, sería muy discutible determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración sobre la base de la teoría absoluta. ¿Cómo podemos dividir – incluso teóricamente – tal contenido en dos partes (una esencial y otra no esencial)? Además, si esto fuera posible, ¿por qué sólo una parte del contenido constitucional del derecho a la remuneración (y no todo este contenido) vincularía de modo fuerte al legislador? Lo primero siempre resultaría arbitrario; y lo segundo, inconstitucional por desconocer la propia fuerza normativa de la Constitución.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de diciembre de 2002 (f.j. 2.2.4). Recaída en el expediente 1042-2002-AA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de septiembre de 2004 (f.j. 7). Recaída en el expediente 4-2004-AI/TC (acumulados).

A propósito de estos problemas, Martínez-Pujalte López afirma lo siguiente:

“La teoría absoluta (...) obliga a una división en partes – una esencial y otra accidental – del contenido de los derechos fundamentales; división que será con toda frecuencia completamente artificial, y que resulta además técnicamente insostenible, pues, como apunta con razón Gavara, induce a la curiosa conclusión según la cual, en el ámbito de los derechos fundamentales, el parámetro para el control de constitucionalidad de las disposiciones legislativas lo constituye tan sólo una parte de la norma constitucional en la que se reconoce el derecho, y no la totalidad de ésta. (...) Éste sería mi último argumento frente a la teoría absoluta (...): encierra el peligro de desplazamiento a la teoría relativa, habida cuenta de que la artificialidad de toda delimitación de un contenido esencial de los derechos como diferente del contenido accidental conduce a obviar esta cuestión, y a plantear el debate en el segundo de los requisitos indicados por la teoría absoluta – y único que reclama la teoría relativa – para las limitaciones de los derechos: la exigencia de justificación”.<sup>69</sup>

Por lo expuesto, descartamos la idoneidad de la teoría absoluta para delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración. Pasemos ahora a analizar si la teoría relativa del contenido esencial resulta adecuada para determinar el contenido constitucional de este derecho fundamental.

## 5.2 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración a partir de la teoría relativa

Sobre la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, Alexy explica lo siguiente:

“Según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación [del derecho fundamental respectivo con los otros bienes o derechos de rango constitucional que justifican la limitación de aquel]. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aún cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”.<sup>70</sup>

Al igual como sucede con la teoría absoluta, la teoría relativa del contenido esencial también ha logrado recepción jurisprudencial. Así, en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, el Tribunal Constitucional español aplicó la teoría relativa del contenido esencial para concluir la constitucionalidad de la limitación del derecho a la integridad física, reconocido en el artículo 15 de la Constitución española. La referida ley incorporaba en el artículo 428 del Código Penal la esterilización

<sup>69</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis. Op.cit., pp. 43, 46-47. El subrayado es nuestro.

<sup>70</sup> ALEXY, Robert. Op.cit., p. 288.

de incapaces – autorizada por el juez – como un supuesto no constitutivo de delito, en los términos siguientes: “[N]o será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Sobre el supuesto problema de constitucionalidad de dicha norma, el Tribunal manifestó lo siguiente:

“Mediante el derecho a la integridad física y moral -declaramos en la STC 120/1990- ‘se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular’ (fundamento jurídico 8). Este consentimiento, empero, es el que, por definición, no puede prestar quien adolezca de grave deficiencia psíquica (...). El órgano proponente cuestiona la licitud constitucional de que quepa sustituir por esta autorización judicial aquel consentimiento de imposible prestación (...). Mas tal objeción (...) resulta inaceptable porque llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico -y sobre todo una intervención quirúrgica ablatoria- indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. (...) El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo (...) se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal (...).”<sup>71</sup>

En esa línea, el referido órgano colegiado procedió a examinar la justificación y proporcionalidad de la limitación del derecho de los incapaces a la integridad física (consistente en la esterilización). Respecto de lo primero, el Tribunal expresó lo siguiente:

“[La justificación de la esterilización] únicamente ha de residir (...) en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña. (...) [E]l deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 C.E.), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos [los deficientes psíquicos] a la protección de la salud (art. 43.1 C.E.), y su derecho también a disfrutar de todos los [derechos] que la Constitución establece en su Título I (art. 49 C.E.) (...) hacen [a la norma] plenamente legítima desde la vertiente teleológica (...) la esterilización del incapaz (...) le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 C.E.) y a su integridad moral (art. 15.1 C.E.), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica (...).”<sup>72</sup>

<sup>71</sup> STC 215/1994, de fecha 14 de julio (f.j. 4). El subrayado es nuestro.

<sup>72</sup> *Ibidem*. El subrayado es nuestro.

Y en cuanto a la proporcionalidad de la medida limitativa (esterilización), el referido órgano jurisdiccional indicó lo siguiente:

“Cuestión distinta es que la disposición controvertida (...) sea además lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas que la privación a ser posible reversible (...) de sus potencialidades genéticas. (...) [E]s claro que entre la finalidad perseguida por el legislador y el medio previsto para conseguirla, hay esa necesaria proporcionalidad porque el resultado, ciertamente gravoso para el incapaz, no resulta desmedido para alcanzar en condiciones de seguridad y certeza la finalidad que se persigue. Si los fines son legítimos no puede tacharse de desproporcionada una medida que, como la esterilización, es la más segura para alcanzar el resultado que se pretende”.<sup>73</sup>

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano también ha aplicado la teoría relativa, pero nunca al extremo de permitir la supresión del derecho en el caso concreto. Así, a propósito del establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal ante el incremento de la delincuencia, el Tribunal analizó la restricción del derecho a la libertad de tránsito sobre la base del bien jurídico constitucional *seguridad ciudadana*:

“Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar que la instalación de rejas como medida de seguridad vecinal no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resultara[n] irrazonable[s], desproporcionado[s] o simplemente lesivo[s] de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre *Libertad de tránsito y seguridad ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana* (...) ‘No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella’”.<sup>74</sup>

Entonces, desde la perspectiva de la teoría relativa, el legislador puede establecer límites al derecho a la remuneración, siempre y cuando estos se justifiquen en un bien jurídico constitucional y respondan al principio de proporcionalidad. Por lo tanto, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración nunca será uno

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de enero de 2011 (f.j. 8). Recaída en el expediente 2147-2010-PHC/TC. El subrayado es nuestro.

previamente establecido, sino que resultará de la ponderación de este derecho con el bien jurídico constitucional que justifica la limitación legislativa impuesta. Esta restricción, incluso, puede eliminar la vigencia del derecho a la remuneración en el caso concreto.

A título de ejemplo, podemos utilizar el artículo 30.b de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) para graficar lo expuesto.

La referida norma dispone que la reducción inmotivada de la remuneración es un acto de hostilidad del empleador equiparable al despido. El artículo 49 del Reglamento de la LPCL (Decreto Supremo 001-96-TR) señala que dicho acto unilateral se configura si el recorte carece de motivación objetiva o legal. Un sector de la doctrina interpreta esta regulación como una autorización tácita para que el empleador disminuya los salarios si existe una causa justificada, en puridad, una causa objetiva o prevista en la ley.<sup>75</sup> Sin perjuicio de que ésta no sea nuestra posición, la utilizaremos para desarrollar nuestro ejemplo.

Como se aprecia, al permitir una reducción unilateral del salario, sin más exigencia que la simple justificación del acto, el legislador está restringiendo el alcance del derecho a la remuneración. Si bien ni la LPCL ni su reglamento mencionan expresamente el bien jurídico constitucional que justificaría la mencionada disminución, se entiende que se trata de los intereses económicos del empleador; esto, por el tenor conjunto de la LPCL y su marcada tendencia flexibilizadora.

Ahora bien, el problema que encontramos es el de saber si todos los intereses económicos legítimos del empleador tienen cobertura constitucional, ya sea de forma explícita o implícita. Sobre el particular, consideramos que sólo aquellos que estén directamente vinculados a la organización y desarrollo de la actividad productiva tendrán cobertura constitucional, al estar protegidos por la libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución). Sobre tal libertad, el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente:

---

<sup>75</sup> En esa línea, se ha afirmado que “[l]a Ley de Productividad y Competitividad Laboral considera como un acto de hostilidad del empleador la reducción inmotivada de la remuneración o la categoría del trabajador (artículo 30.b). Esto implica que tácitamente es posible la reducción motivada de la remuneración o la categoría del trabajador por decisión unilateral del empleador. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando una clínica decide que uno de sus cirujanos afectado por el mal de Parkinson sea reubicado en un puesto administrativo probablemente de menor categoría y con menor remuneración. Es mejor conservar el empleo bajo condiciones menos favorables, que perderlo”. HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. La austeridad salarial en el Estado: ¿constitucionalmente viable? En: Foro empresarial. Revista de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año I, N° 1, 2007, p. 212.

“[La libertad de empresa] se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado (...) le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, (...) su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce”.<sup>76</sup>

En consecuencia, desde la teoría relativa, la restricción del derecho a la remuneración prevista en el artículo 30.b de la LPCL será válida, por no vulnerar el contenido constitucionalmente protegido de aquel derecho, si i) las causas objetiva y legal que autorizan la reducción unilateral se sustentan, a su vez, en aquellos intereses económicos del empleador directamente vinculados a la organización y desarrollo de la empresa; y ii) si la disminución salarial se practica en el caso concreto respetando el principio de proporcionalidad, es decir, la reducción debe ser adecuada, necesaria y proporcional (en sentido estricto) para salvaguardar estos otros intereses.

De lo expuesto, se desprende que el derecho a la remuneración puede quedar permanentemente restringido por cualesquiera intereses económicos empresariales protegidos por la Constitución, bastando para ello la proporcionalidad de la limitación.

Siendo esto así, consideramos que la teoría relativa del contenido esencial no resulta adecuada para determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración. En primer lugar, y como se puede apreciar del análisis del artículo 30.b de la LPCL, la teoría relativa, al permitir una permanente restricción de este derecho en los términos antes descritos, desconoce la posición central que tiene el derecho a la remuneración en la configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho y, por tanto, le sustrae su carácter de fundamental.<sup>77</sup> En esa línea, compartimos la crítica que Martínez-Pujalte López, a partir del ordenamiento constitucional español, formula a esta teoría:

“[E]stimar que todo derecho puede quedar limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos, sin requerir más que la proporcionalidad de la medida limitadora en relación con los objetivos perseguidos con ella, equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción, que puede incluso llegar a su completo sacrificio. (...) [N]o parece adecuado (...) sostener que los derechos son permanente e ilimitadamente limitables por cualesquiera bienes dotados de cobertura

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 2003 (f.j. 26.d). Recaída en el expediente 8-2003-AI/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>77</sup> Sobre el derecho a la remuneración como derecho fundamental, véase supra, pp. 14-18.

constitucional, como nos lleva a afirmar la teoría relativa. Y no es adecuado, entre otras razones, porque desconoce la posición central que los derechos fundamentales ostentan en nuestro ordenamiento constitucional (...).<sup>78</sup>

En segundo lugar, y si bien el Tribunal Constitucional peruano no la ha llevado al extremo, la teoría relativa no tiene un verdadero límite en su aplicación: el derecho a la remuneración podría ser restringido hasta el punto de suprimirse completamente en el caso concreto. Esto, por lo menos, representa un verdadero riesgo para la vigencia del derecho constitucional a una remuneración mínima (artículo 24, tercer párrafo, de la Constitución).

Finalmente, esta teoría cambia el enfoque de análisis, pues para evaluar la constitucionalidad del acto supuestamente vulnerador del derecho a la remuneración poco importa determinar previamente el contenido constitucional de este derecho, siendo más relevante verificar la proporcionalidad de la restricción practicada sobre él.<sup>79</sup> En ese sentido, la teoría relativa del contenido esencial se encuentra lejos de configurarse como una verdadera herramienta delimitadora del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración.

Por lo expuesto, también descartamos la idoneidad de la teoría relativa para determinar el contenido constitucional del derecho a la remuneración. Resta entonces

---

<sup>78</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis. Op.cit., pp. 38 y 40. El subrayado es nuestro.

<sup>79</sup> Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 28047, norma que establecía, por concepto de aportes previsionales, descuentos del 13%, 20% y 27% sobre las remuneraciones de los trabajadores comprendidos en el régimen de pensiones del Decreto Ley 20530. En esta sentencia, el Tribunal centró la constitucionalidad del artículo impugnado en su conformidad con el principio de proporcionalidad y relegó a un segundo plano la dilucidación del contenido constitucional del derecho a la remuneración, como si este contenido se redujera a tal principio. En ese sentido, el referido colegiado, partiendo de la premisa del principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de los actos del legislador, empezó su disertación afirmando que “corresponde utilizar los tres principios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de determinar si el criterio de porcentajes de aportación establecido en el artículo 1° de la Ley N.° 280 47 es constitucional o no”; concluyendo, luego del análisis respectivo, que resulta “inconstitucional el criterio porcentual de aportaciones establecido en el artículo 1° de la Ley N.° 28047, debido a que vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. No hay mayor análisis del derecho verdaderamente comprometido en la controversia, esto es, la remuneración de los trabajadores aportantes; siendo insuficiente un pequeño párrafo donde, incluso desde un supuesto derecho de propiedad sobre la remuneración y no desde el propio derecho al salario como tal, se prohíbe la “expropiación” injustificada de la remuneración: “[A] establecerse un monto único de porcentaje de aportación, el cual irá aumentando progresivamente y de forma paralela a una progresiva reducción del monto de las pensiones, podría generarse una situación en la que el Estado termine expropiando parte de la remuneración a los trabajadores sin que, posteriormente, obtengan una pensión proporcional a sus aportes. En ese sentido, el bien a ser considerado como bien real no es, en este caso, la pensión sino la remuneración; es decir, el dinero del trabajador, que como señalamos, no puede ser tomado por el Estado sin que exista un justo título habilitante” (sentencia de fecha 2 de diciembre de 2005, ff.jj. 2, 12 y parte resolutive. Recaída en el expediente 030-2004-AI/TC).

evaluar si resulta adecuado emplear la teoría institucional para el propósito que nos ocupa.

### 5.3 El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración a partir de la teoría institucional

Sin duda, uno de los más grandes exponentes de la teoría institucional de los derechos fundamentales es Peter Häberle. Por eso, el análisis que efectuaremos sobre la teoría institucional partirá de lo expuesto por dicho autor.

De acuerdo con Häberle, el contenido esencial de los derechos fundamentales es un contenido relacional:

“[E]l contenido esencial de los derechos fundamentales no es un elemento que puede ser desprendido ‘de por sí’ e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes reconocidos como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales (...). Los ‘contenidos esenciales’ de cada uno de los bienes constitucionales no están desvinculados entre sí; más bien se determinan recíprocamente”.<sup>80</sup>

Asimismo, el referido autor postula que tal contenido es de carácter complejo:

“[E]l contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad. (...) ‘En el contenido esencial’ de los derechos fundamentales están comprendidos, por ejemplo, también el principio del Estado social, los derechos (fundamentales) de los otros y las leyes penales. (...) En el contenido esencial está comprendida también la tutela de bienes que poseen rango igual o superior [que los derechos fundamentales]. Hablando con metáforas: en el contenido esencial de los derechos fundamentales se refleja la totalidad del sistema constitucional de los valores. (...) [En esa línea], se entiende el ‘contenido esencial’ como una fórmula que resume todos los principios materiales y los procedimientos formales a través de los cuales son afirmados, según un criterio de inmanencia a la Constitución, el contenido y los límites admisibles de cada derecho fundamental (...)”.<sup>81</sup>

Finalmente, la teoría institucional sobre el contenido esencial resulta ser un intento de conciliación entre los principales postulados de las teorías absoluta y relativa. Estamos, entonces, ante una teoría ecléctica sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Tal como expresa Häberle:

“En el equilibrio al que se hace aquí referencia para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, no se quiere empero desconocer que el contenido esencial de un derecho fundamental es algo

<sup>80</sup> HÄBERLE, Peter. Op. cit., pp. 117 y 121.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 117, 121 y 350. El subrayado es nuestro.

sustancial. En efecto, el contenido esencial no pierde la 'sustancialidad' si es determinado con referencia a otros bienes jurídicos poseedores de rango igual o superior, porque estos bienes jurídicos también poseen una sustancia que debe ser determinada. La interacción entre cada uno de los bienes constitucionales no los priva de su sustancia; al contrario, más bien conduce a ésta. (...) Lo que es considerado ser el 'núcleo' intocable de la libertad de acción o bien de la libertad contractual [y, en general, de los derechos fundamentales] es aquel campo en el cual, sin sombra de duda, no existen más bienes de rango igual o superior que puedan delimitar legítimamente estos derechos fundamentales. (...) El resultado de un equilibrio semejante es el campo 'absolutamente' tutelado de los derechos fundamentales, o bien es aquello que debe 'quedar' de un derecho fundamental. (...) Todos los derechos fundamentales están tutelados de manera 'absoluta' en un ámbito que debe ser determinado por medio de un equilibrio de bienes, y esto en las confrontaciones con cualquier ley, no importa en qué disposición constitucional ella encuentre su fundamento. (...) La determinación del contenido esencial aquí propuesta está pensada como tentativa de vincular entre sí los objetivos y los resultados sustanciales de la teoría absoluta y de la así llamada teoría relativa del contenido esencial".<sup>82</sup>

Entonces, de acuerdo con la teoría institucional, el derecho a la remuneración resulta restringible, pero no suprimible. Distanciándose de la teoría relativa, la teoría institucional afirmaría la existencia de un ámbito absolutamente tutelado en el derecho a la remuneración (lo que resta del derecho luego de su ponderación con otros bienes constitucionales); sin embargo, y diferenciándose de la teoría absoluta, expresaría que tal ámbito se encuentra garantizado por los denominados límites inmanentes del derecho. Siendo esto así, estamos nuevamente ante la vulneración del principio de fuerza normativa de la Constitución: la tutela absoluta de sólo el *núcleo* del derecho a la remuneración significa desconocer la vinculación total del legislador al contenido constitucional completo de este derecho fundamental. Por otra parte, la teoría de los límites inmanentes presenta serios problemas en su formulación, tal como hemos expuesto anteriormente.<sup>83</sup>

Adicionalmente, es necesario indicar que esta teoría institucional no garantiza en realidad la vigencia del derecho en un caso concreto, por más que afirme la existencia de un campo absolutamente tutelado en aquel, pues tal núcleo ha de referirse principalmente al contenido esencial del derecho como instituto y no al contenido esencial del derecho como derecho subjetivo. Para sustentar este punto, explicaremos el doble carácter de los derechos fundamentales derivado de la teoría institucional.

De acuerdo con la teoría institucional, los derechos fundamentales poseen un doble carácter. A la vez que son derechos subjetivos, constituyen ordenamientos jurídicos objetivos que diseñan las condiciones de vida en la que se ha de desenvolver el individuo.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 123 - 124, 126. El subrayado es nuestro.

<sup>83</sup> Véase *supra*, pp. 32-38.

Esto último implica la existencia de los respectivos conjuntos normativos (por ejemplo, el régimen jurídico del derecho de propiedad o las normas que regulan el derecho a la libertad sindical). Tal como expresa Häberle:

“A través de la existencia de correspondientes conjuntos normativos, (...) los derechos fundamentales se convierten en algo institucional - objetivo, algo organizado: y se trata de conjuntos normativos, dado que las particulares normas jurídicas se enlazan en una íntima unidad en la cual la idea objetiva de los derechos fundamentales alcanza expresión. En otros términos: los conjuntos normativos pertenecen al modo de ser del aspecto institucional de los derechos fundamentales”.<sup>84</sup>

Este doble carácter implica, además, que el interés individual reflejado en el ejercicio del derecho subjetivo por su titular no es el único que le da sentido al derecho fundamental; y esto porque “[l]os derechos fundamentales como institutos están organizados esencialmente en el interés general, por el cual aquellos tienen sentido y finalidad”.<sup>85</sup>

La teoría institucional sostiene que todo derecho fundamental, para ser tal, debe considerar en su contenido ambos aspectos (el subjetivo-individual y el institucional). En ese sentido, “[e]ste doble carácter de los derechos fundamentales (...) caracteriza su esencia. Ambos aspectos (...) forman en su conjunto el derecho fundamental. Se refuerzan recíprocamente. (...) [Los derechos fundamentales] [p]oseen, pues, una impronta personal y un sello objetivo-institucional”.<sup>86</sup>

Este doble carácter llevado al terreno del contenido esencial implica que “existe un contenido esencial del derecho fundamental como derecho subjetivo público y un contenido esencial del derecho individual como instituto. Por efecto de la interdependencia recíproca entre los dos, resultan ambos igualmente tutelados por la acción del legislador”.<sup>87</sup> Sin embargo, y he aquí lo relevante, Häberle sostiene que no se puede excluir que la ponderación de bienes practicada por el legislador conduzca en determinados casos a la supresión integral del derecho. Por eso, “[e]n casos particulares puede entonces suceder que no ‘reste’ [quede] nada de un derecho fundamental (...)”.<sup>88</sup> Siendo esto así, la afectación del contenido esencial del derecho como derecho subjetivo

<sup>84</sup> HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 187.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 251 (nota bibliográfica 296).

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 252 (nota bibliográfica 299).

resulta evidente; todo lo contrario sucede con el contenido esencial del derecho fundamental como instituto, pues el carácter institucional del derecho resulta *intangibile* para el legislador.<sup>89</sup>

Se aprecia entonces que la teoría institucional no representa una completa garantía para el derecho a la remuneración como derecho subjetivo del trabajador. Por lo demás, que no deba permitirse en ningún caso particular la supresión de este derecho deriva de la innegable constatación que los derechos fundamentales son, ante todo, derechos del individuo. No importa cuántas dimensiones o caracteres puede visionarse en un derecho fundamental, basta que se trate de un derecho de este tipo para que la protección de aquellos caracteres sea absoluta siempre.

Por lo expuesto, descartamos la idoneidad de la teoría institucional como herramienta delimitadora del contenido constitucional del derecho a la remuneración.<sup>90</sup> Sin embargo, que no estemos de acuerdo con esta teoría no significa que desechemos todos los razonamientos que utiliza. Es por eso que nos parece sumamente importante el aporte que efectúa en el sentido de interpretar el derecho (específicamente, su contenido esencial) desde la totalidad de la Constitución. En nuestra opinión, esta idea vertida por la teoría institucional bien puede ser reconducida en nuestro ordenamiento jurídico a la idea de una interpretación sistemática de los derechos fundamentales y de las normas que los reconocen.

## **6. Criterios para delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración**

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 210-213.

<sup>90</sup> Sin perjuicio de nuestra conclusión, es necesario resaltar que el Tribunal Constitucional peruano, en su labor de determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales desde la perspectiva del contenido esencial, ha tenido declaraciones en las que se puede apreciar la influencia de la teoría institucional. Así, atendiendo especialmente a las ideas de Peter Häberle, el referido órgano ha mencionado lo siguiente: "Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (...); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de 'unidad de la Constitución' y de 'concordancia práctica', cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto" (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC, citada, f.j. 21. La cursiva es del autor).

El análisis realizado en la sección anterior evidencia que no resulta adecuado utilizar las teorías absoluta, relativa e institucional para determinar el contenido constitucional del derecho a la remuneración. Y es que, por ser teorías sobre el contenido esencial, todas intentan responder a la siguiente pregunta: ¿cómo limitar la actividad legislativa limitadora que se practica sobre los derechos fundamentales? La teoría absoluta responderá a través de la idea de un núcleo irreductible y el principio de proporcionalidad; la teoría relativa, proponiendo solamente el control de la proporcionalidad de la restricción; y la teoría institucional, afirmando un campo absolutamente tutelado circunscrito por los límites immanentes del derecho.

Sin duda, la figura del *contenido constitucionalmente protegido* motiva una perspectiva de análisis distinta de los derechos fundamentales, pues de lo que aquí se trata es de responder a la siguiente pregunta: ¿cómo la Constitución *configura* un determinado derecho? Luego, el respeto total al contenido constitucional del derecho, así determinado, resulta una exigencia ineludible para todo poder, ya sea público o privado.<sup>91</sup>

Por lo tanto, más que el empleo de una particular teoría, la configuración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración exige la utilización de sendos *criterios de delimitación*. Así, será la norma constitucional específica que reconoce el derecho, su interpretación sistemática con otras normas constitucionales,<sup>92</sup> su

---

<sup>91</sup> La Corte Suprema de Justicia de la República también ha seguido esta línea de pensamiento, si bien no de manera constante. En ese sentido, a propósito de la identificación de los derechos fundamentales integrantes del derecho al debido proceso, expresó de forma general que los derechos constitucionales no pueden ser limitados por ningún poder: “**Quinto.-** Que, cuando se hace referencia a un debido proceso, se afirma la existencia de un derecho continente al interior del cual existen cierto número de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento o plenitud de un sujeto de derecho dentro de un procedimiento o proceso. **Sexto.-** Que, serán expresiones del debido proceso, el de ser juzgado por un juez competente, de ser emplazado válidamente, de poder contradecir en un plazo razonable, de ser procesado en base a un procedimiento previamente establecido legalmente, de cumplirse por el juzgador las normas y formalidades procesales previstas, de poder probar sus afirmaciones o de impugnar las decisiones que no lo conformen, entre otras. **Sétimo.-** Que, esta gama de derechos son tan significativamente importantes que adquieren la calidad de derechos fundamentales, es decir, son derechos cuyo sustento es constitucional y, como tal, no pueden ser pasibles de desconocimiento o limitación por ningún poder” (Casación 2799-2007 JUNÍN. Publicada el 2 de enero de 2008 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 21273-21274. El subrayado es nuestro).

<sup>92</sup> La necesidad de interpretar sistemáticamente la norma constitucional que regula el derecho con las demás normas del mismo rango relacionadas con ella deriva del principio de unidad de la Constitución. De acuerdo con este principio, “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. Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes” (sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de octubre de 2003, f.j. 23. Recaída en el expediente 5-2003-AI/TC. La cursiva es del autor).

interpretación conforme a las respectivas normas internacionales vinculantes para el Estado peruano,<sup>93</sup> el tratamiento jurisprudencial del derecho (principalmente, por parte del Tribunal Constitucional<sup>94</sup>), entre otros criterios propuestos por la doctrina,<sup>95</sup> los que emplearemos para determinar el contenido constitucional del derecho a la remuneración. La construcción hermenéutica de tal contenido, sobre la base de los criterios señalados, se realizará en el siguiente capítulo.



---

<sup>93</sup> La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución es clara al disponer que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

<sup>94</sup> En virtud del artículo 1 de la Ley 28301 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución y, como tal, le corresponde determinar el contenido de las normas constitucionales y, en definitiva, los alcances de los derechos fundamentales recogidos en éstas. Tal como afirma el propio colegiado: “El Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional” (sentencia de fecha 28 de marzo de 2003, f.j. 1. Recaída en el expediente 1752-2002-AA/TC).

<sup>95</sup> Al respecto, y al margen de sus respectivas posturas sobre los derechos fundamentales, serán de utilidad los criterios expuestos por Martínez-Pujalte López y Castillo Córdova. Sobre el particular, véase MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis. Op.cit., pp. 98-116; y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Pautas para la determinación..., op.cit., pp. 145-148.

## CAPÍTULO II

### LA CONSTRUCCIÓN HERMENÉUTICA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN

Contrariamente a lo que podría pensarse, el derecho a la remuneración no empieza a configurarse desde el artículo 24 de la Constitución, sino desde el cuarto párrafo del artículo 23. En efecto, esta norma, al establecer que nadie está obligado a prestar trabajo **sin retribución**, establece una vinculación directa entre la remuneración (especie del género “retribución”) y el servicio prestado (en este caso, en condiciones de subordinación). Es decir, el artículo 23 de la Constitución comienza a determinar el derecho a la remuneración señalando el carácter contraprestativo del salario. Por ello, coincidimos con López Basanta cuando afirma que “debe caracterizarse jurídicamente al salario como la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado (...)”.<sup>96</sup> Sin duda, éste es el concepto constitucional de remuneración.

El artículo 24 de la Constitución precisará las características del salario. En ese sentido, afirmará que la remuneración debe ser i) equitativa y suficiente (para procurar, al trabajador y su familia, el bienestar material y espiritual); ii) prioritaria en su pago, respecto de las demás obligaciones del empleador; y iii) regulada por el Estado con carácter de

<sup>96</sup> LOPEZ BASANTA, Justo. “El salario”. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y Emilio MORGADO VALENZUELA (coordinadores). Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Serie G: Estudios Doctrinales, N° 188. Primera edición. México D.F.: AIADTSS - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997, p. 447.

imperatividad relativa (remuneraciones mínimas), siendo necesaria en este proceso legislativo la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.<sup>97</sup>

Como se aprecia, la Constitución ya ha perfilado el contenido del derecho a la remuneración. Sin embargo, parte de la doctrina peruana ha considerado que tal contenido es ambiguo e incierto. Por ejemplo, a propósito del artículo 24 de la Constitución, Toyama Miyagusuku expresa lo siguiente:

“[S]e ha reemplazado la expresión remuneración justa (Constitución de 1979) por la de remuneración equitativa y suficiente (Constitución de 1993). En ambos casos, nos encontramos ante normas programáticas o de preceptividad aplazada pero que, como se ha apuntado, tienen un contenido ambiguo, genérico e impreciso y que se diferencia de la remuneración mínima vital: ¿qué es equitativo o suficiente?”.<sup>98</sup>

En la misma línea, Zavala Costa manifiesta lo siguiente:

“El artículo 24° de la nueva Constitución ha sustituido el concepto ‘remuneración justa’ (precisado en el art. 43° del texto de 1979) por el de ‘remuneración equitativa y suficiente’. (...) [C]onsideramos que la expresión ‘remuneración equitativa y suficiente’, más que reemplazar conceptos, consiste en una variación de términos y de enfoque. Haciendo una interpretación gramatical de los términos ‘equitativo’ y ‘suficiente’, podemos advertir que ésta no difiere del concepto de justicia. Lo ‘suficiente’ es aquello que supera la satisfacción de nuestras necesidades mínimas y lo ‘equitativo’ no es otra cosa que la aplicación de la justicia en el caso concreto. En este sentido, creemos que se ha dado un cambio en el enfoque del tema, pues hemos pasado de una visión general de la justicia a una visión particular de la misma, aunque subsiste lo incierto y vago de estos adjetivos calificativos”.<sup>99</sup>

Es probable que este modo de concebir la formulación constitucional del derecho a la remuneración haya motivado que la doctrina peruana se dedique más al análisis del tratamiento legal del salario. Frente a ello, nuestra intención es dotar de la mayor precisión posible al contenido constitucional del derecho a la remuneración. Por eso, procedemos a delimitar este contenido.

<sup>97</sup> Actualmente, el Decreto Supremo 11-2011-TR establece como remuneración mínima para los trabajadores del régimen de la actividad privada la suma de S/. 675. Sobre esta base se deben calcular otras remuneraciones mínimas aplicables a determinados grupos de trabajadores. Este es el caso de los trabajadores de la actividad minera, que perciben un 25% adicional (Decreto Supremo 30-89-TR); y de los periodistas profesionales colegiados, que perciben, como mínimo, 3 remuneraciones mínimas (Ley 25101). Desde luego, la percepción de estos montos está sujeta a ciertos requisitos.

<sup>98</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit., p. 35. El subrayado es nuestro.

<sup>99</sup> ZAVALA COSTA, Jaime. Remuneraciones y Jornada de Trabajo. En: Revista Asesoría Laboral, año IV, N° 37, 1994, p. 21. El subrayado es nuestro.

Empezaremos afirmando que por las características de “suficiencia” y “equidad” que el artículo 24 de la Constitución imprime al salario, es más didáctico referirse, por un lado, al “derecho a una remuneración suficiente” y, por el otro, al “derecho a una remuneración equitativa”. En esa línea, y si bien el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración es uno sólo, preferimos hablar en adelante del “contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente” y del “contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa”. De esta forma, el lector podrá entender mejor nuestras explicaciones.

### 1. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente

El artículo 24 de la Constitución dispone que la *suficiencia* de la remuneración tiene por finalidad procurarles al trabajador y a su familia el correspondiente bienestar material y espiritual. Sin duda, esta finalidad debe entenderse desde el principio-derecho de dignidad reconocido en el artículo 1 de la Constitución, norma que dispone que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.<sup>100</sup>

Entonces, el correspondiente bienestar material y espiritual al que aspira el derecho a una remuneración suficiente consiste en la existencia digna del trabajador y de su familia. Esto resulta conforme con las normas internacionales sobre la materia, que coinciden en afirmar que la remuneración del trabajador debe ser satisfactoria,<sup>101</sup> en el sentido de asegurar condiciones de existencia dignas para el trabajador y su familia<sup>102</sup> o, en otros términos, decorosa para ellos.<sup>103</sup> Siendo esto así, el derecho a una remuneración suficiente se define por su finalidad.

---

<sup>100</sup> La necesidad de una interpretación sistemática entre el primer párrafo del artículo 24 (que recoge el derecho a una remuneración suficiente) y el artículo 1 de la Constitución (que reconoce el principio-derecho de dignidad) deriva del hecho de que “[l]a dignidad humana (...) es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales” (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 50-2004-AI/TC, citado, f.j. 46). En ese sentido, “[e]l principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada” (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2945-2003-AA/TC, citada, f.j. 19). El subrayado es nuestro.

<sup>101</sup> Artículo 23, inciso 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>102</sup> Artículo 7, inciso “a”, numeral ii), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>103</sup> Artículo 7, inciso “a”, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El salario es uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. Entonces, no cabe duda que la finalidad del derecho a una remuneración suficiente tendrá como principal escenario de actuación la relación de trabajo. Si, como hemos afirmado, el derecho a una remuneración suficiente se define por su finalidad, su configuración debe empezar tomando a la relación laboral como marco de referencia.

Corresponde, por tanto, preguntarse de qué forma el empleador se encuentra vinculado al derecho a una remuneración suficiente. Dado que no está jurídicamente obligado a procurarles al trabajador y a su familia una existencia digna y decorosa, el empleador sólo estará comprometido con tal derecho a través del respeto de la remuneración pactada. Por lo tanto, podemos afirmar que un primer componente del contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente consiste en la protección del monto salarial acordado en el contrato de trabajo. A desarrollar este punto dedicaremos el siguiente acápite.

### 1.1 La tutela constitucional del salario pactado: descuentos y reducciones

Que el derecho a una remuneración suficiente garantice el monto remunerativo pactado significa analizar la constitucionalidad de los diferentes tipos de descuentos y reducciones de salarios.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, sobre la base del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución – el cual dispone que “[n]inguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” – ha desarrollado una línea jurisprudencial dirigida a la protección general de los derechos constitucionales laborales, entre estos, el derecho a la remuneración. En ese sentido, tiene afirmado lo siguiente:

“El artículo 22º de la Constitución establece que el trabajo es un deber y un derecho (...). Además, el tercer párrafo del artículo 23º precisa que ‘Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador’. Se impone, así, una cláusula de salvaguarda de los derechos del trabajador, en concordancia con el artículo 1º de la Constitución, que estatuye que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Con ello, además, se permite que el principio de igualdad surta efectos, justamente, en una relación asimétrica, como la que se produce entre una empresa y un trabajador”.<sup>104</sup>

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de enero de 2004 (f.j. 3). Recaída en el expediente 2906-2002-AA/TC. El subrayado es nuestro.

Este criterio general le ha servido al Tribunal Constitucional para proteger, aunque con ciertas falencias, el derecho a una remuneración suficiente en su aspecto de respeto al monto salarial pactado. Sin perjuicio de la utilidad de este criterio, nuestro análisis constitucional de los descuentos y reducciones salariales tendrá como principal parámetro el artículo 24 de la Constitución, pues es la norma que, específicamente, reconoce el derecho comprometido: el derecho a una remuneración suficiente.

### 1.1.1 Descuentos de remuneraciones

A propósito del *unilateral* descuento de salarios sufrido por un servidor público de una Municipalidad, en virtud de la recomendación del órgano de control interno respectivo, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el tema:

“El acto (...) está referido al descuento de su remuneración mensual, circunstancia que (...) debe analizarse a través del artículo 22° de la Constitución, que establece que el trabajo es un deber y un derecho. Bajo dicha premisa y teniendo presente lo establecido en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución (...) el Tribunal Constitucional ha señalado (...) que ‘Se impone, así, una cláusula de salvaguarda de los derechos del trabajador, en concordancia con el artículo 1° de la Constitución, que estatuye que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’. Como se observa, el criterio del Tribunal está orientado hacia la protección de los derechos del trabajador, incluida su remuneración, en tanto éstos se sustentan en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que constituyen los pilares básicos sobre los cuales se estructura la sociedad y el Estado. (...) La entidad municipal argumenta que el descuento de la remuneración del actor tiene como fundamento la recomendación realizada por la oficina de auditoría interna, respecto al hallazgo de irregularidades en el pago de las remuneraciones de determinados trabajadores; sin embargo, tales circunstancias y proceder (...) no enervan la naturaleza arbitraria de la medida impuesta, puesto que el artículo 46° de la Ley N.º 27209, de Gestión Presupuestaria del Estado [actualmente derogada], establece que ‘sólo puede afectar la planilla única de pago los descuentos establecidos por ley, por mandato judicial, por préstamos administrativos y otros conceptos aceptados por el servidor o cesante’, lo que guarda coherencia con el nivel de protección otorgado a las remuneraciones, dado su carácter alimentario, y evidencia la vulneración de los derechos constitucionales denunciados por el demandante (...)”.<sup>105</sup>

No obstante que el Tribunal Constitucional termina ordenando la devolución al trabajador de lo indebidamente descontado, repárese que la razón fundamental de ello reside en que el descuento efectuado contravenía una norma de rango legal (artículo 46 de la Ley 27209). No existe, en realidad, mayor análisis de *constitucionalidad* del acto lesivo, y menos desde el contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente (artículo 24 de la Constitución). Si bien el Tribunal afirma que aquella norma

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de enero de 2005 (ff.jj. 2, 3 y 4). Recaída en el expediente 3172-2004-AA/TC. El subrayado es nuestro.

legal “guarda coherencia con el nivel de protección otorgado a las remuneraciones, dado su carácter alimentario”, esto resulta insuficiente para sustentar la constitucionalidad o no de un descuento (sí lo será para decidir la *legalidad o ilegalidad* del mismo). Brilla por su ausencia, pues, el análisis de la validez del descuento desde el contenido constitucional del derecho comprometido. A la misma decisión hubiera llegado el referido colegiado sin necesidad de mencionar alguna norma constitucional.

Siendo esto así, consideramos pertinente en este momento definir cuándo un descuento de remuneraciones será constitucional. Tomando como punto de partida que el derecho a una remuneración suficiente supone la tutela del monto salarial pactado, sólo serán válidos i) los descuentos previstos en la ley, que tengan un sustento constitucional directo y que sean proporcionales; y ii) los descuentos aceptados por escrito por el trabajador que no impliquen una percepción inferior a la respectiva remuneración mínima legal. Rechazamos, en principio, cualquier descuento que opere por la sola voluntad del empleador.

En el primer caso, por la condición constitucional del derecho a una remuneración suficiente, se exige que los descuentos de salarios estén autorizados por ley (garantía formal de la validez del descuento) y tengan un fundamento constitucional. Además, por tratarse de un acto legislativo sobre un derecho fundamental, el descuento debe observar el principio de proporcionalidad, técnica de control por antonomasia que resulta útil, en nuestro caso, para la protección del contenido constitucional del derecho en mención.

Por ejemplo, serán constitucionales los descuentos proporcionales en materia de pensiones, pues se sustentan directamente en el derecho del trabajador a la seguridad social. Una interpretación sistemática entre los artículos 10, 11 y 24 de la Constitución obliga a entender que el bienestar material y espiritual del trabajador y de su familia, al que aspira el derecho a una remuneración suficiente, debe trascender la vida laboral del trabajador para asegurarle también una existencia digna durante los periodos de estado de necesidad (invalidez, jubilación, etc.). En ese sentido, no resulta inconstitucional que el legislador, ciertamente en una función tuitiva, determine la obligatoriedad de los descuentos salariales con fines previsionales. La propia finalidad del derecho a una remuneración suficiente valida esta afirmación.

En el segundo caso, la presencia de la voluntad del trabajador y el respeto al principio de irrenunciabilidad de derechos otorgan validez a los descuentos, al encontrarnos en el

campo de la libre autonomía de las partes. Claro está, será necesario que la aceptación del descuento sea por escrito, pues de otra forma no se podría conocer con certeza la existencia de tal voluntad.<sup>106</sup> Así, por ejemplo, será constitucional un descuento salarial aceptado por el trabajador para la compra de una maquinaria que necesita la empresa, para la implementación de un servicio médico interno e incluso para la organización de una fiesta por el aniversario de la compañía. Como se aprecia, no se requiere en estos casos que los conceptos por los que se descuenta ostenten un sustento constitucional directo.

Concretizado de esta forma el contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente, en cuanto a la protección del monto salarial pactado se refiere, podemos afirmar, a manera de ejemplo, que estamos de acuerdo con el artículo 46 de la Ley 27209 (aplicada por el Tribunal Constitucional para resolver el caso antes citado). Si bien esta ley fue derogada, el contenido del artículo 46 sigue vigente por estar recogido, sin mayor modificación en lo que respecta a los descuentos salariales de los servidores públicos, en la Tercera Disposición Transitoria de la Ley 28411.<sup>107</sup> Sin embargo, consideramos necesario que esta disposición sea leída teniendo en cuenta lo siguiente:

- i) Los descuentos establecidos por ley deben tener un sustento constitucional directo y ser proporcionales.
- ii) Los descuentos judiciales deben proceder únicamente en los casos permitidos por la ley. Esta habilitación legal responde a la necesidad de tutelar el derecho a una remuneración suficiente frente a la pura discrecionalidad del juez. Desde luego, esta ley también debe tener un sustento constitucional. Asimismo, el juez deberá atender a las circunstancias del caso concreto para decidir el monto específico a descontar.

---

<sup>106</sup> Si bien existe siempre la posibilidad de un vicio en la voluntad del trabajador motivada por lo asimétrico de la relación laboral, será necesario que el trabajador demuestre la presencia de tal vicio a través de la eventual impugnación judicial del descuento.

<sup>107</sup> La Ley 27209 fue derogada expresamente por la única disposición derogatoria de la Ley 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto). Cabe resaltar que el tratamiento que brinda esta norma a los descuentos de remuneraciones es similar al dispensado por la Ley 27209, si bien asume un carácter “temporal” por ser de cumplimiento sólo hasta la implementación de las normas que regulen el Sistema de Remuneraciones del Empleo Público. Concretamente, la Ley 28411 dispone en el inciso c) de su Tercera Disposición Transitoria lo siguiente: “**TERCERA.-** En la Administración Pública, en materia de gestión de personal, se tomará en cuenta lo siguiente: (...) c) La planilla única de pago sólo puede ser afectada por los descuentos establecidos por Ley, por mandato judicial, y otros conceptos aceptados por el servidor o cesante y con visación del Director General de Administración o del que haga sus veces”. La negrita es del autor.

- iii) Cualquier otro tipo de descuento (por ejemplo, aquellos por préstamos administrativos) debe contar con la aceptación escrita del servidor y no implicar la percepción de un monto inferior a la correspondiente remuneración mínima.

Sentada ya las bases del contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente, en relación con los descuentos de salarios, pasemos ahora a examinar la constitucionalidad de un tipo particular de descuento unilateral: la sanción pecuniaria.

### 1.1.2 Sanción pecuniaria

El derecho fundamental a la libertad de empresa garantiza que el empleador pueda realizar su actividad económica de acuerdo con sus intereses. Por esto, no cabe duda que se le debe reconocer un poder de dirección sobre los trabajadores que contrata para realizar dicha actividad. Tal como afirma Blancas Bustamante:

“[E]s innegable que, en un régimen que de forma explícita reconoce la libertad de empresa, así como el derecho de propiedad y, en general, la iniciativa privada y la economía de mercado, el empleador, en tanto que titular o propietario de la empresa, debe gozar de las facultades necesarias para organizarla, dirigirla y administrarla de acuerdo con sus intereses y objetivos, lo que incluye, necesariamente, la organización y dirección del trabajo. El empleador, al ejercer el poder de dirección, actúa, por consiguiente, como titular del referido derecho fundamental a la libertad de empresa, siendo éste el que inviste de legitimidad *prima facie* a dicho poder”.<sup>108</sup>

Como se sabe, el poder de dirección le otorga al empleador una facultad sancionadora respecto de las faltas laborales cometidas por el trabajador.<sup>109</sup> Entonces, resulta válido afirmar que la potestad sancionadora del empleador tiene sustento constitucional en el derecho fundamental a la libertad de empresa. Sin embargo, ¿esto significa que resulta constitucional el descuento de remuneraciones por concepto de sanción laboral? Al igual que el derecho a la remuneración, el derecho a la libertad de empresa también tiene un determinado contenido constitucional. Entonces, para responder esta pregunta, será necesario, por lo menos, delimitar los alcances de este derecho en materia sancionadora.

<sup>108</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 105. La cursiva es del autor.

<sup>109</sup> Conforme al artículo 9 de la LPCL, el empleador del régimen de la actividad privada ostenta, como parte de su poder de dirección, la facultad de “sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”. Lo mismo ocurre en el régimen laboral de la actividad pública, donde el Estado, en tanto empleador, ostenta igualmente una potestad sancionadora sobre sus trabajadores.

Sin duda, para estos efectos, resulta necesario entender el derecho a la libertad de empresa desde el principio constitucional de legalidad de las sanciones. Al respecto, cabe resaltar que si bien la Constitución ha formulado tal principio a propósito de las sanciones penales (artículo 2.24.d), resulta obvio que el alcance del principio de legalidad debe trascender hacia otros tipos de sanciones, como las administrativas y laborales, pues es una directriz general básica del Derecho punitivo. Sobre el particular, a propósito del Derecho Penal y del Derecho Administrativo, pero aplicable mutatis mutandi al Derecho Laboral, el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente:

“[E]l principio de legalidad consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, este principio no sólo exige que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose la aplicación por analogía y el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. (...) [L]os principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, aplicables tanto a nivel penal como administrativo. (...) [E]l principio de legalidad (...) se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley (...)”.<sup>110</sup>

De una forma más concreta, y nuevamente en relación con las sanciones penales y administrativas, pero aplicable también a las sanciones laborales, el Tribunal Constitucional ha precisado que “el principio de legalidad (...) exige que una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, cumpla con tres requisitos: (i) la existencia de una ley; (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado; y (iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado”.<sup>111</sup>

Por lo tanto, en materia sancionadora, se entenderá que el empleador ejerce su derecho a la libertad de empresa sólo si impone al trabajador una sanción prevista por la ley. En otras palabras, el contenido constitucional de este derecho sólo tutela una potestad sancionadora *reglada*.

Siendo esto así, podemos afirmar que en el régimen laboral general de la actividad privada resulta inconstitucional que el empleador sancione al trabajador con descuentos

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de agosto de 2008 (ff.jj. 10 y 11). Recaída en el expediente 6301-2006-PA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 5 de febrero de 2009 (f.j. 30). Recaída en el expediente 535-2009-PA/TC.

de salarios, pues la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no contempla este tipo de sanción,<sup>112</sup> siendo insuficiente su regulación a través de una norma privada. Distinto es el caso en el ordenamiento laboral público. Si bien el Decreto Legislativo 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público) y la Ley 28175 (Ley Marco del Empleo Público) no prevén esta sanción, existen normas sectoriales de jerarquía legal que sí lo hacen.<sup>113</sup> Por lo tanto, en estos últimos casos, el Estado, como empleador, se encuentra facultado a sancionar “remunerativamente” al trabajador.<sup>114</sup>

Subsiste la duda sobre si estas sanciones pecuniarias, conformes al derecho a la libertad de empresa y al principio de legalidad, vulneran el derecho del trabajador a una remuneración suficiente.

Respondamos esta interrogante con el siguiente ejemplo: un trabajador comete una falta grave regulada en el artículo 25 de la LPCL y, por dicho motivo, se le aplica la sanción disciplinaria de despido. ¿Esta sanción vulnera acaso el derecho al trabajo del empleado? Obviamente que no, pues, como el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de analizar en la célebre Sentencia Telefónica – si bien desde la perspectiva del contenido esencial – el contenido constitucional del derecho al trabajo no garantiza la permanencia absoluta del trabajador en la empresa, siendo posible que se le despidan si incurre en alguna de las causas previstas por la ley.

---

<sup>112</sup> Es cierto que esta norma prevé en su artículo 90 una específica responsabilidad económica del trabajador a domicilio por la pérdida o deterioro negligente de los bienes entregados por el empleador para realizar la labor. Sin embargo, el descuento que se autoriza es por concepto de reembolso y no a título de sanción. Concretamente, el segundo párrafo del artículo 90 de la LPCL dispone que “[e]l empleador sólo podrá deducir hasta un veinticinco (25) por ciento mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, en caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes a que se refiere el inciso g) del artículo 93 de esta Ley [materiales, herramientas, maquinarias o útiles entregados por el empleador para el cumplimiento de la labor], hasta cumplir el pago del valor respectivo”.

<sup>113</sup> Por ejemplo, la Ley 29277 (Ley de la Carrera Judicial), luego de declarar en su artículo 49 que “[l]as sanciones [a los jueces] (...) [d]eben estar previstas legalmente y ser impuestas previo procedimiento disciplinario (...)”, recoge expresamente en el artículo 50 (inciso 2) la sanción laboral de multa. Según el artículo 53 de la citada ley, esta medida disciplinaria “consiste en el pago por una sanción impuesta [en estricto, es el pago por la falta cometida]. El límite de la sanción de multa será el diez por ciento (10%) de la remuneración total mensual del juez”. De la misma forma, el Decreto Legislativo 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público) dispone en su artículo 52 que “[l]as únicas sanciones disciplinarias que pueden imponerse [a los fiscales] son: a.- Amonestación; b.- Multa; c.- Suspensión; y d.- Destitución”. Y en el artículo 56 de la citada norma se detalla que “[l]a multa no podrá ser mayor de 25% del haber básico mensual ni menor del 5%”.

<sup>114</sup> Adicionalmente, el Estado estará obligado a observar la proporcionalidad de la sanción impuesta en relación con la falta cometida y con los fines disciplinarios que persigue aquella.

Pues bien, lo mismo sucede con el derecho a una remuneración suficiente. Este derecho no alcanza a garantizar la integridad del salario cuando resulta *aplicable* la imposición de una sanción pecuniaria. Afirmar lo contrario significaría proscribir absolutamente estos tipos de descuentos con el consiguiente riesgo de que el empleador utilice, ante la ausencia de una sanción proporcional a la falta cometida (como podría ser este descuento salarial), una sanción más grave en el caso concreto (despido), o una muy débil que no cumpla su finalidad de control disciplinario (amonestación) e incluso alguna otra sanción que termine perjudicando al propio empleador (como podría ser la suspensión de un trabajador importante para la empresa).

Siendo esto así, en materia sancionadora, el derecho a una remuneración suficiente no puede entenderse al margen del derecho a la libertad de empresa y el principio constitucional de legalidad; o, en otras palabras, aquel derecho resulta delimitado por estos otros dos bienes jurídicos constitucionales. Por ello, el descuento de remuneraciones a título de sanción, tal como lo hemos configurado, no vulnera el derecho del trabajador a una remuneración suficiente.

Finalmente, si el contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente, en su aspecto de respeto al monto salarial pactado, protege al trabajador contra determinados descuentos salariales (ya analizados), con mayor razón debería tutelarlos frente a reducciones de remuneraciones. Desarrollaremos este punto en el siguiente acápite.

### 1.1.3 Reducción de remuneraciones

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral precisa en su artículo 30.b que “[s]on actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: (...) [I]a reducción inmotivada de la remuneración (...)”. Reglamentando esta norma, el Decreto Supremo 001-96-TR señala en su artículo 49 que esta reducción “es aquella dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal (...)”.

Entonces, a primera vista, podría entenderse que la disminución unilateral del salario es válida siempre que se encuentre motivada, pues una reducción de este tipo es descartada por la ley como un acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, un razonamiento así de simplista prescinde de los alcances del derecho constitucional a una remuneración suficiente y, por tanto, no puede ser asumido sin más. Entonces, resulta

necesario interpretar el artículo 30.b de la LPCL y el artículo 49 del Decreto Supremo 001-96-TR conforme al primer párrafo del artículo 24 de la Constitución y, de esta forma, conferirles su verdadero sentido.

Al respecto, conviene indicar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en contra de la reducción unilateral del salario, ciertamente sin ingresar a analizar la justificación de dicho acto. Nuevamente desde el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución (y no desde el artículo 24), el Tribunal amparó la demanda de un trabajador que había sufrido la disminución de su salario luego de ser repuesto a través de un proceso de amparo anterior:

“[D]e las boletas de pago de julio y agosto del año 2003, obrantes a fojas 4 y 5, se aprecia que la demandada, luego de haber repuesto al actor en su centro de trabajo en cumplimiento del referido mandato judicial y restituirle la calidad de servidor contratado, en el concepto denominado ‘del empleado contratado’, redujo el monto que percibía con anterioridad a su despido, lo que (...) no puede ni debe ser tolerado en nuestro ordenamiento jurídico, pues contraviene el artículo 23º de la Constitución (...)”.<sup>115</sup>

Por lo que el Tribunal Constitucional resolvió “[o]rdenar que la demandada cumpla con abonar al actor la diferencia existente entre la remuneración que percibía hasta antes de ser despedido y la que venía percibiendo después de ser repuesto, la cual se debe abonar desde la fecha en que fue repuesto hasta cuando se le impuso la sanción de destitución”.<sup>116</sup>

Estamos de acuerdo con la línea del Tribunal Constitucional, pues el derecho a una remuneración suficiente debería tutelar al trabajador contra toda reducción unilateral del salario. En este sentido, una interpretación del artículo 30.b de la LPCL y del artículo 49

---

<sup>115</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22 de junio de 2005 (f.j. 5).Recaída en el expediente 3428-2004-AA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>116</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3428-2004-AA/TC, citada, punto 2 de su parte resolutive. Cabe resaltar que, con anterioridad, en criterio que no compartimos, el Tribunal había manifestado, si bien de forma aislada, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración no alcanza a proscribir las reducciones unilaterales. Así, en el contexto de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional y de su aplicación a los procesos de amparo en trámite a dicha fecha, el referido colegiado procedió a analizar el fondo de una demanda sobre reducción de salarios descartando que lo haga porque ésta cumple con el requisito de versar sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración (artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional), sino porque el derecho a la tutela jurisdiccional exige, según cada caso, una aplicación ultraactiva de la norma con la que se inició el proceso, a fin de que la demanda no sea declarada improcedente en virtud de aquella causal: “La aplicación del inciso 1 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional [que exige que los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado] supondría imponer requisitos de procedibilidad a la demanda [sobre reducción de salarios] que afectarían el derecho a la tutela jurisdiccional del accionante, razón por la cual en el presente caso será de aplicación la Ley N° 23506 y sus leyes complementarias (...)”. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de enero de 2005 (f.j.1). Recaída en el expediente 3156-2004-AA/TC.

del Decreto Supremo 001-96-TR, conforme al primer párrafo del artículo 24 de la Constitución, debe conducir a afirmar lo siguiente:

- i) La existencia de una causa objetiva en la disminución del salario no constituye un acto de hostilidad equiparable al despido, pero seguirá siendo un incumplimiento del monto pactado en el contrato y, por tanto, un acto inconstitucional susceptible de ser impugnado en la vía judicial; y
- ii) Similar situación de inconstitucionalidad ocurrirá incluso si la reducción unilateral obedece a una concreta causa prevista por la ley (causa legal), a menos que ésta consista en el fundado riesgo de continuidad de la actividad empresarial. Exigimos la presencia de esta circunstancia porque, a la luz de lo expuesto, el derecho a una remuneración suficiente exige que se respete el salario pactado y, por tanto, toda autorización legal para reducir salarios unilateralmente debe responder a una situación verdaderamente excepcional.<sup>117</sup>

No obstante, incluso en la situación de crisis descrita, ¿acaso una reducción de salarios no vulneraría el derecho del trabajador a una remuneración suficiente en su aspecto de protección del monto salarial pactado? El derecho a la remuneración posee un contenido constitucional coherente. Mientras el trabajador se encuentre laborando, el derecho a la remuneración debe afirmarse en el sentido de garantizar la permanencia del trabajador en la empresa, pues justamente de esta permanencia depende la generación del derecho.

Consecuentemente, en una situación de crisis como la expuesta, donde la reducción de salarios es una de las medidas necesarias para superarla, el derecho a la remuneración no alcanza a tutelar la pretensión del trabajador de recibir el íntegro de su salario. Afirmar lo contrario significaría debilitar la continuidad del trabajador en la

---

<sup>117</sup> Sobre el tema de la reducción unilateral de remuneraciones, vale tener presente lo expuesto por Toyama Miyagusuku: “[C]onforme al literal b) del artículo 30 de la LPCL, son actos de hostilidad la[s] reducción[es] inmotivada[s] de la remuneración. Al respecto, el artículo 49 del Reglamento de la LFE prevé que la reducción inmotivada supone una falta de causa objetiva o legal. De lo dicho, cuando exista una causal objetiva y se reduzca la remuneración por iniciativa del empleador, no estaremos ante un acto de hostilidad (que otorga al trabajador la posibilidad de resolver el contrato de manera indemnizada) pero sí ante un incumplimiento injustificado de obligaciones laborales que importa la posibilidad del trabajador de cuestionar el resultado de la rebaja salarial. Ante lo expresado, solamente cuando las normas legales lo permiten [causa legal], es posible que exista una retención o rebaja [unilateral] de la remuneración y beneficios sociales del trabajador”. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op.cit., p. 362. Compartimos con el autor la posibilidad de una causa legal que justifique la reducción salarial. Sin embargo, es necesario enfatizar que la ley que permita esta reducción debe tener como *ratio legis* la superación de un grave problema económico que pone en verdadero riesgo la continuidad de la empresa.

empresa, pues, en el marco de la crisis económica señalada, una posición como la que descartamos (protección del íntegro del salario) posibilitaría la extinción de la propia fuente de trabajo (empresa). Es más, esto produciría la desaparición del derecho porque extinguida la empresa no existe posibilidad de que se generen salarios. Por lo tanto, dada la circunstancia concreta de una fundada crisis económica, la reducción unilateral de salarios no vulnera el derecho del trabajador a una remuneración suficiente. La propia exigencia de no contradicción dentro de su contenido constitucional así lo determina.

Ya establecido que la reducción salarial no vulnera el derecho a una remuneración suficiente, la ley que la autorice debe observar el principio de proporcionalidad. En primer lugar, por el sub-principio de idoneidad, la ley respectiva debe prever que la medida de reducción salarial sólo sea aplicable en complementariedad con otras medidas del empleador, pues difícilmente esta disminución será, por sí sola, adecuada para la superación de la crisis (fin perseguido). En segundo lugar, en virtud del sub-principio de necesidad, esta ley debe exigir que el empleador demuestre ante la autoridad competente que no existe otra medida menos gravosa que la reducción de remuneraciones para, en complementariedad con las demás, lograr la recuperación de la empresa. Por último, la regulación que se dicte debe ser tal que, como mínimo, establezca una equivalencia entre daños y beneficios (proporcionalidad en sentido estricto). En esa línea, la ley tendría que establecer toques máximos a las reducciones, periodos máximos de duración de éstas, etc. Siendo esto así, los beneficios serían mayores que el perjuicio patrimonial del trabajador, pues se garantizaría la subsistencia de su fuente de trabajo (la empresa).<sup>118</sup>

Asimismo, la ley debe prever un organismo del Estado a quien el empleador informe detalladamente, de manera previa a la ejecución de la reducción, el cumplimiento de los requisitos respectivos. Corresponderá a este organismo (Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, en nuestra opinión) verificar ex post el cumplimiento de la ley por el empleador.

Finalmente, consideramos que siempre es mejor que la crisis económica se resuelva con medidas acordadas entre empleador y trabajadores, cuando aquellas incidan en los

---

<sup>118</sup> Configuramos, entonces, al principio de proporcionalidad no como un parámetro de constitucionalidad de las restricciones legislativas sobre los derechos fundamentales, pues éstas no resultan posibles (salvo que la propia Constitución así lo prevea), sino como una herramienta *complementaria* en la delimitación del contenido constitucional de los derechos, de forma que coadyuve a determinar el alcance *razonable* de estos en los casos concretos. Al respecto, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Constitucionalidad abstracta e injusticia concreta. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 15, N° 133, 2009, pp. 51-57.

intereses de estos. Por tanto, la ley que sugerimos debería exigir un periodo previo de negociación.

En definitiva, estamos proponiendo al legislador un modo de regulación de las denominadas *modificaciones sustanciales* de las condiciones de trabajo (en materia salarial). Una ley con las características referidas no existe y, por tanto, estimamos que, mientras permanezca esta omisión legislativa, son inconstitucionales las reducciones unilaterales de salario, por más que alguna ley, formulada sin seguir los criterios indicados, lo permita. Repárese, no nos consideramos dueños de ninguna verdad, pero una norma legal que faculte sin más un recorte salarial no puede ser constitucional.<sup>119</sup>

Analizada en extenso la constitucionalidad de la reducción unilateral de salarios, pasemos a evaluar, ya al margen de un contexto de crisis económica, la validez de los acuerdos de disminución salarial.

Al respecto, opinamos que tales acuerdos resultan constitucionales porque responden a la libertad contractual de las partes (artículo 62 de la Constitución). En virtud de ésta, el empleador y el trabajador poseen siempre la facultad de modificar el contenido del contrato de trabajo, incluidas las cláusulas sobre remuneración. Sin embargo, por el principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 26.2 de la Constitución), el pacto de reducción debe respetar el monto salarial indisponible para el trabajador consistente en la respectiva remuneración mínima prevista por la ley.

A nivel infraconstitucional, no existe alguna norma que regule expresamente este tipo de reducción salarial. Sin embargo, puede afirmarse que la Ley 9463 autoriza tácitamente la reducción por acuerdo cuando afirma que ésta no puede significar un perjuicio en el cálculo de determinados derechos que le corresponden al trabajador por servicios prestados antes de la disminución. Específicamente, el artículo único de aquella ley dispone lo siguiente:

“La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que le acuerdan las leyes N° 4916, 6871 y 8439, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las

<sup>119</sup> En lo que respecta a la gestión de las empresas en contexto de crisis, el recurrir a mecanismos de solución que busquen la permanencia de todos los trabajadores en la empresa es una mejor opción que iniciar un proceso de despido colectivo por causas económicas (artículos 46.b y 48 de la LPCL). En otras palabras, una adecuada regulación legal de las modificaciones sustanciales salariales podría evitar despidos masivos. Por ello, es urgente que se legisle sobre el tema.

remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas. En el caso de servidores a comisión, se les computarán las indemnizaciones tomándose el promedio que arroje el periodo de tiempo comprendido entre los cuarentiocho meses anteriores a la reducción”.

Nuevamente sobre una base legal, como la referida ley, el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la reducción bilateral de salarios:

“Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, *contrario sensu*, por el artículo 30°, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y el artículo 49° de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido”.<sup>120</sup>

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la República se pronunció en el mismo sentido y, con carácter de precedente de observancia obligatoria, precisó que el acuerdo de reducción de salarios debe ser *expreso* (aspecto que la Ley 9463 no especificaba), pues de lo contrario esta disminución constituiría una reducción *unilateral e inmotivada* de remuneraciones:

“**Noveno.-** (...) el artículo único [de] la Ley nueve mil cuatrocientos sesentitrés establece taxativamente que la reducción remunerativa aceptada por un servidor no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados; por lo que, realizando la interpretación de este dispositivo legal corresponde precisar que si bien es cierto que dicha ley reconoce la posibilidad de la reducción de remuneraciones, también es cierto que tal reducción solamente será válida en la medida que exista un acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador en ese sentido; pues, de lo contrario, la reducción constituiría una rebaja inmotivada de la remuneración que se encuentra prohibida por la ley y considerada como un acto hostilizadorio por el artículo treinta inciso b) del Decreto Supremo número cero cero tres-noventisiete-TR (...)”.<sup>121</sup>

En nuestra opinión, la exigencia consistente en que el acuerdo de reducción de salarios sea expreso significa que debe constar por escrito. Por lo demás, esta es una de las formas más usuales y prácticas para dejar constancia de la voluntad común de las partes.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de mayo de 2004 (f.j. 3). Recaída en el expediente 009-2004-AA/TC. La cursiva es del autor.

<sup>121</sup> Casación 2224-2005 LIMA. Publicada el 5 de enero de 2007 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp.18475-18476. La negrita es del autor.

<sup>122</sup> Cabe resaltar que, con posterioridad a la sentencia citada, la Corte Suprema ha expresado que i) la Ley 9463 ha sido derogada tácitamente por la Constitución Política de 1979, al prever ésta una protección adecuada de los derechos laborales; y ii) que no cabe un pacto de reducción de remuneraciones por ser el derecho a la remuneración uno de tipo irrenunciable. Al respecto, véanse la siguientes dos sentencias:

Por lo expuesto, concluimos que el contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente, en su aspecto de respeto al monto salarial pactado, tutela i) contra todo tipo de reducción unilateral, excepto cuando ésta se justifique en una crisis económica que ponga en peligro la continuidad de la empresa y siempre que exista una ley que regule esta modificación sustancial del contrato de trabajo; y ii) contra las reducciones acordadas entre el trabajador y el empleador que signifiquen la percepción de un monto inferior a la correspondiente remuneración mínima.

Terminamos así el análisis del derecho a una remuneración suficiente en tanto protección del monto salarial pactado. Ahora, es preciso notar que, de forma independiente, el artículo 24 de la Constitución reconoce el derecho a una remuneración mínima. ¿Será éste también un componente del contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente? Abordaremos esta cuestión en el siguiente punto.

## 1.2 El derecho a una remuneración mínima como expresión del mandato de suficiencia del salario

El tercer párrafo del artículo 24 de la Constitución debe entenderse desde el primer párrafo del referido artículo. Como la remuneración debe ser *suficiente*, la determinación de su monto no puede depender completamente ni de la libre voluntad de las partes (pues la negociación del salario nunca es simétrica, en perjuicio del trabajador) ni de lo que dicta el mercado (ya que puede suceder que el juego de una mayor oferta de servicios y una menor demanda de estos determine el descenso de los salarios a niveles que frustren la finalidad que persiguen). Resulta necesario, entonces, el establecimiento de niveles mínimos de salarios por el Estado, de forma que el bienestar espiritual y material del trabajador y su familia no quede en letra muerta.

---

Casación 1781-2005-LIMA, de fecha 21 de marzo de 2007 (en: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 14, N° 118, 2008, pp. 299-301); y Casación 3298-20 09 CALLAO, de fecha 7 de julio de 2010 (en: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 16, N° 152, 2011, pp. 231-233) .

Sin duda, ninguna de las dos consideraciones expuestas por estas sentencias tiene asidero. La primera, porque nada en la Constitución Política de 1979 (específicamente, el Capítulo V de su Título I, dedicado a los derechos laborales, entre ellos, el derecho a la remuneración) prohíbe la reducción pactada de remuneraciones; siendo la “adecuada” protección constitucional brindada a los derechos laborales un argumento gaseoso y, en todo caso, insuficiente para sostener aquella prohibición y, por tanto, para afirmar la derogación de la Ley 9463. La segunda porque, aparte de las normas que fijan las respectivas remuneraciones mínimas, no existe alguna norma *imperativa* en nuestro ordenamiento jurídico general de la cual se deduzca que el monto de la remuneración resulta *indisponible*. Por lo tanto, discrepamos de esta nueva posición de la Corte Suprema. El salario pactado en el contrato sí puede ser válidamente reducido a través de un posterior acuerdo entre las partes.

Por lo tanto, al disponer que “[l]as remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”, nuestra Constitución está delimitando el derecho a una remuneración suficiente a través de la especificación de uno de sus componentes: el derecho a un salario mínimo.

A diferencia de lo que sucede con el respeto del monto salarial pactado, el establecimiento de remuneraciones mínimas es una obligación que vincula directamente al Estado (como poder público). A través de la regulación de tales remuneraciones, el Estado *concretiza* el derecho a una remuneración suficiente (aunque no todo el derecho). Esta concretización no sólo ha consistido en la determinación del monto respectivo – el cual se incrementa progresivamente – sino también en el establecimiento de determinados requisitos para la percepción de las remuneraciones mínimas. Como la lógica nos dicta que todo trabajador debería gozar de un salario mínimo, prescindiremos de describir la evolución de las remuneraciones mínimas y nos dedicaremos a evaluar la constitucionalidad de tales requisitos, centrándonos, por la amplitud de su alcance, en aquellos previstos para el goce de la remuneración mínima *general* aplicable a los trabajadores de la actividad privada.<sup>123</sup>

#### 1.2.1 Trabajadores remunerados en función del tiempo de trabajo: el requisito de las 4 horas diarias

Actualmente, se exige que el trabajador labore 4 horas diarias o más para percibir el íntegro del salario mínimo. Esto se desprende de una interpretación *a contrario* del primer párrafo del artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 091-92-TR:

“Cuando por la naturaleza del trabajo o convenio, el servidor labore menos de cuatro (4) horas diarias, percibirá el equivalente de la parte proporcional de la Remuneración Mínima Vital establecida tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada ordinaria del centro de trabajo donde presta servicios”.<sup>124</sup>

<sup>123</sup> Por cuestiones prácticas, en este acápite utilizaremos el término “remuneración mínima” o “salario mínimo” para referirnos a la remuneración mínima general que corresponde a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada. Cabe resaltar que el Decreto Supremo 11-2011-TR ha establecido en S/. 675 el monto de esta remuneración.

<sup>124</sup> Este requisito es de antigua data. Con anterioridad, el Decreto Supremo 016 (Reglamento del Decreto Ley 14192), de fecha 31 de octubre de 1962, había establecido en el segundo párrafo de su artículo 3 que “[c]uando por la naturaleza del trabajo o por convenio, el servidor labore menos de cuatro horas diarias, no podrá percibir sueldo o salario inferior al equivalente de la parte proporcional del mínimo establecido, tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada diaria normal de trabajo”.

En lo que se refiere al derecho a la remuneración mínima, el Perú ha ratificado dos Convenios Internacionales de Trabajo: el Convenio OIT N°26 y el Convenio OIT N°99.<sup>125</sup> No obstante versar ambos sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos – el primero, en las industrias de transformación y el comercio; el segundo, en la agricultura – ninguno de ellos prevé expresamente el número de horas trabajadas como un criterio a tener en cuenta para el goce del derecho a la remuneración mínima. Sin embargo, esto no es de extrañarse, pues la técnica legislativa seguida en ambas normas consiste en otorgarle libertad al Estado para que, en coordinación con las organizaciones empresariales y sindicales interesadas, determine tanto los métodos de fijación del salario mínimo como los criterios a tener en cuenta para el cálculo respectivo.

Al respecto, son las Recomendaciones de la OIT correspondientes a estos convenios los que detallan una relación de métodos de fijación y criterios de cálculo de los salarios mínimos. La Recomendación N°30, relacionada al Convenio OIT N°26, menciona a título de ejemplo, en su sección A.II.1, tres métodos para la fijación de las remuneraciones mínimas:

“Cualquiera que sea la forma que revistan los métodos para la fijación de los salarios mínimos (por ejemplo, comités de fábrica para cada industria separada, comités de fábrica para grupos de industrias, tribunales de arbitraje obligatorio), debería efectuarse una investigación de las condiciones de la industria o parte de la industria de que se trate, y una serie de consultas a las partes más especialmente interesadas, es decir, los empleadores y trabajadores de esta industria o parte de industria, cuyas opiniones deberían ser solicitadas en todas las cuestiones relativas a la fijación de los salarios mínimos, y respetadas de la manera más amplia y equitativa”.

Igualmente, en su sección A.III, la referida directriz prevé los siguientes criterios para el cálculo de los salarios mínimos:

“Al determinar las tasas mínimas de salarios que deban fijarse, los organismos encargados de la fijación de salarios deberían tener siempre en cuenta la necesidad de garantizar a los trabajadores un nivel de vida adecuado. A estos efectos convendría, primeramente, inspirarse en las tasas de los salarios pagados por trabajos similares en las industrias en las cuales los trabajadores se hallen suficientemente organizados y hayan celebrado contratos colectivos eficaces, y, de no encontrarse este término de comparación, deberían inspirarse en el nivel general de salarios que prevalezca en el país o en la localidad de que se trate”.

<sup>125</sup> Aprobados por el Congreso de la República mediante Resoluciones Legislativas N° 14033 y 13284, de fechas 22 de febrero de 1962 y 9 de diciembre de 1959, respectivamente.

Por su parte, la Recomendación N° 89 (correspondiente al Convenio OIT N° 99) detalla los criterios sugeridos por la OIT para el cálculo de los salarios mínimos en la agricultura. En ese sentido, en su sección I establece lo siguiente:

“1. Para determinar las tasas mínimas de salarios que deberían fijarse es conveniente que los organismos de fijación de salarios tengan en cuenta, en todos los casos, la necesidad de garantizar a los trabajadores interesados un nivel de vida adecuado. 2. Deberían tomarse en consideración, para la fijación de las tasas mínimas de salarios, los factores siguientes: el costo de vida, el valor razonable y equitativo de los servicios prestados, los salarios pagados por trabajos similares o comparables, en virtud de los contratos colectivos en la agricultura, y el nivel general de salarios, por trabajos de calidad comparable, en otras ocupaciones de la región donde los trabajadores estén suficientemente organizados”.

Se puede apreciar que, a la hora de establecer los criterios para el cálculo de la remuneración mínima, ambas Recomendaciones inciden, ya sea directa o indirectamente, en el valor de la prestación. Por eso, utilizan criterios como los salarios pagados por trabajos similares o comparables, o el valor razonable y equitativo de los servicios prestados. Sin perjuicio de la finalidad social del establecimiento de un salario mínimo, esto es, garantizar al trabajador y a su familia la satisfacción mínima de sus necesidades básicas,<sup>126</sup> resulta razonable el establecimiento de tales criterios al ser el salario mínimo, desde luego, un concepto contraprestativo.

En esa línea, resulta constitucional que el Estado, en ejercicio de su libertad de regulación que le reconocen los Convenios OIT N° 26 y 99, establezca requisitos relacionados con la prestación laboral para la percepción de la remuneración mínima. Uno de estos sería el valor de la prestación, que no sólo funcionaría como elemento para determinar el salario mínimo, sino también como parámetro de identificación de las prestaciones que pueden beneficiarse con él.

Siendo esto así, resulta posible admitir prestaciones de trabajo excluidas del beneficio de un salario mínimo, por resultar de un valor inferior a éste. Teniendo como premisa lógica que el pago de una remuneración mínima corresponde a prestaciones básicas,

<sup>126</sup> No obstante no haber ratificado el Estado Peruano el Convenio OIT N° 131 (relativo a la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo), cabe tener en cuenta lo dispuesto en la Recomendación OIT N° 135, correspondiente a este Convenio, en lo que respecta al objetivo del establecimiento de los salarios mínimos. Específicamente, en la sección I de esta Recomendación se menciona lo siguiente: “1. La fijación de salarios mínimos debería constituir un elemento de toda política establecida para eliminar la pobreza y para asegurar la satisfacción de las necesidades de todos los trabajadores y de sus familias. 2. El objetivo fundamental de la fijación de salarios mínimos debería ser proporcionar a los asalariados la necesaria protección social respecto de los niveles mínimos permisibles de salarios”.

simples o no complejas, la percepción de un salario por debajo del mínimo sólo puede basarse en condiciones particulares de aquellas prestaciones. Sin duda, una de estas condiciones es el tiempo de trabajo. Así como resulta irrazonable que una norma exija al trabajador el cumplimiento de la jornada máxima legal para la percepción de un salario mínimo,<sup>127</sup> también es desproporcionado que se obligue al empleador a pagar como mínimo esta remuneración en aquellas prestaciones de corta duración en el día.

Por ello, una exigencia intermedia aparece como válida. En ese sentido, considero constitucional y arreglada a la normativa internacional que la Resolución Ministerial 091-92-TR exija laborar la mitad de la máxima jornada diaria (4 horas) para percibir la remuneración mínima.<sup>128</sup>

Finalmente, cabe resaltar que el requisito en mención es *legítimo* por seguir la línea de lo acordado por los sectores “trabajador” y “empleador” en el seno del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE). Así, con ocasión de la elaboración del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (periodo 2002-2005), el referido Consejo aprobó por consenso la siguiente norma sobre remuneraciones mínimas:

“Artículo 200° Definición

Remuneración mínima es la cantidad menor fijada con arreglo a ley a que tiene derecho todo trabajador que labora una jornada ordinaria de trabajo completa. Se entiende por tal la que se cumple usualmente en la empresa o centro de trabajo.

En caso de jornada inferior o de trabajo por horas, la remuneración mínima se abona en forma directamente proporcional al tiempo efectivo trabajado.

<sup>127</sup> Por eso, no estamos de acuerdo con el Decreto Ley 14222 (norma que si bien data de 1962, se encuentra vigente en parte) cuando en su artículo 1 dispone que “(...) [n]o se podrá pagar suma menor que el salario mínimo vital que se establezca conforme a esta ley, por el trabajo efectivamente realizado en la jornada máxima legal o contractual por un trabajador no calificado (...)”; toda vez que, contrario sensu, permite pagar por debajo del mínimo en caso se labore menos de la jornada máxima legal. Debemos reparar que el derecho a una remuneración mínima es un derecho fundamental y, como tal, tiene que ser optimizado de la manera más amplia posible. Sin duda, esto no se logra condicionando desde una norma la percepción del salario mínimo al cumplimiento de la jornada máxima permitida por ley.

<sup>128</sup> Por lo demás, el establecimiento de una remuneración mínima, si bien debe aspirar a asegurarles al trabajador y su familia un nivel de vida digno, no puede desconocer las capacidades económicas reales de las empresas comprometidas ni el valor de mercado de las prestaciones respectivas. En sintonía con lo expuesto, hoy en día se hace hincapié en un criterio de determinación, especialmente aplicable a los países en vías de desarrollo, que en los Convenios OIT N° 26 y 99 (y en sus respectivas recomendaciones) se encontraba ausente, como es el de los factores económicos. En efecto, el Convenio OIT 131, con carácter de recomendación para el Estado peruano por no haberlo ratificado, menciona expresamente en su artículo 3 lo siguiente: “Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales, los siguientes: (...) b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo”.

Cuando la remuneración es variable, debe garantizarse una cuantía no inferior a la remuneración mínima, en una jornada ordinaria de trabajo”.<sup>129</sup>

Es más, en lo que aquí interesa, la Resolución Ministerial 091-92-TR resulta ser menos flexible y más protectora que lo consensuado en el CNTPE, pues sólo permite el pago proporcional de la remuneración mínima en caso la jornada del trabajador respectivo sea inferior a cuatro horas diarias, a diferencia del artículo 200 citado, en el que bastaría que el trabajador labore menos de la jornada ordinaria de la empresa para que el empleador se encuentre autorizado a pagarle por debajo del salario mínimo.

Por todo lo expuesto, considero que el requisito en estudio resulta constitucional. Corresponde ahora analizar la regulación particular prevista por la Resolución Ministerial 091-92-TR respecto al derecho a la remuneración mínima de los trabajadores comisionistas y destajeros.

#### 1.2.2 Trabajadores comisionistas y destajeros: requisitos específicos

En su segundo y tercer párrafo, el artículo 3 de la Resolución Ministerial 091-92-TR exige, para el goce del derecho a la remuneración mínima, que la prestación del trabajador comisionista sea exclusiva y que el trabajador destajero labore, con eficiencia y puntualidad normales, la jornada máxima legal o contractual. Específicamente, dicho artículo regula lo siguiente:

**“Artículo 3.- (...)**

Tratándose de empleados sujetos a comisión, la Remuneración Mínima Vital se aplicará cuando los servicios tengan carácter de exclusivos, debiendo completarse la diferencia entre la Comisión y la Remuneración Mínima Vital, si no se alcanzara ésta.

Los trabajadores sujetos a destajo que laboran en la jornada máxima legal o contractual deberán percibir la Remuneración Mínima Vital, siempre que se cumpla con la eficiencia y puntualidad normales”.

En el caso de los trabajadores a comisión, consideramos inconstitucional sujetar el pago de la remuneración mínima a un pacto de exclusividad con el empleador, pues tal condicionamiento vulnera el derecho a la libertad de trabajo de los comisionistas (artículo 2.15 de la Constitución). En virtud de este derecho, todo trabajador tiene la libertad de

<sup>129</sup> CONSEJO NACIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Proyecto de Ley General de Trabajo. Fecha de consulta: 9 de diciembre de 2010.

[http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNTPE/proyecto\\_ley\\_general\\_de\\_trabajo\\_consolidado\\_de\\_articulos.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNTPE/proyecto_ley_general_de_trabajo_consolidado_de_articulos.pdf)

pluriemplearse.<sup>130</sup> Por definición, el goce de un derecho fundamental (derecho a un salario mínimo) no puede impedir el disfrute de otro (libertad de trabajo). Además, el trabajo a comisión, como tal, no tiene ninguna particularidad que justifique la exigencia de exclusividad para el goce del derecho a la remuneración mínima. El trabajo a comisión, simplemente, representa una forma distinta de retribución de la prestación.

Por otra parte, si lo que el legislador pretende con el requisito en mención es aligerar la carga del empleador de tener que completar *siempre* la diferencia entre la comisión y el salario mínimo (de forma tal que sólo tenga que hacerlo respecto de trabajadores que laboren exclusivamente para él), consideramos que existen otros mecanismos que, por no vulnerar derechos fundamentales, resultan constitucionales. Por ejemplo, es posible que el empleador pacte con el comisionista una determinada jornada de trabajo (dentro de los máximos constitucionales) que razonablemente le garantice que no tendrá que completar tal diferencia por entenderse que el trabajador, dentro de dicha jornada, podrá sumar la comisiones suficientes que superen la valla de la remuneración mínima.

En suma, los trabajadores a comisión deberían gozar del derecho a una remuneración mínima, independientemente de su situación de pluriempleo.

En lo que se refiere al trabajo a destajo, podemos apreciar que se regulan dos requisitos para gozar del derecho al salario mínimo: rendimiento (eficiencia y puntualidad normales) y tiempo de trabajo (jornada máxima legal o contractual).

En cuanto al primero, lo consideramos válido, pues en estricto no se le está exigiendo al trabajador nada distinto de lo que le corresponde de por sí. Recuérdese que todo trabajador debe laborar con la diligencia debida, lo que incluye, necesariamente, el deber de trabajar con una eficiencia y puntualidad normales.

En cuanto al segundo, ya hemos afirmado que resulta irrazonable condicionar normativamente la percepción de un monto mínimo al cumplimiento de la jornada máxima legal.<sup>131</sup> Y es irrazonable porque tal condicionamiento va en contra del deber estatal de optimizar el goce de los derechos fundamentales, mucho más si, en este caso, se trata de

---

<sup>130</sup> Tal como afirma Quiñones Infante, “[l]a libertad de trabajo al momento de ejecución de la relación laboral se configura como una libertad de pluriempleo, protegiendo la voluntad de la persona – trabajador por cuenta ajena subordinado – de decidir si va a trabajar o no en un empleo adicional, en cuál lo hará y bajo qué modalidad, actuando [este derecho], en consecuencia, si le impiden u obligan a pluriemplearse”. QUINONES INFANTE, Sergio Arturo. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Colección Derecho PUCP N°3. Primera edición. Lima: Palestra, 2007, p. 236.

<sup>131</sup> Véase supra, pp. 80-81.

un derecho mínimo. Por eso, no estamos de acuerdo con que el legislador exija laborar ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para gozar de la remuneración mínima.

Sin embargo, sí consideramos válido sujetar el pago de este salario al cumplimiento de la jornada pactada, pues esta regulación *permite* percibir la totalidad de la remuneración mínima sin necesidad de llegar a la jornada máxima legal, ya que la pactada puede ser inferior a ésta.

Finalmente, como los dos requisitos (rendimiento y tiempo de trabajo) tienen que cumplirse y está en juego el goce de un derecho constitucional, resulta imprescindible que el legislador regule criterios objetivos para determinar la *normalidad* de la eficiencia y de la puntualidad del trabajador a destajo. En el caso de la eficiencia, uno de estos criterios puede ser, por ejemplo, el rendimiento promedio de los trabajadores a destajo empleados en las mismas labores y condiciones. Aquellos que cumplan este promedio, además de los otros requisitos antes vistos, deberían tener derecho al salario mínimo. En el caso de la puntualidad, el legislador podría establecer la normalidad en relación a un número de tardanzas injustificadas dentro de la periodicidad del pago de la remuneración (semana, mes, etc.); de forma que las tardanzas reiteradas dentro de este periodo hagan que el trabajador respectivo no tengan una puntualidad normal. En definitiva, lo que pretendemos es que se elimine cualquier vaguedad en la configuración del derecho a la remuneración mínima.

Por lo tanto, la configuración del derecho al salario mínimo, en el caso del trabajo a destajo, resulta constitucional en parte, debiéndose eliminar la exigencia alternativa de laborar la jornada máxima legal para gozar de aquel. Por otro lado, resulta necesario que el legislador precise lo que debe entenderse por eficiencia y puntualidad normales.

En virtud de todo lo expuesto, podemos afirmar que el derecho a un salario mínimo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente. Y luego de analizar la concretización de aquel derecho efectuada por el legislador, concluimos que podrán gozar de la remuneración mínima i) todos los trabajadores cuya remuneración se calcule en función al tiempo de trabajo, siempre que laboren cuatro horas diarias o más; ii) todos los trabajadores comisionistas, independientemente de su situación de pluriempleo; y iii) todos los trabajadores destajeros que, cumpliendo la jornada pactada, laboren con eficiencia y puntualidad normales. Es tarea del legislador precisar este último requisito.

Ahora bien, si el derecho a una remuneración suficiente tutela que el trabajador perciba por sus servicios un monto no inferior al salario mínimo (en los términos ya analizados), ¿protegerá también al trabajador frente a un incumplimiento de pago por el empleador? Trataremos este punto a continuación.

### **1.3 La proscripción del trabajo impago desde el derecho a una remuneración suficiente**

La situación de trabajo impago puede ocurrir por dos causas: i) la imposibilidad (jurídico-legal o económica) del cumplimiento de la prestación salarial; y ii) la pura negativa del empleador a pagar el salario debido. Ejemplo de la primera es el impedimento legal de pagar horas extras en la Administración Pública, ante el dato de su efectiva realización; ejemplo de la segunda, cualquier incumplimiento salarial del empleador basado en su libre decisión. Cada una de las causas mencionadas resulta suficiente por sí misma para configurar este escenario de incumplimiento.

Nuestros órganos jurisdiccionales, con ciertas debilidades teóricas, han proscrito el trabajo impago. En relación con los ejemplos mencionados, por un lado, los jueces han ordenado el pago de horas extras a favor de los trabajadores de las entidades públicas; y, por el otro, el pago de las remuneraciones mensuales adeudadas por el empleador. El sustento de tales decisiones ha descansado en el cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución, el cual dispone que “[n]adie está obligado a prestar trabajo sin retribución (...)”.

Al respecto, nosotros consideramos que, efectivamente, la prohibición del trabajo impago se desprende de la norma en mención. Entonces, no obstante contener algunos errores de concepto, conviene tener en cuenta aquellos pronunciamientos jurisdiccionales para determinar de qué manera el cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución sanciona aquella situación de incumplimiento salarial. Por una cuestión de orden, efectuaremos esta labor de acuerdo con las respectivas causas que hemos identificado y siguiendo los ejemplos antes mencionados.

#### **1.3.1 Imposibilidad jurídico legal: el salario por sobretiempo en la Administración Pública**

Sucesivamente se establece en las normas de presupuesto del Estado que las entidades públicas no se encuentran autorizadas a remunerar por horas extras. Actualmente, es la Ley 29626 (Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2011) la que recoge esta prohibición al disponer en su artículo 9.2 que “[l]as entidades públicas, independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras”.

Sin embargo, ¿qué sucedía cuando, efectivamente, el trabajador laboraba en sobretiempo y, al finalizar su relación laboral, reclamaba en juicio el pago de sus horas extras? En un primer momento, la Corte Suprema, sobre la base de las prohibiciones presupuestarias respectivas, negaba tal pago a los trabajadores del Sector Público, independientemente del régimen laboral al que pertenecían. En ese sentido, expresaba lo siguiente:

**“Primero.-** (...) las Leyes de Presupuesto de los años mil novecientos ochenticinco a mil novecientos noventa y seis establecen normas de austeridad en las ejecuciones presupuestales de los organismos del sector público en materia de remuneraciones, quedando prohibidas de realizar, entre otros, gastos por conceptos de horas extraordinarias; (...) **Tercero.-** (...) además, el contrato individual de trabajo a plazo fijo para obra determinada [o] de servicios específicos al que el accionante se sometió o convino en su cargo de chofer, establece una remuneración única mensual así como el pago de las gratificaciones y bonificaciones previstas por ley, no estando incluidas las horas extras, por lo que hay que inferir que no hubo pacto o acuerdo alguno de ambas partes referente al pago de las horas extras; **Cuarto.-** (...) la sentencia impugnada al haber amparado el pago por horas extras ha contravenido no solo normas de autoridad presupuestal, sino también normas de orden público y de fiel cumplimiento; por lo que estando a las conclusiones a las que se arriba declararon FUNDADO el recurso de casación”.<sup>132</sup>

Sin embargo, actualmente la Corte Suprema sostiene la posición contraria. En ese sentido, con carácter de precedente de observancia obligatoria, ha expresado lo siguiente:

“Tercero: Que, la [sentencia] recurrida al igual que la [sentencia] apelada fundamenta su decisión de no amparar la demanda [sobre pago de horas extras y otros conceptos] en el hecho que por ser el Proyecto Especial Chira Piura una entidad del Sector Público y dependa estructuralmente del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento se encuentra sujeta a normas de cumplimiento y justificación presupuestal de la República, donde las normas de austeridad prohibían el pago de horas extras. Cuarto: Que (...) se debe tener presente los alcances de la última parte del artículo veintitrés de la actual Carta Magna, donde se establece que ‘Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento’; por tanto, (...) aceptar [los fundamentos de la recurrida] (...) implicaría amparar

<sup>132</sup> Casación 2857-97-LA LIBERTAD. Publicada el 01 de diciembre de 2000 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 6621-6622 (la negrita es del autor). Similar criterio puede observarse en la Casación 2426-97-LA LIBERTAD. Publicada el 02 de enero de 2001 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 6770- 6771.

el ejercicio del abuso del derecho por parte del Estado, puesto que si bien existen dichas normas de austeridad, la emplazada no debió permitir que el recurrente trabajara fuera de la jornada ordinaria de ocho horas por casi cinco años consecutivos; infiriéndose por el contrario que la demandada estaba de acuerdo en ello. Quinto: Que (...) al no existir constitucionalmente trabajo gratuito, evidentemente la pretensión del accionante debe ser amparada en atención al 'Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley' (inciso segundo del artículo veintiséis de la Constitución del Estado). (...) Sétimo: Que, por ello, debe ampararse la demanda, ordenando el pago de horas extras (...).<sup>133</sup>

Este cambio de postura resulta saludable, aunque no estamos de acuerdo con los argumentos utilizados. Empezando por lo obvio, el principio de irrenunciabilidad no resulta aplicable al caso mencionado, pues la negativa del empleador de pagar la remuneración, sustentada en un impedimento legal, no puede asimilarse a una renuncia voluntaria del trabajador a su salario (específicamente, al monto indisponible consistente en la respectiva remuneración mínima). En suma, el principio de irrenunciabilidad no tutela contra incumplimientos empresariales.

Por otra parte, en lo que se refiere al abuso del derecho, lo que en realidad tiene la entidad pública es una *prohibición* de efectuar gastos por concepto de horas extras. Esto de ningún modo origina un derecho a beneficiarse gratuitamente de un trabajo en sobretiempo.<sup>134</sup> Entonces, no existe ningún derecho respecto del cual la entidad pública lo esté ejerciendo abusivamente. Desde luego, si permite labores que exceden de la jornada ordinaria, tendrá que asumir las consecuencias laborales de su actuar negligente. Tal como lo sostiene implícitamente el Tribunal Constitucional:

“[R]esulta meridianamente claro entender que la prohibición de autorizar el pago de horas extras tiene como ámbito de aplicación subjetiva a la entidad pública (la recurrente), mas no a los trabajadores de ella; siendo ello así correspondía a la recurrente que en calidad de empleadora realice las acciones conducentes a efectos de dar cabal cumplimiento a la norma presupuestaria (como por ejemplo, vigilar el horario de salida de sus trabajadores y así impedir la realización de horas extras). Sin embargo ello

<sup>133</sup> Casación 623-2003-PIURA. Publicada el 01 de agosto de 2005 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 14382.

<sup>134</sup> Ninguno de los regímenes laborales al que podrían encontrarse sujetos los trabajadores de las entidades públicas reconoce tal derecho, sino todo lo contrario. En lo que al régimen de la actividad privada se refiere, la prohibición presupuestaria de pagar horas extras *obligará* a la entidad pública a pactar con el trabajador la compensación del trabajo en sobretiempo con el otorgamiento de periodos equivalentes de descanso (artículo 10 del Decreto Supremo 007-2002-TR). Este derecho al descanso compensatorio también se le reconoce al servidor de carrera, como parte de un programa de incentivos laborales que debe ser considerado obligatoriamente por toda entidad pública (artículos 146 y 147, inciso e, del Decreto Supremo 005-90-PCM). Lo mismo sucede si el trabajador se encuentra sujeto al régimen especial de contratación administrativa de servicios: el sobretiempo debe ser compensado con descanso físico equivalente al total de horas extras laboradas (artículo 6 del Decreto Supremo 075-2008-PCM). Obviamente, que el trabajador deje de laborar y, por tanto, sea ya imposible el otorgamiento de descanso físico, tampoco origina algún derecho de la entidad a beneficiarse gratuitamente de los servicios prestados en sobretiempo. En este caso, las horas extras deberán pagarse.

no se hizo, constituyendo una negligencia de la recurrente el hecho de permitir las labores fuera del horario de trabajo”.<sup>135</sup>

Esto último nos lleva al único argumento válido y relevante que esgrime la Corte Suprema para amparar el pago de las horas extras: el cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución. Sobre la base de que esta norma proscribe el trabajo gratuito, la Corte Suprema llega a la conclusión de que las horas extras laboradas por el demandante no pueden quedar impagas. Consideramos que, no obstante aplicar la norma correcta, la Corte incurrió en un error de interpretación. En primer lugar, un trabajo impago no puede asimilarse a un trabajo gratuito. En segundo lugar, así se lo asimile, no todo trabajo gratuito está prohibido; tal como lo expresa el artículo 23, sólo está prohibido que se *obligue* a trabajar gratis, situación que no se presenta en el caso, pues las horas extras fueron prestadas voluntariamente por el trabajador.<sup>136</sup>

Entonces, ¿de qué forma el artículo 23 tutela el derecho del demandante al pago por horas extras frente a las prohibiciones presupuestarias respectivas? Nosotros consideramos que el cuarto párrafo de esta norma no agota su contenido en la permisión del trabajo gratuito voluntario. Al establecer que nadie está obligado a prestar trabajo *sin retribución*, está indicando, además, lo siguiente:

- i) Una relación intrínseca entre trabajo y retribución (concepto dentro del cual cabe subsumir el de remuneración). Por lo tanto, el artículo 23 establece a nivel constitucional el carácter contraprestativo del salario.<sup>137</sup>
- ii) El reconocimiento de tal contraprestatividad por el artículo 23 de la Constitución determina a favor del trabajador **un derecho constitucional al pago de la remuneración por la prestación brindada.**<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de octubre de 2010 (f.j. 4). Recaída en el expediente 9524-2009-PA/TC.

<sup>136</sup> Una interpretación a contrario del cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución indica que resulta constitucional el trabajo gratuito prestado voluntariamente (por ejemplo, la defensa en juicio que un abogado presta a su cliente gratuitamente por carecer éste de recursos económicos). Sólo ocurre que, en estos casos, al carecer de fin productivo y, ciertamente, no ser subordinada, la prestación respectiva se encontrará fuera del ámbito de aplicación del Derecho Laboral.

<sup>137</sup> Aspecto que ya fue mencionado antes. Sobre el particular, véase supra, p. 61.

<sup>138</sup> Incluso, el artículo 23 alcanza a tutelar el pago de todo tipo de trabajadores (por cuenta propia o ajena y, en este último caso, subordinados o autónomos). Esto, no sólo porque en su cuarto párrafo utiliza el término genérico “retribución”, sino además porque empieza afirmando que “[e]l trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...)” (resaltado nuestro). Por lo tanto, existe un derecho constitucional general al pago por los servicios prestados.

Nos parece que este último aspecto del cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución es el que resulta relevante para amparar la pretensión del trabajador. Si prestó servicios en sobretiempo, tiene un derecho constitucional al pago de la remuneración correspondiente. Por tanto, la entidad pública no puede negarse a ello sobre la base de una prohibición presupuestaria de rango legal. La Corte, más que proscribir todo trabajo gratuito, debió reparar en el significado completo de la última parte del artículo bajo análisis.

Puesta en evidencia la existencia de un derecho constitucional al pago de la remuneración, derivado del cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución, cualquier negativa pura y simple del empleador a cumplir con su prestación salarial resultará inconstitucional, tal como veremos a continuación.

### 1.3.2 La negativa del empleador a pagar el salario debido

El Tribunal Constitucional comparte la línea que hemos diseñado. En ese sentido, utiliza correctamente el artículo 23 de la Constitución para sancionar esta segunda causa de trabajo impago. Así, frente a la decisión de la Dirección Regional de Salud de Huánuco consistente en no pagarle la remuneración a una servidora pública (técnica en enfermería I) por determinados meses trabajados en un hospital del Estado (a raíz de que éste no era el centro de trabajo original de la recurrente), el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

“Con las instrumentales a fojas 236 y el cuadernillo del Tribunal se acredita que la demandante laboró desde marzo hasta agosto de 2003 en el Hospital de Tingo María. Al respecto, la Constitución (artículo 23) declara que nadie está obligado a prestar servicios sin retribución; (...). (...) [El artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce a los trabajadores una remuneración que asegure condiciones de subsistencia digna y decorosa. En consecuencia, (...) [la demandante] tiene derecho a que la Administración le pague sus remuneraciones por el trabajo efectuado, conforme a las normas citadas (...).<sup>139</sup>”

Lo expuesto por el Tribunal nos exime de mayores comentarios en este punto. Resta ahora analizar una situación particular de trabajo impago, consistente en la imposibilidad económica del empleador para cumplir con su prestación salarial.

<sup>139</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de agosto de 2004 (ff.jj. 6 y 7). Recaída en el expediente 2382-2003-AA/TC. El subrayado es nuestro.

### 1.3.3 Imposibilidad económica: la tutela reforzada del derecho al pago de la remuneración

En este caso, el empleador se encuentra inmerso en problemas financieros (temporales o permanentes) que impiden el pago de la remuneración. Ante esta contingencia económica, el cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución puede resultar insuficiente para garantizar el cumplimiento de la prestación salarial, pues seguramente la deuda laboral no será la única pendiente de honrar. Siendo esto así, el derecho constitucional al pago de la remuneración necesita reforzarse.

Es por ello que la Constitución prevé en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución que “[e]l pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”. A través del establecimiento de esta prioridad, la Constitución busca optimizar el derecho constitucional al pago de la remuneración, de forma que puede ejercitarse incluso en las circunstancias económicas descritas. Es decir, la preferencia en el pago del salario es la forma en que la Constitución proscribe el trabajo impago derivado de problemas financieros en la empresa. A desarrollar este privilegio laboral nos avocaremos en las siguientes líneas.

#### 1.3.3.1 Prioridad en el pago de los créditos laborales

Es un lugar común afirmar que el pago preferente de los créditos laborales (entre ellos, los salariales) opera ante un concurso de acreedores. Tal como lo sostiene la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI:

“El presupuesto esencial requerido para aplicar la prioridad establecida en el artículo 24 de la Constitución, es que el acreedor del empleador, es decir, el trabajador pretenda satisfacer su acreencia frente a otros acreedores de distinta naturaleza. Así, se entiende que la prioridad o preferencia establecida a nivel constitucional a favor del crédito laboral se ejerce entonces únicamente ante la existencia de otros créditos [reclamados]”.<sup>140</sup>

Normalmente, el ejercicio de la prioridad señalada tiene lugar al término de la relación laboral, y en un procedimiento administrativo concursal o en un proceso judicial de

<sup>140</sup> Resolución N° 1178-2010/SC1-INDECOPI, de fecha 4 de marzo de 2010 (considerando 29). Recaída en el expediente N° 010-2003-01-2401/CCO-INDECOPI-LAM.

tercería preferente de pago. En el primer caso, la Ley 27809 (Ley General del Sistema Concursal) reconoce, frente a los demás créditos concursales, el primer orden de preferencia al pago de las remuneraciones y beneficios sociales del trabajador, si bien junto con los créditos previsionales.<sup>141</sup> En el segundo caso, el Decreto Legislativo 856 prevé una regulación similar.<sup>142</sup> Sin embargo, ha sido la jurisprudencia en estos procesos de tercería preferente de pago la que ha enriquecido, a través del análisis casuístico respectivo, los alcances del segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución. Entonces, si se quiere analizar la proscripción del trabajo impago frente a situaciones empresariales económicamente desfavorables, debemos enfocarnos en dicho tratamiento jurisprudencial.

Conviene empezar afirmando que la Corte Suprema de Justicia de la República ha otorgado prioridad al pago de los créditos laborales incluso en supuestos en los que el derecho del acreedor no laboral se encontraba registrado con anterioridad al surgimiento de la deuda laboral:

**“Segundo.-** La sentencia de vista, revocando la de primera instancia, declara fundada la demanda de tercería preferente de pago interpuesta por don Carlos Manuel Urquiaga Vega considerando que el artículo 24 de la Constitución Política del Estado es un dispositivo de jerarquía superior a cualquier otra norma legal vigente en nuestro país, resultando aplicable al

---

<sup>141</sup> El artículo 42.1 de esta norma señala que “[e]n los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones. (...). El subrayado es nuestro.

<sup>142</sup> El artículo 2 de esta norma establece que “[l]os créditos laborales a que se refiere el artículo anterior [remuneraciones, beneficios sociales legales, indemnizaciones y créditos previsionales] tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de éste se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Si estos no alcanzaran, el pago se efectuará a prorrata. (...)” Cabe resaltar que, como parte de la prioridad señalada, el Decreto Legislativo 856 prevé, en determinados supuestos, un mecanismo adicional para el cobro de los créditos laborales: la persecutoriedad de los bienes del negocio. En efecto, el artículo 3 de esta norma señala que “[l]a preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, sólo en las siguientes ocasiones: a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución o liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia (...); b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo”. En la misma línea, el artículo 4 indica que “[l]a preferencia o prioridad también se ejerce [con carácter persecutorio de los bienes del negocio] cuando en un proceso judicial el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda”.

caso de autos, sin interesar si el derecho del demandado Banco del Nuevo Mundo Sociedad Anónima Empresa Multinacional Andina en liquidación se encuentre registrado, pues un derecho de carácter laboral siempre va a tener preeminencia frente a cualquier otro. **Tercero.-** Los requisitos que establece el artículo 3 del Decreto Legislativo 856, para la preferencia o prioridad de los créditos laborales, se refieren al carácter persecutorio respecto de los bienes del negocio, sin embargo el artículo 2 de ese mismo Decreto señala expresamente que los créditos laborales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador".<sup>143</sup>

En la misma línea, en un proceso de tercería preferente de pago iniciado por trabajadores contra un acreedor hipotecario del empleador, la Corte Suprema, citando textualmente al profesor Toyama Miyagusuku, ha expresado lo siguiente:

**"Duodécimo.-** (...) En este escenario [concurso de acreedores del empleador], no resulta relevante que el crédito laboral sea anterior o posterior a uno de naturaleza civil (por ejemplo, un crédito comercial) o que se encuentre inscrito en un registro público (como ocurre con la hipoteca), lo más importante es que nos encontremos ante un trabajador que tiene adeudos de carácter laboral (...); **Décimo Cuarto.-** (...) [D]e tal manera que el crédito laboral tiene preferencia sobre la acreencia civil más antigua y pública (como puede ser una hipoteca) (...) el crédito laboral debe ser protegido, puesto que estamos ante acreedores más débiles, con un poder de información reducido y los créditos tienen carácter de alimentario y esencial para el trabajador. En tanto no exista un sistema que tutele al personal (como un fondo de garantía salarial) no resulta posible que el crédito laboral ceda ante uno civil (...)"<sup>144</sup>

En lo que a nosotros interesa, la jurisprudencia extraída sirve para demostrar que la preferencia otorgada al pago de la remuneración debe ser interpretada de forma amplia. Esto no quiere decir que tal privilegio salarial sea ilimitado en sus alcances. En estos procesos de tercería preferente de pago, consideramos que son dos los requisitos que deben cumplirse para que opere la prioridad: la certeza del crédito laboral (tanto en su existencia como exactitud) y la ausencia de bienes libres del empleador (o parcialmente afectados para el cumplimiento de otras obligaciones) capaces de satisfacer la deuda laboral.

Sobre el primer requisito, la Corte Suprema ha manifestado lo siguiente:

**"Tercero:** Que, no hay ninguna duda que los créditos laborales tienen preferencia, porque así lo establece la Constitución y la ley; pero esas preferencia[s] se refieren a créditos laborales ciertos, cuya existencia, legitimidad y cuantía ha[n] sido debidamente acreditadas, lo que requiere que el juzgador compruebe los elementos que configuran la relación laboral previa: como son libros y registros de planillas de remuneraciones,

<sup>143</sup> Casación 1787-2002-LA LIBERTAD. Publicada el 31 de agosto de 2004 en la separata respectiva del Diario Oficial "El Peruano", pp. 12540-12541. El subrayado es nuestro.

<sup>144</sup> Casación 2862-2006 LAMBAYEQUE. Publicada el 2 de octubre de 2007 en la separata respectiva del Diario Oficial "El Peruano", pp. 20807-20809. La negrita es del autor.

boletas de pago, pagos de aportaciones a la seguridad social y desde luego la existencia del centro laboral. De otro modo, se estaría creando la posibilidad de simulaciones de créditos, en fraude de derechos legítimamente constituidos. (...) Séptimo: Que, en el proceso de tercería preferente de pago, el Juzgador debe determinar la legitimidad y efectividad de los créditos, y luego proceder a su graduación, lo que igualmente importa una labor de apreciación probatoria, que tampoco se ha hecho, y es admisible la defensa sustentada en la connivencia y malicia entre el tercerista [trabajadores] y el demandado [empleador], como aduce el Banco recurrente [acreedor hipotecario] (...). Por eso, el Juez de mérito, al resolver, debe pronunciarse en forma expresa sobre esa argumentación de defensa”.<sup>145</sup>

En cuanto al segundo requisito, la Corte Suprema, refiriéndose al supuesto previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 856, pero aplicable, en nuestra opinión, a cualquier situación de prioridad laboral, ha sentado el siguiente criterio:

“**Séptimo.-** Que, además, en el específico caso de autos, las instancias de mérito han logrado establecer que los deudores demandados cuentan con otros bienes susceptibles de ser afectados a fin de garantizar el cumplimiento del pago del crédito laboral del cual es titular el demandante. Siendo así, no existe justificación alguna para que el actor embargue las cuentas de los deudores demandados que se encuentran destinadas al cumplimiento de otras obligaciones, pues existen otras fuentes de ingresos que pueden garantizar el cumplimiento del crédito laboral mencionado en la demanda”.<sup>146</sup>

Consideramos que, de no cumplirse estos dos requisitos, el pago preferente de la remuneración (y de los demás créditos protegidos por el privilegio laboral) no sería oponible a los acreedores no laborales demandados en estos procesos de tercería.

Ahora bien, nada impide que la prioridad de pago prevista en el artículo 24 de la Constitución se ejercite también *durante* la relación laboral, tanto en i) situaciones de concurso que no se encuentran judicializadas o sujetas a un procedimiento administrativo; como en ii) supuestos no concursales.

<sup>145</sup> Casación 1733-2005 SANTA. Publicada el 01 de agosto de 2006 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 16837-16838 (el subrayado es nuestro). Siguiendo la misma línea, en otra sentencia la Corte Suprema ha expresado que “es importante resaltar que, ciertamente, el análisis de este tipo de proceso de tercería preferente de pago debe ser exhaustivo por parte de los Magistrados de la Nación, verificando la real existencia de la deuda laboral, que sea privilegiada en su pago, y no encubrir una dolosa y fraudulenta relación entre el tercerista y la empresa deudora, con el fin de burlar a los agentes económicos [acreedores no laborales]” (casación 2862-2006 LAMBAYEQUE, citada, considerando duodécimo).

<sup>146</sup> Casación 4475-2007 LA LIBERTAD. Publicada el 31 de marzo de 2008 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 21720-21721 (el subrayado es nuestro). Aspecto relevante a dilucidar es la carga probatoria en estos procesos de tercería: ¿quién debe probar la existencia de tales bienes? Por el propio carácter *prioritario* del pago, su rango constitucional, la finalidad alimentaria del salario (y, en general, de los créditos laborales) y, posiblemente, por la mayor dificultad del trabajador para obtener información de los bienes del empleador, consideramos que deben ser los acreedores no laborales demandados.

Respecto de lo primero, dado que lo esencial para que exista una situación de concurso es la confluencia de exigencias de pago, resulta posible una concurrencia de acreedores a nivel privado. Es el caso, por ejemplo, del empleador a quien sus trabajadores y proveedores de insumos le exigen, simultáneamente, el pago de la remuneración del mes trabajado (por ejemplo, febrero) y la cancelación del precio de los insumos, respectivamente. Ante la insuficiencia de liquidez para cancelar simultáneamente ambas deudas que concurren y ante la intención del empleador de pagarle en primer lugar a su proveedor y postergar para finales de marzo (cuando se cumpla otro mes de trabajo) el pago de las remuneraciones reclamadas, los trabajadores bien pueden exigirle al empleador que cancele primero las remuneraciones que se han devengado.<sup>147</sup>

Respecto de lo segundo, a contracorriente de lo generalmente asumido por la doctrina y la jurisprudencia, consideramos que la aplicación del segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución trasciende el supuesto del concurso de acreedores.

En efecto, esta norma, tan claro como simple, menciona que “[e]l pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra **obligación** del empleador”. Obsérvese que en ningún momento la norma exige que el pago de las deudas laborales o de las otras de diferente naturaleza tenga que ser reclamado previamente al empleador. Siendo esto así, no se requiere necesariamente aquella confluencia de exigencias de pago, que supone un concurso de acreedores, para que el trabajador tenga prioridad en el pago de sus créditos laborales.

Por eso, somos de la opinión que, *en las situaciones de insolvencia económica del empleador antes referidas*, bastará la simple exigibilidad de las obligaciones para que el trabajador ostente un derecho preferente de pago frente a los demás acreedores de aquel. Esto significa que el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución no sólo otorga al trabajador una garantía reforzada para el cobro de su remuneración y otros créditos protegidos, sino que además impone al empleador, durante la relación laboral, la obligación de pagar primero dicho conceptos y, luego, las demás deudas exigibles.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> Es más, de concretizarse este pago preferente al proveedor, el eventual emplazamiento privado que le realicen los trabajadores impagos al empleador para que cese el acto de hostilidad – falta de pago de sus remuneraciones en la oportunidad correspondiente (artículo 30.a LPCL) – y la subsecuente demanda de cese de hostilidad (art. 35.a LPCL) – en caso el empleador no enmiende su conducta – tendrían un fundamento constitucional directo por la vulneración del segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución.

<sup>148</sup> En épocas de solvencia económica, el empleador puede cumplir con sus obligaciones de pago de forma planificada. En esa línea, no existe el riesgo de que se configure una situación de trabajo impago. Por ello,

Por todo lo expuesto, concluimos que la prioridad de pago establecida por el artículo 24 de la Constitución debe ser interpretada de forma amplia. Esto significa, para el caso que nos ocupa, que la preferencia en el pago de la remuneración del trabajador trasciende los supuestos de concursos de acreedores (ventilados en sede judicial, administrativa e incluso privada) hasta llegar a convertirse en una verdadera obligación del empleador durante la relación laboral. Sin duda, para que opere deberán cumplirse ciertos requisitos. Consideramos que dos son los generales: la exigibilidad del crédito salarial (no tiene sentido predicar un pago prioritario respecto de conceptos no exigibles); y la imposibilidad temporal o permanente del empleador de satisfacer, simultáneamente, la totalidad de sus obligaciones de pago. Esto, sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos específicos correspondientes a cada supuesto en que se pretende aplicar el privilegio laboral (por ejemplo, la certeza del crédito y la ausencia de bienes libres en los procesos de tercera preferente de pago; o los establecidos por la Ley General del Sistema Concursal para el reconocimiento administrativo de créditos laborales).

Pasemos ahora a estudiar la garantía de la persecutoriedad de los bienes del negocio del empleador.

#### 1.3.3.2 Persecutoriedad de los bienes del negocio

La garantía en mención es una creación del legislador ordinario, pero con un claro sustento constitucional en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución. En efecto, si la Constitución ordena que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales debe tener prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador, entonces resulta imperativo establecer garantías de cobro efectivas, a fin de impedir que los créditos queden impagos por un actuar ilegal del empleador. Por ello, aparece como necesario la afectación de los bienes del negocio en caso estos hayan sido transferidos a terceros para incumplir el pago de las acreencias laborales.<sup>149</sup>

---

consideramos que, en este supuesto, la prioridad de pago establecida en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución no resulta aplicable.

<sup>149</sup> Tal como afirma la Corte Suprema: “**Tercero:** Que la acción persecutoria tiene por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. No se trata de identificar quién o quiénes ejercen actualmente la posesión de la empresa originaria, o si hay un vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador; lo que se trata es de identificar los bienes, tener la certeza de que pertenecieron al empleador deudor y, eventualmente, realizarlos”. Casación 281-2001-LIMA, de fecha 12 de junio de 2001. Fuente: Software “Data 40,000 Jurisprudencias”, Gaceta Jurídica S.A, periodo 2009-2010. Dirección electrónica: [http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates\\$fn=default.html](http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates$fn=default.html). Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2010. La negrita es del autor.

Por lo demás, para el Tribunal Constitucional, el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución exige *maximizar* la posibilidad de que el trabajador cobre sus créditos laborales, finalidad a la que responde directamente la garantía de la persecutoriedad de los bienes del negocio del empleador:

“[D]ebemos tener en cuenta que el artículo 24 de la Carta Política del Estado señala que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador, lo que significa que se debe brindar máxima protección a los derechos fundamentales del trabajador para el cobro de sus acreencias laborales que le posibiliten la satisfacción de sus necesidades humanas primordiales y, con ello, tener una subsistencia y vida digna[s] acorde con lo prescrito en el artículo 2º inciso 1) de nuestra Constitución. (...)”<sup>150</sup>

Entonces, al establecer la persecutoriedad de los bienes del negocio, el legislador ha diseñado un mecanismo de protección de los créditos laborales que brota del propio artículo 24 de la Constitución. Por consiguiente, no estamos ante una mera garantía legal, sino ante una verdadera garantía constitucional conformante de la prioridad laboral señalada por el artículo 24. Esto significa que, al prever la persecutoriedad de los bienes del negocio, el legislador está concretizando un componente constitucional del derecho al pago de la remuneración.<sup>151</sup>

Los supuestos que habilitan la persecutoriedad de los bienes del negocio han sido regulados con carácter restrictivo por el legislador. En ese sentido, el Decreto Legislativo

<sup>150</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de febrero de 2008 (f.j. 8). Re caída en el expediente 3072-2006-PA/TC (el subrayado es nuestro). Desde luego, no estamos de acuerdo con el propósito para el que fue utilizado este argumento en la sentencia (creación jurisprudencial de un nuevo plazo de prescripción laboral, de forma que el trabajador tenga un plazo mayor al de 4 años, establecido por la Ley 27321, para cobrar judicialmente sus beneficios sociales, *si es que primero decide demandar la nulidad de su despido*). Sin embargo, valga lo afirmado por el Tribunal para demostrar que la garantía de la persecutoriedad tiene una sólida base constitucional.

<sup>151</sup> En ese sentido, compartimos la opinión de Castillo Córdova en torno a que el contenido constitucional de un derecho también se puede delimitar a través del desarrollo legal e, incluso, jurisprudencial de éste. Vale citarlo a propósito de lo primero, que es el tema que nos ocupa: “[N]o toda actividad legislativa sobre derechos fundamentales significará un contenido legal del derecho. Es posible también que algún pronunciamiento legislativo sobre el contenido del derecho fundamental deba ser considerado como contenido constitucional del derecho y no como simple contenido legal. **Elo ocurrirá cuando la actividad legislativa se haya dirigido a agregar como contenido del derecho una facultad o una pretensión que brote directamente (expresa o tácitamente) del texto constitucional (de sus normas, principios o valores)**. (...) [E]l legislador (...) cumple con una especialísima función: ir delimitando (...) el contenido constitucional del derecho fundamental, esto es, un contenido que brota de la Constitución y de la propia naturaleza del derecho que se trate. Esto conlleva afirmar que si bien hay que diferenciar entre contenido constitucional y contenido legal (...) también hay que buscar el contenido constitucional de un derecho fundamental en la legislación de desarrollo constitucional (...) porque habrán algunas leyes (...) que perfilarán el contenido constitucional del derecho fundamental”. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Pautas para la determinación..., op.cit., pp. 148-149. El resaltado es nuestro.

856 indica que sólo cabe la acción persecutoria laboral en los casos previstos por sus artículos 3 y 4, a saber:

- i) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución o liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia (artículo 3.a).
- ii) Ante la extinción de las relaciones laborales, si es que existe un incumplimiento, por simulación o fraude a la ley, de las obligaciones laborales. Esto último ocurrirá en cuatro situaciones: i) disminución o distorsión injustificadas de la producción con la intención de cerrar el centro de trabajo; ii) transferencia de activos fijos a terceros; iii) aportación de estos activos fijos para constituir nuevas empresas; y iv) abandono del centro de trabajo (artículo 3.b).
- iii) Cuando en un proceso judicial el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda (artículo 4).

En este contexto, nuevamente la jurisprudencia ha desempeñado un rol activo en la configuración de la garantía constitucional de la persecutoriedad. En unos casos, interpretando los supuestos previstos en el Decreto Legislativo 856 y, en otros, aplicando un control de constitucionalidad sobre esta norma.

Sobre lo primero, resalta el desarrollo jurisprudencial del supuesto de persecutoriedad regulado en el artículo 3.b del Decreto Legislativo 856. De acuerdo con la Corte Suprema, el requisito de fraude que se exige para su aplicación se configura con el sólo incumplimiento de las obligaciones laborales:

**“Cuarto:** Que, el inciso b) del artículo tercero del Decreto Legislativo ochocientos cincuentiséis precisa que para su viabilización deben darse dos condiciones previas, para el ejercicio del carácter preferente o prioritario de los adeudos laborales con carácter persecutorio en caso de simulación o fraude a la ley; I) Que, exista extinción de las relaciones laborales; II) Incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores. Al verificarse estos supuestos previos, la conducta injustificada del empleador prevista en el artículo tercero inciso b) será fraudulenta. Si, por el contrario, se han satisfecho las exigencias laborales y no existe incumplimiento en la conducta del empleador no contendrá el elemento del fraude”.<sup>152</sup>

<sup>152</sup> Casación 281-2001-LIMA, citada, considerando cuarto (el subrayado es nuestro). Si bien, jurídicamente, un mero incumplimiento no es una conducta fraudulenta, lo dispuesto por la Corte Suprema resulta más razonable con la exigencia de *priorizar* el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador,

Asimismo, en cuanto al supuesto de persecutoriedad antes referido, se ha llegado a afirmar también que las cuatro situaciones que configuran un incumplimiento empresarial por simulación o fraude a la ley son enunciativas y no taxativas. En esa línea, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI sostiene lo siguiente:

“El segundo supuesto comprendido en el literal b) del artículo 3 del Decreto Legislativo 856 –referido a la acreditación de simulación o fraude– importa, a criterio de este órgano colegiado, que los bienes hayan sido identificados y que exista certeza de que pertenecieron al empleador-deudor para que opere la persecutoriedad. Asimismo, se debe acreditar que se hayan extinguido las relaciones laborales y que se haya incumplido su pago por simulación o fraude a través de distintos mecanismos: disminución o distorsión de la producción, transferencia de activos fijos o transferencia de los mismos para la constitución de nuevas empresas o cuando el empleador abandona el centro de trabajo, entre otras hipótesis”.<sup>153</sup>

Sobre lo segundo, asumiendo que los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 856 limitan los alcances de la prioridad laboral prevista en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución, la Corte Suprema, en un proceso de tercería preferente de pago en donde el crédito del trabajador no respondía a los supuestos previstos en aquel artículo 3 ni cumplía con los requisitos del mencionado artículo 4, validó la inaplicación de estas normas efectuada por las instancias inferiores. En ese sentido, aplicando directamente el artículo 24 de la Constitución, amparó el pago preferente de las deudas laborales:

“**Séptimo:** El segundo párrafo del artículo veinticuatro del Texto Constitucional señala que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador; sin embargo, los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo número ochocientos cincuentiséis pretenden limitar el derecho constitucional al pago preferente de las acreencias del trabajador sólo a determinados supuestos, lo que colisiona con lo regulado en la Carta Política y aún [en] contra del artículo segundo del mismo Decreto Legislativo, que igualmente reconoce la prioridad de los créditos laborales sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. En consecuencia, cuando las instancias de mérito, ejerciendo el control difuso, aplican la norma constitucional denunciada, no la interpretan en forma errónea, toda vez que aquella guarda relación de identidad con los hechos relevantes del

---

mucho más si la norma en mención requiere expresamente la extinción de las relaciones laborales para la configuración de la garantía de la persecutoriedad.

<sup>153</sup> Resolución 1178-2010/SC1-INDECOPI, citada, considerando 50 (el subrayado es nuestro). Sin perjuicio de lo expuesto, la referida sala, en otro considerando, introduce un requisito adicional para la aplicación del artículo 3.b del Decreto Legislativo 856, ciertamente justificado en el bien jurídico constitucional de la seguridad jurídica. Este requisito es la ausencia de buena fe del tercero adquirente: “Esta Sala considera que la causal referida a la actuación fraudulenta supone la pretensión de nulidad o de ineficacia del acto jurídico y el ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de medios probatorios idóneos que determinen la ausencia de buena fe en el adquirente, pretensión, por un lado, y valoración por otro; que es competencia exclusiva de la autoridad judicial” (resolución 1178-2010/SC1-INDECOPI, citada, considerando 37).

conflicto y, particularmente, con el derecho preferente de pago que asiste al trabajador".<sup>154</sup>

Al tratarse de un proceso de tercería preferente de pago, no hay persecutoriedad que reclamar, pues los bienes no han sido transferidos, sólo afectados para el pago de determinadas deudas del empleador. Los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 856 regulan la prioridad en el pago con carácter persecutorio de los bienes del negocio y, ciertamente, no agotan los alcances del privilegio laboral establecido por la Constitución. Por lo tanto, la inaplicación de estos artículos en un proceso donde se discutía los alcances del pago preferente sin persecutoriedad responde a un enfoque judicial erróneo de aquellos.<sup>155</sup>

El desarrollo jurisprudencial de la garantía de la persecutoriedad expresa una tendencia a interpretarla de forma amplia, lo que guarda coherencia con la idea de una efectiva prioridad en el pago de los créditos laborales y con su propia jerarquía constitucional. Sin embargo, por seguridad jurídica, dicha tendencia debe consolidarse en un cambio normativo que amplié los correspondientes supuestos establecidos en el Decreto Legislativo 856. Mientras tanto, conviene tener presente lo expuesto por Toyama Miyagusuku a propósito de la definición de los alcances del derecho persecutorio en este nuevo contexto:

“Consideramos que siempre se debe contar con factores de atribución que permitan apreciar manifestaciones o rasgos propios de una evasión laboral o constatar una situación de riesgo de incumplimiento laboral, tales como: extinción de la relación laboral y falta de pago de beneficios sociales, incumplimiento reiterado del empleador en el pago de beneficios sociales, desprendimiento injustificado del patrimonio de la empresa, ausencia de bienes adicionales del empleador que cubran adeudos laborales, cierre

<sup>154</sup> Casación 3434-2006 LA LIBERTAD. Publicada el 2 de enero de 2008 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 21176-21177. El subrayado es nuestro.

<sup>155</sup> Incluso, si es que se interpreta que el artículo 4 del Decreto Legislativo 856, por su tenor literal, regula solamente un supuesto de prioridad laboral sin persecutoriedad y, por tanto, resulte aplicable al caso, igualmente no procedería ejercer un control difuso de la norma. Una interpretación del artículo 4 del Decreto Legislativo 856 conforme al segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución obligaría a entenderlo como un ejemplo en el que opera el pago preferente de los créditos laborales. Entonces, al no tener carácter taxativo, desaparece toda incompatibilidad de la norma legal respecto de la constitucional. Es más, desde esta óptica de análisis del artículo 4, consideramos que el derecho del trabajador demandante al pago preferente de sus créditos laborales no debió ser amparado. En efecto, el crédito del trabajador participaba del supuesto previsto en dicho artículo, pero no se había cumplido con requerir al empleador para que ponga a disposición del juez los bienes suficientes para el cumplimiento de la deuda laboral. Entonces, más que ubicarse el crédito laboral en un supuesto no regulado por el Decreto Legislativo 856, existía una situación de incumplimiento de uno de los requisitos previstos por su artículo 4 para que opere el privilegio. Por lo tanto, este caso no ameritaba una argumentación de la Corte en torno a los amplios alcances de la prioridad laboral prevista por la Constitución. Todo lo contrario, como tal requisito previsto por el artículo 4 resulta razonable, ninguna interpretación del segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución puede amparar un incumplimiento generalizado de aquel. En consecuencia, la demanda de tercería preferente de pago interpuesta por el trabajador debió desestimarse.

total o parcial de las operaciones de la empresa, disolución y liquidación de las operaciones, existencia de juicios de los acreedores del empleador que pueden impedir el cobro de los beneficios sociales, situaciones previas o posteriores a la declaración de insolvencia de la empresa, simulación o fraude de la empresa – sin que se requiera la extinción del vínculo laboral o un cierre de la empresa – relacionados con incumplimiento de pago de beneficios laborales, inmediatez o cercanía, entre otros, etc. Si no se presentaran los supuestos descritos precedentemente, estimamos que no resultaría viable que se aplique la persecutoriedad".<sup>156</sup>

Por todo lo expuesto, concluimos que la persecutoriedad de los bienes del negocio del empleador es una verdadera garantía constitucional. Si bien su aplicación debe sujetarse a los requisitos previstos por la legislación, el carácter restrictivo de su configuración legal ha derivado en decisiones administrativas y judiciales que empiezan a interpretarla de forma más amplia. Sin embargo, para que este activismo no sea contrario al bien jurídico constitucional de la seguridad jurídica, es necesario que este avance jurisprudencial en la optimización del privilegio laboral se consolide en una modificación del Decreto Legislativo 856.

El análisis de la proscripción constitucional del trabajo impago llega hasta aquí. Como se ha visto, existe un derecho constitucional al pago de la remuneración que determina la inconstitucionalidad de aquella situación de incumplimiento salarial, independientemente de la causa que lo origine.<sup>157</sup> Por una cuestión de claridad, el estudio efectuado ha sido realizado sin referirlo directamente al derecho a una remuneración suficiente. Sin embargo, consideramos que la proscripción constitucional del trabajo impago deriva, en última instancia, de este derecho. En otras palabras, el derecho al pago de la remuneración – que justamente sustenta la sanción constitucional del incumplimiento salarial del empleador – es una manifestación más del derecho a una remuneración suficiente.

En efecto, el derecho a un salario suficiente empieza a definirse desde el momento en que el trabajador tiene derecho a un pago por los servicios prestados, independientemente que lo reciba o no en la realidad. Esto es así porque desde aquel momento resulta exigible que dicho pago procure bienestar material y espiritual al trabajador y su familia. Como el incumplimiento de la prestación salarial por parte del

<sup>156</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit., p. 377. El subrayado es nuestro.

<sup>157</sup> En el plano jurídico, no existe circunstancia alguna que justifique el incumplimiento de la prestación salarial cuando el trabajador ha brindado sus servicios. Ni siquiera en los supuestos de crisis económica de la empresa se podría considerar como constitucional este incumplimiento, tal como hemos visto a propósito del privilegio laboral regulado en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución. Por lo demás, los alcances jurídicos de esta situación específica sobre el derecho a una remuneración suficiente deben entenderse de forma restrictiva, por tratarse de una circunstancia excepcional. Por lo tanto, la crisis económica de la empresa podrá justificar una reducción unilateral del salario (como se ha analizado antes), pero no una situación de trabajo impago.

empleador trunca esta finalidad, no cabe duda que, en definitiva, el derecho a una remuneración suficiente alcanza a proscribirlo. Por lo tanto, frente al trabajo impago, no puede afirmarse un derecho al pago de salario al margen del derecho a una remuneración suficiente. Específicamente, aquel marca el inicio del ámbito tutelado por éste.<sup>158</sup>

En conclusión, el derecho a una remuneración suficiente garantiza al trabajador la posibilidad de exigir al empleador el pago de su salario, independientemente de las causas (legales, económicas o voluntarias) que puedan sustentar un incumplimiento salarial. En determinados supuestos, esta garantía se verá reforzada, de forma que el trabajador pueda exigir un pago preferente e, incluso, en determinadas circunstancias, perseguir los bienes del negocio del empleador transferidos a un tercero. Por lo tanto, queda proscrita toda situación de trabajo impago o, lo que es lo mismo, el derecho a una remuneración suficiente determina *primariamente* un derecho al pago del salario por la prestación laboral cumplida.

Terminado este acápite, conviene resaltar lo siguiente: hasta este momento hemos entendido al derecho a una remuneración suficiente como un derecho del trabajador *en* la relación laboral. En efecto, el respeto por el empleador del monto salarial pactado lo hemos analizado en el marco de una relación laboral; el derecho del trabajador a las remuneraciones mínimas establecidas por el Estado – y, por supuesto, los requisitos para gozarlas – ha sido abordado en el contexto de un contrato de trabajo; y la proscripción del trabajo impago significa, en esencia, la exigencia al empleador del cumplimiento de su prestación principal en la relación laboral, esto es, la salarial. Por lo demás, la identificación y desarrollo de estos aspectos constitucionales del derecho a una remuneración suficiente no pueden efectuarse de otro modo.

Sin embargo, este derecho no se agota en el seno de una relación de trabajo. Los alcances constitucionales del derecho a una remuneración suficiente se extienden al terreno extra laboral. La razón y forma en que este derecho resulta vinculante en este otro ámbito serán expuestas en el siguiente punto.

---

<sup>158</sup> Por eso, la remuneración mínima podrá ser un monto indisponible, pero no por ello será la base del derecho a una remuneración suficiente. Antes de garantizar que el trabajador no sufra un pago por debajo de los salarios mínimos (aplicación del derecho a una remuneración suficiente en su componente de derecho a un salario mínimo), el derecho a una remuneración suficiente garantiza que *efectivamente* le paguen al trabajador por el servicio prestado. Por lo demás, nada obliga a que el techo de la indisponibilidad (remuneraciones mínimas) marque el inicio del contenido protegido de un derecho (remuneración suficiente). En definitiva, el principio de irrenunciabilidad no tiene por qué determinar el punto de partida de un derecho.

#### 1.4 Los alcances extra laborales del derecho a una remuneración suficiente: la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones

Las violaciones del derecho a una remuneración suficiente pueden producirse por actos de terceros distintos del empleador. La realidad nos demuestra que la remuneración del trabajador puede ser afectada por varias causas extra laborales. El empleador puede haber cumplido debidamente con su prestación salarial, pero puede suceder que el salario no sea percibido completamente por el trabajador. La subsecuente frustración del bienestar material y espiritual del trabajador y su familia exigen una extensión del ámbito de aplicación del derecho a una remuneración suficiente.

Tal extensión resulta posible si atendemos a la garantía general de la intangibilidad de las remuneraciones. Si bien ésta no tiene un reconocimiento constitucional expreso, resulta indudable su asunción implícita en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución. En efecto, si la Constitución demanda que la remuneración sea suficiente para cumplir una finalidad de bienestar, necesariamente el salario debe estar protegido contra todo acto (ya sea del empleador o de cualquier tercero) que indebidamente pretenda afectarlo.<sup>159</sup>

No cabe duda que la intangibilidad del salario es una garantía constitucional de la suficiencia del mismo. No en vano ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional frente a descuentos y reducciones unilaterales de remuneraciones efectuadas por el empleador.<sup>160</sup> Sin embargo, consideramos que, mediante la delimitación efectuada, el derecho a una remuneración suficiente se encuentra suficientemente protegido en el seno de la relación laboral. En ese sentido, resulta innecesario, por ejemplo, invocar esta garantía general ante una disminución salarial cuando existe un componente específico del derecho a la

---

<sup>159</sup> Por lo menos en una ocasión, el Tribunal Constitucional ha sustentado la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones en el principio de irrenunciabilidad de derechos: “[L]as remuneraciones de los trabajadores, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26º, inciso 2), de la Constitución, son irrenunciables e intangibles, y sólo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador” (sentencia de fecha 23 de mayo de 2002, f.j. 5. Recaída en el expediente 606-2000-AA/TC. El subrayado es nuestro). Sin duda, lo afirmado por el Tribunal resulta erróneo porque se trata de instituciones jurídicas distintas: a diferencia de lo que sucede con el principio de irrenunciabilidad de derechos, la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones opera ante afectaciones del derecho a una remuneración suficiente provenientes de personas distintas del trabajador.

<sup>160</sup> Por ejemplo, si bien calificando erróneamente a la intangibilidad de las remuneraciones como un derecho y no como una garantía, el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente: “Los recurrentes sostienen que la entidad emplazada ha procedido a reducir unilateralmente el monto de sus remuneraciones a partir del mes de julio del año 2003. (...) [L]as instrumentales (...) no impugnan por [la entidad emplazada] corroboran que las remuneraciones de los demandantes sufrieron disminución en su monto, situación que atenta contra el derecho a la intangibilidad de las remuneraciones (...)” (sentencia de fecha 8 de septiembre de 2005, f.j. 2. Recaída en el expediente 4188-2004-AA/TC. El subrayado es nuestro).

remuneración suficiente que tutela al trabajador en dicha situación: el respeto al monto salarial pactado en el contrato de trabajo.

Por eso, la garantía general de la intangibilidad de las remuneraciones debe aplicarse principalmente en el terreno extra laboral. Y es por medio de ella que el derecho a una remuneración suficiente resulta vinculante en dicho ámbito.

Los supuestos extra laborales a los que nos referimos son varios. Sin embargo, el legislador ordinario sólo ha regulado la intangibilidad del salario ante supuestos de embargos judiciales de las remuneraciones. En ese sentido, ha dispuesto en el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil lo siguiente:

“Artículo 648.- Bienes inembargables

Son inembargables:

(...)

6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley”.

Por tanto, queda sin un desarrollo legal específico la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones frente a embargos administrativos de salarios (por tributos impagos) y frente a compensaciones de deudas bancarias con la remuneración del trabajador, por ejemplo. No obstante esto, supuestos como los afirmados han sido objeto de pronunciamiento por nuestros órganos jurisdiccionales.

Sobre el primer supuesto, a propósito del embargo efectuado por una municipalidad distrital por tributos municipales impagos (arbitrios e impuesto predial) respecto de una cuenta de ahorros en la que al trabajador deudor le depositaban sus remuneraciones (las que no excedían de 5 URP), el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

“[R]esulta indudable que la cuenta de ahorros N° 31 0-114962287-0-02, del Banco de Crédito, es la cuenta en la cual se depositaban mensualmente las remuneraciones del demandante. En ese sentido, siguiendo lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, la suma percibida mensualmente como remuneración tenía la calidad de inembargable hasta el límite de cinco unidades de referencia procesal (URP), esto es, hasta por la suma de S/. 1,550.00, al momento de entablado el embargo (años 2002 y 2003). Consecuentemente, siendo la remuneración neta mensual de S/. 1,292.04, la misma no podía ser afectada por medida cautelar alguna. De lo expuesto, queda acreditado que se vulneraron los derechos constitucionales del accionante [específicamente, el derecho a una remuneración suficiente] pues el hecho de que el recurrente haya contraído obligaciones tributarias, las cuales se

encuentran pendientes de pago, no autoriza una actuación al margen de la ley por parte de la Administración Tributaria, a fin de garantizar el cobro de la deuda sobre depósitos de naturaleza intangibles”.<sup>161</sup>

No cabe duda que el Tribunal Constitucional comete una ilegalidad al extender, sin sustento alguno, el ámbito de aplicación del artículo 648.6 del Código Procesal Civil a supuestos ajenos a un proceso judicial, mucho más si la propia Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (Ley 26979) permite a los gobiernos locales embargar los bienes del deudor tributario que estén en poder de terceros (artículo 33.d). Sin embargo, repárese que la intención del Tribunal Constitucional es tutelar el derecho del trabajador a una remuneración suficiente en un supuesto de embargo de salarios en donde no existe una regulación expresa sobre los alcances de la garantía constitucional de la intangibilidad de las remuneraciones.

Nosotros compartimos esta intención, pues la tutela del derecho a una remuneración suficiente en el terreno extra laboral no puede reducirse al ámbito de las medidas cautelares de embargo dictadas en el contexto de un juicio, pues significaría desconocer la vinculación absoluta de todo poder público (no sólo del Poder Judicial) a tal derecho fundamental del trabajador. No en vano el Tribunal llega a manifestar, aunque nueva y equívocamente desde el artículo 648.6 del Código Procesal Civil, que lo que no puede embargar el juez tampoco lo puede embargar la Administración Tributaria:

“[E]l artículo 33°, inciso d), de la Ley 26979, respecto al embargo en forma de retención sobre depósitos en poder de terceros, de ninguna manera puede ser interpretado de forma tal que permita el embargo de cuentas bancarias –cuando se acredite que corresponden a pago de haberes–, desconociendo el artículo 648°, inciso 6), del Código Procesal Civil, puesto que no es posible autorizar en sede administrativa lo que ni siquiera un juez en la vía judicial está facultado para afectar”.<sup>162</sup>

Sobre el segundo supuesto, la ausencia de una regulación específica en torno a los alcances de la intangibilidad del salario en las relaciones jurídicas de los trabajadores con las entidades del sistema financiero ha motivado la controversia sobre la existencia o no de límites en la compensación de las deudas bancarias del trabajador con las remuneraciones que éste tiene depositadas en el banco acreedor.

<sup>161</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de junio de 2004 (ff.jj. 6 y 7). Recaída en el expediente 691-2004-AA/TC. El subrayado es nuestro.

<sup>162</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 691-2004-AA/TC, citada, f.j. 7.

Al respecto, somos de la opinión que se aplica el límite dispuesto en el primer párrafo del inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, es decir, sólo procede la compensación si es que la remuneración supera las 5 Unidades de Referencia Procesal, y sólo hasta el tercio de dicho exceso. El sustento de tal aplicación no reside en ninguna aplicación analógica o interpretación extensiva del inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, sino en una clara remisión legal a esta norma.

En efecto, la Ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), en el inciso 11 de su artículo 132, prohíbe la compensación bancaria con los activos del trabajador que **estén excluidos de tal operación**; y el Código Civil, en el inciso 3 de su artículo 1290, descarta expresamente la compensación del **crédito inembargable**, concepto que nos remite claramente al terreno procesal, donde el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil define precisamente a la **remuneración** como un bien inembargable (con los límites antes especificados). Por lo tanto, el derecho a una remuneración suficiente frente a la compensación efectuada por los bancos tiene el mismo alcance que frente a un embargo judicial. Si bien podría criticarse nuestra postura atendiendo a que el artículo 648 del Código Procesal Civil regula la inembargabilidad del salario sólo frente a medidas cautelares judiciales, nada impide que se la emplee cuando existen normas legales que nos remiten a ella (como es el caso). Por lo demás, normas de este tipo no pueden quedar excluidas de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.<sup>163</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, por una elemental cuestión de seguridad jurídica, es necesaria una *regulación legal completa* de la garantía constitucional de la intangibilidad del salario en el campo extra laboral. En ese sentido, corresponde al legislador determinar los alcances del derecho a una remuneración suficiente en dicho ámbito. Al respecto, el legislador cuenta con un margen de actuación y, en ese sentido, podría disponer, por ejemplo, la aplicación general de los límites que el artículo 648.6 del Código Procesal Civil dispone para el embargo judicial por deudas comunes (el tercio del exceso de 5 URP), con la posibilidad de establecer límites especiales, siempre que el supuesto particular (embargo, compensación, etc.) lo justifique.

---

<sup>163</sup> En el mismo sentido, véase la Resolución N° 199-2010/SC2-INDECOPI, de fecha 29 de enero de 2010. Emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en el expediente 270-2008/CPC.

Sin embargo, como intuimos que tal labor reguladora no se realizará pronto, será la jurisprudencia la que siga buscando soluciones a estas omisiones legislativas. Sobre el particular, es recomendable la uniformización de criterios. Al respecto, consideramos que un buen punto de inicio para esta uniformización es la canasta básica familiar.<sup>164</sup> Esto, a fin de salvaguardar que el cobro de las deudas comunes del trabajador no desvirtúe el carácter alimentario que tiene la remuneración para él y su familia.

Nuestra opinión no debe sorprender al lector, pues a similares omisiones legislativas el Tribunal Constitucional ha respondido utilizando el carácter alimentario de la remuneración. Un ejemplo de esto lo constituye la libre disposición del salario, tema no regulado por nuestra legislación. Al respecto, ante la autorización de un trabajador para que por intermedio de su empleador un Banco descuenta de sus remuneraciones el préstamo que otorgó a un tercero, que el trabajador garantizó a través de una fianza solidaria, el Tribunal Constitucional, ante la evidencia de que los descuentos efectuados (debido al incumplimiento de pago del tercero) comprometían la subsistencia del trabajador y de su familia por alcanzar casi la totalidad del salario de aquel, desconoció el acto de disposición del trabajador (consistente en la autorización de los descuentos) y ordenó que el Banco efectuó el cobro de su acreencia a través de un proceso judicial:

“**c)** (...) aunque el esposo de la demandante suscribió una solicitud de crédito, incorporándose *motu proprio* en condición de fiador (a fojas 31) y que, incluso, autorizó el descuento de sus haberes en el supuesto de incumplimiento de pago por parte del titular del crédito (a fojas 41), de las boletas de pago obrantes a fojas 14 y de 95 a 96 de autos aparece que los descuentos producidos a consecuencia de la obligación contraída han operado en casi el cien por ciento (100%) o la casi totalidad del sueldo percibido por don Antonio Damián Rojas; **d)** este hecho convierte la medida adoptada en una decisión carente de todo sentido razonable y proporcional, por cuanto en el presente caso, de la remuneración afectada no sólo depende la persona afectada sino su propia familia (...) **f)** por consiguiente, y aunque el Banco Continental conserva la plenitud de sus facultades para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación contraída, se entiende que no puede ni debe afectar las remuneraciones del obligado, máxime, cuando estos tienen carácter alimentario y asistencial (...)”<sup>165</sup>

Más adelante, en la respectiva resolución de aclaración, el Tribunal Constitucional precisó que “en la idea de que la entidad demandada pueda exigir el cumplimiento de las

---

<sup>164</sup> Actualmente, la canasta básica familiar asciende a S/. 1293 para Lima Metropolitana. No se han publicado estadísticas actuales sobre el precio de la canasta básica para las demás ciudades del país. Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática. “Metodología del Cambio de Año Base 2009 del Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana”. Dirección Técnica de Indicadores Económicos. Lima, febrero 2010, p. 38. Consulta: 4 de marzo de 2011.

<sup>165</sup> <http://www.inei.gob.pe/web/Metodologias/Attach/9944.pdf>

<sup>165</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de setiembre de 2002 (f.j. 2). Recaída en el expediente 1192-2001-AA/TC. La negrita y cursiva son del autor.

obligaciones contraídas sin afectar derechos fundamentales, [este Colegiado] asume que cualquier medida a tomarse debe ser consecuencia no de una determinación de hecho, adoptada por la demandada [Banco Continental], sino de una decisión judicial emitida tras un proceso judicial debido”.<sup>166</sup>

En conclusión, afirmamos que, por la garantía constitucional de la intangibilidad del salario, el contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente implica la protección de la remuneración ante el cobro de las deudas que el trabajador mantiene impagas frente a terceros distintos del empleador. Los alcances de este componente del derecho deben ser necesariamente determinados por el legislador a través del establecimiento de topes que respeten el carácter alimentario del salario, por encima de los cuales es válida la referida cobranza.

Hasta aquí, el lector habrá podido notar que, prácticamente, el Estado ha sido un *espectador* en la delimitación del contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente: establecer las remuneraciones mínimas, así como los requisitos para gozarlas, y desarrollar los alcances de la garantía de la intangibilidad del salario en el campo extra laboral han sido las funciones más trascendentes que el artículo 24 de la Constitución le ha encomendado hasta ahora. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la remuneración no sólo exige una abstención del Estado en orden a no lesionarlo, sino también una actuación estatal positiva en orden a asegurar su plena vigencia en la realidad. Y es el mandato de suficiencia de la remuneración el escenario ideal para que el Estado pase de *espectador* a *protagonista* en lo que al derecho a la remuneración se refiere. Siendo esto así, el derecho a un salario suficiente adquiere una dimensión prestacional, la cual desarrollaremos a continuación.

### **1.5 La dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente: los beneficios sociales**

Que los derechos fundamentales exigen una actuación positiva del Estado en orden a garantizar su vigencia real no es una simple posición doctrinaria sobre el papel del Estado frente a los derechos fundamentales. Desde el preciso momento en que nuestra Constitución consagró al Perú como un Estado social y democrático (artículo 43), estableció en los poderes públicos la obligación de promover la eficacia real de los

<sup>166</sup> Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 16 de abril de 2003 (punto 2). Recaída en el expediente 1192-2001-AA/TC.

derechos fundamentales, esto es, el cumplimiento de los fines para los que fueron reconocidos. Tal como afirma Castillo Córdova:

“[Q]ue el Estado sea social significa, en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, que el individuo no está sólo ante la realidad social en su intento de ejercer libre y plenamente sus distintos derechos fundamentales, sino que le acompaña también el Estado, es decir, el poder público, el que se obliga a actuar – en su dimensión ejecutiva, judicial y legislativa – en la dirección de ayudar a solventar las distintas dificultades que la realidad le presente y que entorpece o imposibilita un pleno ejercicio de los derechos fundamentales”.<sup>167</sup>

Tal como el Tribunal Constitucional refiere, si bien en términos de contenido esencial de los derechos, la condición *social* del Estado influye de forma determinante en la configuración de los derechos fundamentales:

“Los principios jurídicos de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución impiden que tal reconocimiento [del Estado peruano como uno social y democrático de derecho] sea concebido como un canon interpretativo meramente político y, en tanto tal, carente de consecuencias jurídicas. Por el contrario, en virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición ‘social’ del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y, de otro, como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales”.<sup>168</sup>

Siendo esto así, la exigencia de actuación estatal para favorecer la vigencia real de los derechos fundamentales, que deriva justamente de esta configuración social del Estado, no puede ser un elemento ajeno al contenido constitucional de aquellos derechos. Por eso, todo derecho constitucional posee una *dimensión prestacional estatal*.<sup>169</sup>

Ahora bien, ¿en qué consiste esta dimensión prestacional en lo que al derecho a la remuneración se refiere? En otras palabras, ¿de qué forma el Estado busca garantizar

<sup>167</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos constitucionales..., op.cit., p. 316. A mayor abundamiento, la propia Constitución reconoce expresamente esta obligación estatal al afirmar en su artículo 44 que es un deber primordial del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, entre los cuales, sin duda, se encuentra el derecho a la remuneración. Sobre el carácter *humano* del derecho a la remuneración, véase supra, pp. 10-14.

<sup>168</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 50-2004-AI/TC (acumulados), citada, f.j. 42.

<sup>169</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, esta dimensión es asumida por el Estado como una responsabilidad teleológica frente a los derechos fundamentales: “[Los] 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” (sentencia de fecha 6 de diciembre de 2002, f.j. 2.2. Recaída en el expediente 1042-2002-AA/TC).

que este derecho tenga vigencia en la realidad, es decir, que cumpla su finalidad de procurarles al trabajador y a su familia un bienestar material y espiritual?<sup>170</sup> Consideramos que es a través de determinados beneficios sociales del trabajador, en el marco de la optimización del mandato de suficiencia del salario. Esto significa, en última instancia, que es en el derecho a una remuneración suficiente donde la referida dimensión prestacional se hará presente. Por claridad, nos referiremos a la “dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente”.

¿Y por qué sólo determinados beneficios sociales serán expresión de esta dimensión prestacional? Porque los beneficios sociales no se agotan en el derecho a la remuneración, sino que lo trascienden hasta el punto de convertirse en manifestaciones de otros derechos. Ejemplos de ello son la Compensación por Tiempo de Servicios y el Seguro de Vida, conceptos a los que la ley califica expresamente como beneficios sociales y, ciertamente, resulta claro que derivan más del *derecho a los seguros sociales* que del derecho a la remuneración.<sup>171</sup>

<sup>170</sup> Es cierto que comúnmente se afirma que un derecho tiene vigencia cuando se puede ejercitar y hacer valer frente a otros. Sin embargo, esto no garantiza que el derecho cumpla su finalidad. Justamente, un caso típico de esto es el derecho a la remuneración. Por ejemplo, un trabajador con VIH puede pedir judicialmente la remuneración que se le adeuda por sobretiempo, y podría afirmarse que así está ejerciendo y haciendo valer frente a su empleador su derecho a la remuneración. Sin embargo, resulta posible que el salario mensual que percibe no le provea condiciones de existencia dignas. Independientemente de cuál sea la razón de esto (salario por debajo del promedio del mercado, discriminación salarial, gastos por enfermedad, etc.), ¿se puede afirmar que un derecho tiene plena vigencia en la realidad cuando, a pesar de ser ejercitado, no cumple la finalidad para la que fue reconocido? Opinamos que no. Los derechos fundamentales no son fines en sí mismos, sino instrumentos o medios de la persona para tener una vida digna. Entonces, la plena vigencia del derecho en la realidad va más allá de la sola garantía de su ejercicio. Por lo tanto, conviene más referir esta plena vigencia al cabal cumplimiento de la finalidad del derecho. Y de esta tarea, hartamente difícil, por supuesto, el Estado no puede desentenderse.

<sup>171</sup> El artículo 1 del Decreto Supremo 001-97-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios) señala que “[l]a compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de **beneficio social** de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia”. Luego, el artículo 1 de la Ley 29352 (Ley que establece la libre disponibilidad temporal y posterior intangibilidad de la compensación por tiempo de servicios) indica claramente la naturaleza no remunerativa de este beneficio social, al calificarlo como un seguro de desempleo: “El objeto de la presente Ley es devolver a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) su naturaleza de **seguro de desempleo**, que permita a los trabajadores tener una contingencia asegurada para la eventualidad de la pérdida del empleo”.

Por su parte, en cuanto al seguro de vida se refiere, la primera disposición transitoria y final del Decreto Legislativo 688 (Ley de Consolidación de Beneficios Sociales) expresa lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el Seguro de Vida es un **beneficio social**, las pólizas deberán sujetarse estrictamente a lo establecido en la presente Ley. Toda cláusula que estipule mayores obligaciones a cargo del empleador, trabajador o beneficiarios, o establezca limitaciones no previstas en la Ley, se tienen por no puestas. (...)”. Sobre su naturaleza no salarial, Toyama Miyagusuku expresa que “[e]n rigor, no estamos ante un concepto remunerativo en la medida que este beneficio tiene por finalidad indemnizar a los familiares directos de los trabajadores que lamentablemente fallecen durante la relación laboral o a los propios trabajadores si quedan en invalidez permanente y total”. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit., p. 322.

Frente a estas tres contingencias (desempleo, muerte e invalidez) previstas, en conjunto, por estos dos beneficios sociales, las normas internacionales exigen al Estado peruano que establezca sistemas de protección social, lo que implica, por lo menos, el **derecho de los trabajadores a los respectivos seguros sociales**. En efecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad

Entonces, por el carácter transversal de los beneficios sociales, la concretización de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente exigirá dos tareas: i) la definición del concepto “beneficios sociales” (desde luego, trataremos de encontrar la definición que mayor utilidad nos represente); y ii) determinar qué tipos de beneficios sociales resultan ser efectivamente expresión de tal dimensión prestacional.

Sobre la primera tarea, advertimos al lector que son numerosos los criterios para definir los beneficios sociales. Dos son los que nos interesan: a) por la fuente – sólo heterónoma o también autónoma; y b) por su naturaleza – remunerativa, no remunerativa o ambas. Doctrina y jurisprudencia han transitado por cada una de las variables.

Conviene empezar por las posiciones más amplias sobre los “beneficios sociales”, es decir, aquellas que no lo limitan a una fuente o naturaleza determinada, al punto, incluso, que todo concepto remunerativo (remuneración básica, complementos salariales, etc.) podría ser calificado como beneficio social. Por todos, conviene citar a Toyama Miyagusuku:

“Desde nuestra perspectiva, los beneficios sociales son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente. No importa su origen (legal – heterónimo – o convencional – autónomo); el monto o la oportunidad de pago; la naturaleza remunerativa del beneficio; la relación de género-especie; la obligatoriedad o voluntariedad, etc. Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal. En otras palabras, consideramos que los beneficios sociales se deben apreciar con independencia de la fuente u origen, la cuantía, la duración, los trabajadores comprendidos, etc. Ésta es, por lo demás, la posición que se aprecia en los procesos laborales donde los jueces emplean una concepción amplia sobre el alcance del término beneficios sociales. Ciertamente, deben tener un contenido patrimonial claro, en dinero o en especie”.<sup>172</sup>

social, **incluso al seguro social**”; y el artículo 25, inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala que “[t]oda persona tiene (...) derecho a los seguros en caso de **desempleo**, enfermedad, **invalidez**, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. El resaltado es nuestro.

<sup>172</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit., p. 272. La jurisprudencia no es clara al momento de definir a los beneficios sociales. En cuanto a su fuente (heterónoma o autónoma) puede consultarse, por ejemplo, la Casación 2654-2009 LIMA, de fecha 12 de marzo de 2010. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 16, N°148, 2011, pp. 264-266.

En esta casación, la Corte Suprema confirma el criterio de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, **consistente en considerar como crédito laboral privilegiado a un bono por cese laboral en tanto beneficio social**. No obstante esta confirmación, la Corte Suprema **nunca** llega a calificar a este bono por cese como beneficio social (a pesar de que la recurrente cuestionó tal categorización en tanto no era un beneficio legal), sino que, simplemente, lo califica como **crédito laboral**.

Este proceder resulta relevante si atendemos a que la Corte Suprema otorga a dicho bono la preferencia de pago frente a las demás obligaciones empresariales **sobre la base de la Ley 26702** (por ser el empleador una empresa del sistema financiero). Esta norma extiende el privilegio laboral, a los efectos que nos interesa, a tres conceptos claramente diferenciados: remuneración, beneficios sociales y **otros créditos laborales**

Por su parte, Arce Ortiz asume una posición más estricta. Afirma que los beneficios sociales tienen fuente heterónoma y son de naturaleza no contraprestativa. En ese sentido, define a los beneficios sociales como “las percepciones otorgadas por ley, cuyo objeto no es el de retribuir la prestación de servicios del trabajador, sino el de asegurar su inclusión social así como el de su familia”.<sup>173</sup>

Una posición intermedia entre las dos mencionadas podemos observar en Pizarro Díaz, para quien los beneficios sociales serían percepciones, salariales o no, que *complementan* la remuneración básica del trabajador. En ese sentido, “se entiende por beneficios sociales a todas aquellas ventajas patrimoniales, individualizadas o no,

---

devengados hasta la fecha en que se declara la disolución de la empresa. Entonces, al confirmar la sentencia de segunda instancia, ¿realmente la Corte Suprema pretende asumir la posición amplia que la Sala laboral esgrime sobre la fuente de los beneficios sociales?, ¿o simplemente busca amparar la pretensión del trabajador en el proceso (reconocimiento del respectivo privilegio laboral)? La duda resulta válida, pues tanto como beneficio social como cualquier otro crédito laboral, devengado hasta la fecha de declaración de disolución, el pago del mencionado bono por cese resultaba preferente a las demás obligaciones no laborales del empleador (por mandato de la Ley 26702). La falta de pronunciamiento expreso por parte de la Corte Suprema en torno al carácter de beneficio social de aquel bono impide determinar con certeza su posición sobre la fuente de los beneficios sociales, aunque todo parece indicar que aquella es amplia.

<sup>173</sup> ARCE ORTIZ, Elmer G. Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Primera edición. Lima: Palestra, 2008, p. 350.

Se podría afirmar que la Corte Suprema comparte con dicho autor la idea de la no contraprestatividad de los beneficios sociales. Sin embargo, por las deficiencias en su argumentación, no nos aventuramos a aseverarlo: “**Décimo primero:** (...) la doctrina **y la legislación** ha[n] consagrado al instituto de los beneficios sociales (como la CTS y el seguro de vida) como distintos del [instituto] de remuneración, considerándolos como **prestaciones no remuneratorias** afectadas a un destino predeterminado, que el empleador otorga a todos o parte de sus dependientes o a su familia a cargo, con el objeto de propender al mejoramiento de la calidad de vida de sus empleados. **Décimo segundo:** Que, estando a lo señalado, los conceptos de remuneración y beneficios sociales se distinguen claramente; el primero es la contraprestación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, consistente en realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a las órdenes del empleador, pero siempre como cumplimiento de la obligación del empleador como parte de un contrato laboral; mientras que [los beneficios sociales] (...), si bien pueden originarse en ocasión o con motivo de la relación de trabajo, son independientes de las obligaciones recíprocas propias del contrato laboral. Por lo tanto, los beneficios sociales, como la CTS, no pueden confundirse con las remuneraciones, por ser institutos absolutamente independientes y diferenciados. (...) **Décimo cuarto:** Que, sin embargo, los conceptos de gratificaciones, quinquenios y vacaciones [comúnmente considerados como beneficios sociales], llamados en doctrina como complementos remunerativos o salarios indirectos, [s]í se encuentran dentro de los alcances del inciso a) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, por tratarse de conceptos remunerativos distintos de la remuneración básica o mínima que percibe el trabajador, por lo que su pago no oportuno debe considerarse como un acto de hostilidad equiparable al despido”. Casación 2455-2009-LIMA, de fecha 4 de diciembre de 2009. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 16, N° 149, 2011, pp. 231-233. El resaltado es nuestro.

Como se aprecia, la Corte otorga carácter remunerativo a las gratificaciones legales, vacaciones y quinquenios. Entonces, ¿está dicho órgano descartando que tales conceptos tengan la calidad de beneficio social? Nótese que la Corte parte de una premisa errónea. Según ella, la legislación regula a los beneficios sociales como prestaciones no remunerativas. Definitivamente, una afirmación así de absoluta no puede ser correcta, pues existirían numerosas excepciones (remuneración vacacional, asignación familiar, bonificación legal por tiempo de servicios, gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, etc.). Siendo esto así, consideramos que la Corte Suprema no pretende afirmar que las gratificaciones, quinquenios y vacaciones adeudadas al trabajador son remuneración, pero no beneficios sociales; simplemente, debió tener más cuidado al desarrollar la naturaleza jurídica de los beneficios sociales y no partir de una premisa incorrecta.

Lo expuesto nos inclina a tener como cierta una sola cosa: la Corte Suprema no tiene una postura clara en torno a la naturaleza salarial o no salarial de los beneficios sociales.

adicionales a la remuneración básica recibidas por el trabajador por su condición de tal".<sup>174</sup>

¿Cuál de estas tres definiciones resulta más útil para entender a los beneficios sociales como expresión de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente? Si queremos que los beneficios sociales tengan una relación de correspondencia con el derecho a una remuneración suficiente, de forma que sean expresión de su dimensión prestacional, sería contradictorio utilizar una definición que, siguiendo la línea inversa, permite afirmar que es el concepto de remuneración el que está subsumido en el concepto de beneficios sociales. Por tanto, debemos descartar la primera definición reseñada.

Por otra parte, la segunda postura resultaría más acorde con la idea de una dimensión prestacional en el derecho antes referido al indicar que los beneficios sociales tienen origen legal y, por tanto, estatal. Sin embargo, no por ser prestacional, la dimensión del derecho a una remuneración suficiente que ahora estamos estudiando debe perder su naturaleza contraprestativa, pues ésta resulta ser una característica esencial del concepto de remuneración. Como esta segunda definición considera que los beneficios sociales no poseen tal característica, esta definición también debe ser descartada.

Hasta aquí, el lector podrá notar que estas dos posturas sobre la definición de los beneficios sociales no han sido útiles por ser absolutas en sendos aspectos puntuales: la primera, en la relación beneficios sociales-remuneración, al sostener una correspondencia de género-especie; la segunda, en la naturaleza de los beneficios sociales, al asumirlos como no contraprestativos de la prestación de servicios del trabajador. Esto quiere decir que será útil, para entender a los beneficios sociales como expresión de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente, aquella postura que logre afirmar una intersección entre el concepto de beneficios sociales y el de remuneración.

Justamente, es la tercera alternativa la que logra esto. Al considerar a los beneficios sociales como un complemento del salario básico del trabajador, logra superar la relación de género-especie antes indicada, da cabida a la existencia de beneficios sociales remunerativos y, lo que es más importante, permite explicar a los beneficios sociales

---

<sup>174</sup> PIZARRO DÍAZ, Mónica. La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral. Primera edición. Lima: Estudio Gonzáles & asociados. Consultores Laborales S.C., 2006, p. 160.

desde la exigencia constitucional de suficiencia del salario, al otorgarles una función de complementariedad del básico del trabajador. En ese sentido, asumimos esta posición.

El carácter transversal del concepto de beneficios sociales se mantiene con la definición que adoptamos. Esto significa que no todos los beneficios sociales serán expresión de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente. Corresponde, entonces, cumplir con la segunda de las tareas señaladas.

Lógicamente, sólo integrarán la referida dimensión prestacional los beneficios sociales que, concurrentemente, provengan de fuente heterónoma y tengan carácter remunerativo. Lo primero queda claro, pero lo segundo no. ¿Cuándo un beneficio social tendrá carácter remunerativo? Consideramos que lo tendrá cuando sea contraprestación por la prestación de servicios del trabajador o cuando el legislador, en el marco de su libertad de desarrollo legal de los derechos, le otorgue dicho carácter, a pesar de no ser contraprestativo.

Entonces, beneficios como la participación legal en las utilidades,<sup>175</sup> el recargo salarial mínimo por trabajo en sobretiempo,<sup>176</sup> las gratificaciones legales por Fiestas Patrias y

---

<sup>175</sup> Beneficio reconocido por el artículo 29 de la Constitución y desarrollado por el Decreto Legislativo 892 y su Reglamento, el Decreto Supremo 009-98-TR. El carácter remunerativo de la participación en las utilidades de la empresa ha sido puesto de manifiesto por Boza Pró y Guzmán-Barrón Leidinger: “La mayoría de los autores se inclina más bien por considerar que la participación en las utilidades es una modalidad de la remuneración dentro del contrato de trabajo o (...) una forma de integrar el salario, si bien siempre ligado a los resultados de la empresa. Se asume que el trabajador adquiere el derecho a participar en las utilidades obtenidas por la empresa como consecuencia de los servicios prestados, como remuneración por los mismos y como reconocimiento de haber sido un factor fundamental en la producción y generación de los beneficios. En ese sentido, la participación en las utilidades no deja de ser una forma diferida de remuneración. Como precisó en su momento Planiol, estamos ante un complemento salarial, variable y siempre accesorio a la remuneración o, más propiamente, ante una bonificación colectiva calculada de acuerdo al resultado financiero de la empresa. Nuestro ordenamiento infraconstitucional se inscribe de alguna manera en esta corriente, puesto que uno de los criterios adoptados para el cálculo de la participación de los trabajadores se realiza en función de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el ejercicio económico correspondiente”. BOZA PRÓ, Guillermo y Cecilia GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER. El pago a cuenta a los trabajadores de la participación en las utilidades de la empresa. En: Revista *Ius et veritas*, año IX, N° 16, pp. 115-116. Dada su naturaleza contraprestativa respecto de la prestación de servicios del trabajador y, por tanto, su originaria adscripción al concepto de remuneración previsto por la Constitución, cualquier norma infraconstitucional que excluya de dicho concepto a la participación en las utilidades resultará inconstitucional.

<sup>176</sup> El Decreto Supremo 007-2002-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo) dispone en su artículo 10 que “[e]l tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora calculada sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes. (...) Cuando el sobretiempo es menor a una hora, se pagará la parte proporcional del recargo horario. (...)”. La naturaleza contraprestativa – y, por ende, remunerativa – del salario por sobretiempo está fuera de discusión, siendo irrelevante, a tal efecto, que el Estado prevea un recargo mínimo en su abono.

Navidad,<sup>177</sup> la remuneración vacacional,<sup>178</sup> la asignación familiar<sup>179</sup> y otros son expresión de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente.<sup>180</sup> Mediante el establecimiento de estos, el Estado peruano pretende cumplir con su obligación constitucional de garantizar activamente que el derecho a la remuneración les proporcione al trabajador y a su familia el correspondiente bienestar material y espiritual, en definitiva, que el salario del trabajador sea realmente *suficiente*.

Por la definición de beneficios sociales que hemos asumido, es claro que existirán beneficios sociales remunerativos de fuentes distintas de la heterónoma como, por

<sup>177</sup> Reguladas por la Ley 27735, y su Reglamento, el Decreto Supremo 005-2002-TR. El carácter contraprestativo de las gratificaciones legales por Fiestas Patrias y Navidad, respecto de la prestación de servicios del trabajador, ha sido resaltado por Arce Ortiz, siendo esta razón, precisamente, la que lo lleva a sostener, desde su posición, que tales conceptos no son beneficios sociales. Aunque no compartamos esta última aseveración, vale tener en cuenta lo afirmado por dicho autor respecto de la naturaleza remunerativa de estos montos: “Estas percepciones [gratificaciones legales] suponen un incremento patrimonial para atender un aumento previsible de gastos en estas dos épocas del año [meses de julio y diciembre]. (...) [S]implemente puede[n] considerarse un aumento salarial por la prestación de servicios. Tanto es así que la propia ley [27735] admite el pago proporcional (gratificación trunca), cuando el trabajador ya no tiene vínculo vigente en julio o diciembre, pero ha trabajado más de un mes en el semestre respectivo. Como se ve, las gratificaciones de julio y diciembre significan aumentos salariales que toman como pretexto el aumento previsible de gastos en determinados períodos del año”. ARCE ORTIZ, Elmer G. Op. cit., p. 353.

<sup>178</sup> Beneficio reconocido por el artículo 25 de la Constitución, al prever el derecho a un descanso anual remunerado. En la misma línea, el Decreto Legislativo 713 (norma que desarrolla dicho artículo) prevé el carácter remunerativo del pago por vacaciones, por ejemplo, en sus artículos 15 y 20.

<sup>179</sup> Beneficio previsto por la Ley 25129 y su Reglamento, el Decreto Supremo 035-90-TR. Dado que su otorgamiento responde a una finalidad primordialmente asistencial del Estado (manutención de los hijos del trabajador), el beneficio de la asignación familiar no tiene naturaleza contraprestativa. No obstante, termina siendo un concepto remunerativo por decisión expresa del legislador, quien en el artículo 3 del Decreto Supremo 035-90-TR ha dispuesto que “[l]a asignación familiar establecida por la Ley tiene el carácter y naturaleza remunerativa”.

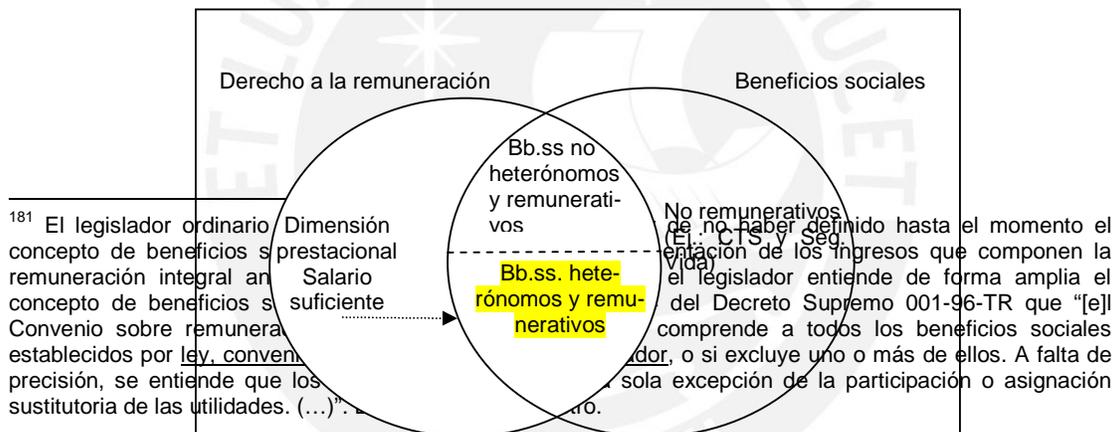
<sup>180</sup> Nuestras consideraciones sobre el concepto de beneficios sociales y la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente también resultan aplicables al “sistema” de remuneraciones del régimen laboral general público. En ese sentido, los beneficios sociales correspondientes a este régimen serían conceptos adicionales al *haber básico* del trabajador, y lo complementarían. Desde luego, la referida dimensión prestacional estaría conformada sólo por aquellos beneficios sociales heterónomos de carácter remunerativo, sea por su naturaleza contraprestativa o por opción legislativa. En cuanto a lo primero (contraprestatividad), tendríamos a las bonificaciones personal y diferencial, y a los beneficios como la asignación por cumplir 25 o 30 años de servicios y los aguinaldos por Fiestas Patrias y Navidad. En cuanto a lo segundo (opción legislativa), la bonificación familiar (de finalidad similar a la asignación familiar) y el beneficio de la compensación por tiempo de servicios, ingresos que comparten el concepto de remuneración por decisión del legislador, pues éste, con carácter general, ha previsto en el artículo 43 del Decreto Legislativo 276 que “[l]a remuneración de los funcionarios y servidores públicos estará constituida por el haber básico, las bonificaciones y los beneficios. (...)”.

Por otra parte, como los beneficios sociales trascienden los alcances del derecho a la remuneración, en el régimen laboral general público existirán también beneficios sociales no remunerativos, sea por su naturaleza no contraprestativa o porque, en dicha situación, el legislador no les otorgó carácter salarial. Ejemplos de estos beneficios son los subsidios por escolaridad y por fallecimiento de los familiares directos del servidor, otorgados por la Administración Pública, a través de sus entidades, en el marco de los programas de bienestar social que está obligada a establecer. Queda claro que los beneficios sociales no remunerativos están excluidos de la dimensión prestacional del derecho a un salario suficiente, sin importar la fuente de la que provengan. Sobre el sistema único de remuneraciones y los programas de bienestar social e incentivos, en el régimen laboral general público, pueden consultarse como referencias normativas, sin perjuicio de otras existentes, los artículos 43 a 56 del Decreto Legislativo 276 y los artículos 140 a 149 del Decreto Supremo 005-90-PCM.

ejemplo, las participaciones en las utilidades pactadas por convenio colectivo o las bonificaciones por productividad reglamentadas unilateralmente por el empleador.<sup>181</sup> Sin duda, al igual que la remuneración básica del trabajador, estos beneficios integrarán el concepto de remuneración. Sin embargo, no serán expresión de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente.

Por su parte, los beneficios sociales no salariales (sea porque su naturaleza no es contraprestativa o porque, en dicho contexto, el legislador no les otorgó carácter remunerativo) quedan excluidos totalmente, independientemente de su origen, de los alcances del derecho a la remuneración.<sup>182</sup> Esto significa, evidentemente, que no serán manifestación de la indicada dimensión prestacional.

Todo lo expuesto se puede resumir en el siguiente gráfico:



182 No estamos de acuerdo con la posición del Tribunal Constitucional que, sin definir el concepto, parece otorgar de forma indiscriminada carácter remunerativo a todos los beneficios sociales. Esto es aún más reprochable si se repara que tal concesión deriva más de la necesidad de diferenciar a los beneficios sociales de la indemnización por despido arbitrario (de forma que la cobranza de aquellos por parte del trabajador no se considere como una forma de tutela resarcitoria contra el despido incausado) que de un análisis sobre la naturaleza de tales beneficios: “[E]l cobro de los beneficios sociales como vacaciones truncas, gratificaciones truncas, remuneraciones devengadas, utilidades y otros que se adeuden al trabajador, no deben considerarse como una aceptación del accionar irregular del empleador; sino como el cobro directo de los beneficios pendientes de pago o adeudos laborales, que pertenecen al trabajador y que tienen naturaleza alimentaria. No son éstos pues, en estricto, cobros que se realizan como una forma de protección contra el despido arbitrario (...). **De esta manera, los conceptos recibidos por el trabajador al finalizar su relación laboral tienen carácter remunerativo y no indemnizatorio**, pues no constituyen dádivas del empleador o retribuciones por la conclusión de la relación de trabajo, sino beneficios al que el trabajador tuvo derecho desde antes de la culminación de la relación laboral” (sentencia de fecha 14 de julio de 2010, f.j. 32. Recaída en el expediente 3052-2009-PA/TC).

Más adelante, en la misma sentencia, al establecer con carácter de precedente vinculante la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra un despido lesivo de derechos fundamentales (no obstante haber cobrado el trabajador sus beneficios sociales), el Tribunal confirmó su posición en torno al carácter salarial de estos beneficios: “El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones truncas, gratificaciones truncas, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador, no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo” (sentencia recaída en el expediente 3052-2009-PA/TC, citada, f.j. 36.a). El resaltado es nuestro.

Ahora bien, ¿todos los beneficios sociales heterónomos y remunerativos, al ser expresión de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente, integran el contenido constitucionalmente protegido de este derecho? La respuesta es no.

Es cierto que, a través de los beneficios sociales remunerativos, el Estado cumple con una obligación que le impone la propia Constitución: garantizar la plena vigencia del derecho a la remuneración, esto es, que se realice la finalidad para la que fue reconocido tal derecho. Sin embargo, esto no puede llevarnos a concluir directamente que todos los beneficios sociales heterónomos y remunerativos tienen garantía constitucional: existirán algunos que sólo gocen de tutela legal. En otras palabras, la labor legislativa en torno a los beneficios sociales puede conducir a desarrollar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente o a establecer contenidos legales en este derecho.

Estando claro que de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente pueden derivar tanto contenidos constitucionales como legales de éste, es necesario precisar cuándo estaremos ante uno u otro de aquellos contenidos. A tal efecto, se debe diferenciar aquello que guarda una correspondencia directa con el concepto constitucional de remuneración y aquello que sólo la mantiene por decisión del legislador ordinario. Para esta tarea, es útil la característica esencial del concepto: la contraprestatividad.<sup>183</sup>

Los beneficios sociales heterónomos pueden ser remunerativos por dos razones: i) por tener naturaleza contraprestativa de la prestación de servicios del trabajador; o ii) porque, no teniendo tal naturaleza, el legislador, discrecionalmente, les otorga carácter salarial. Queda claro que, en los primeros, la correspondencia con el concepto de remuneración es directa. En cambio, en los segundos, esta correspondencia depende de la voluntad del legislador, en tanto es su decisión y no la naturaleza de estos beneficios el

---

<sup>183</sup> Véase supra, p. 61.

factor principal que determina su carácter remunerativo. Por esta razón, consideramos que, de los dos tipos de beneficios salariales referidos, sólo los primeros integrarán el contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente.

Por lo tanto, en virtud de la dimensión prestacional antes indicada, forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente los beneficios sociales de origen heterónomo y de naturaleza contraprestativa. Los beneficios sociales de origen heterónomo sin naturaleza contraprestativa, pero a los que el legislador les ha conferido discrecionalmente carácter salarial, integrarán el contenido legal del referido derecho.

De esta forma, damos por terminada la configuración constitucional del derecho a la remuneración, en su aspecto de derecho a una remuneración suficiente. Corresponde ahora delimitar el derecho a una remuneración equitativa.

## **2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración equitativa**

La Constitución no define el derecho a una remuneración equitativa. En nuestra opinión, este derecho se sustenta, a su vez, en el derecho a la igualdad de trato en la relación laboral. Sin embargo, nuevamente, la Constitución peca por defecto, esta vez, ni siquiera reconoce expresamente este otro bien jurídico. Dado que la delimitación del contenido constitucional del derecho a un salario equitativo exige partir del fundamento de éste, empezaremos analizando el derecho a la igualdad de trato en el trabajo, lo que significa determinar su condición constitucional y su contenido.

### **2.1 El derecho del trabajador a la igualdad de trato**

De acuerdo con Neves Mujica, “[e]l principio de igualdad supone comparar dos situaciones y conferir el trato correspondiente: igual trato a situaciones iguales y desigual trato a situaciones desiguales. Tanto el Estado como los particulares, en nuestros actos normativos o no, estamos obligados a procurar este trato equivalente”.<sup>184</sup> Un principio general así formulado no existe en nuestra Constitución. Por el contrario, el legislador

---

<sup>184</sup> NEVES MUJICA, Javier. Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Lima: Palestra, 2006, p. 339.

constituyente prefirió positivizar sólo determinados aspectos del principio de igualdad (por ejemplo, igualdad ante la ley e igualdad de oportunidades en la relación laboral). Tal técnica legislativa ha determinado que el reconocimiento constitucional del derecho del trabajador, en su condición de tal, a la igualdad de trato deba ser fruto de una labor hermenéutica. Conviene explicar esto empleando el método deductivo (ir de lo general a lo particular).

Siguiendo una perspectiva ciertamente clásica, la Constitución peruana, en primer lugar, enfoca el principio-derecho de igualdad *frente* al Estado. Por eso, no es extraño que la primera manifestación de aquel, reconocida por esta norma, sea el derecho a la igualdad ante la ley:

“Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona.

Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...)”.

De acuerdo con Eguiguren Praeli, son dos los componentes que integran el contenido del derecho a la igualdad ante la ley:

“1) La **igualdad de la ley o en la ley**, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá – como pauta general – aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas. 2) La **igualdad en la aplicación de la ley**, que impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares”.<sup>185</sup>

Sin embargo, la doctrina es unánime en afirmar que el principio-derecho de igualdad no se agota en su contenido formal (igualdad ante la ley), sino que además posee una vertiente sustancial (igualdad de oportunidades). No obstante esta nueva formulación, el principio-derecho de igualdad sigue teniendo como principal destinatario al Estado:

<sup>185</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco J. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En: Revista *Ius et Veritas*, Año VIII, N° 15, p. 64 (la negrita es del autor). La perspectiva *vertical* que asume el principio de igualdad, a través del principio-derecho de igualdad ante la ley, es evidente. Tal como afirma Blancas Bustamante: “La igualdad ante la ley, en sus dos manifestaciones posibles – esto es, como igualdad ante la ley, en sentido estricto, e igualdad en la aplicación de la ley –, se mueve en el plano jurídico-formal, es decir, como una prohibición dirigida ora al legislador, ora a los poderes administrativo o judicial, para establecer diferencias de tratamiento – legislativo, administrativo o judicial – entre las personas, por su mera condición de tales, salvo que las medidas diferenciadoras tengan una justificación razonable y sean proporcionadas y que, en todo caso, estén fundadas en la naturaleza de las cosas y no en la diferencia de las personas”. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op.cit., p. 145. El subrayado es nuestro.

“[L]a concepción del contenido del principio de igualdad entendido como igualdad formal ante la ley, se ha visto luego ampliada hacia una vertiente que propugna también una igualdad sustancial. De allí que actualmente podamos distinguir entre la denominada **igualdad formal**, por la cual todas las personas tienen derecho a que **la ley los trate y se les aplique por igual**; frente a la **igualdad sustancial o material**, que impone más bien la obligación de que la ley tienda además a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas”.<sup>186</sup>

Si bien esta vertiente material del principio de igualdad ha sido enfocada principalmente desde la perspectiva de la relación *ciudadano–Estado*, nuestro ordenamiento constitucional ha dispuesto expresamente su respeto en el ámbito de las relaciones laborales al consagrarse en el artículo 26.1 de la Constitución el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación:

“Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.  
(...).”

Es cierto que en la relación de trabajo resulta difícil concebir este principio de la misma forma en que se le configura a propósito de la relación ciudadano – Estado (esto es, básicamente, a través de acciones positivas o medidas de discriminación inversa). Sin embargo, esta situación no tiene por qué implicar la ineficacia del principio de igualdad de oportunidades en el seno de las relaciones laborales. Al respecto, consideramos que su contenido justamente consiste en el derecho a la igualdad de trato de los trabajadores, pues difícilmente existirá igualdad de condiciones u oportunidades en las relaciones de trabajo si el empleador dispensa a sus subordinados tratamientos diferenciados arbitrarios o, incluso, discriminatorios.

Este criterio es compartido por la Corte Suprema de Justicia de la República, que afirma lo siguiente:

“**Primero.-** Que, en efecto, la Constitución Política ha establecido como principio en las relaciones laborales que existe igualdad de oportunidades sin discriminación; principio que por su propia naturaleza es amplio y abarca un sinnúmero de situaciones laborales, **pero que se aplica cuando el goce de un beneficio o de un estado laboral es negado a uno pero sí otorgado a otro por causas ajenas al desempeño y calificación laboral**”.<sup>187</sup>

<sup>186</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco J. Op.cit., p. 65. La negrita es del autor.

<sup>187</sup> Casación 3602-97 LIMA. Publicada el 25 de agosto de 1999 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, p. 3316. El resaltado es nuestro.

En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que incluso llega a equiparar ambos conceptos:

“En puridad, [el principio de igualdad de oportunidades] plantea la plasmación [en la relación laboral] de la **isonomía en el trato** previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. (...) La igualdad de oportunidades – **en estricto, igualdad de trato** – obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria”.<sup>188</sup>

Por lo demás, el criterio expuesto se deduce del Convenio OIT N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), que a lo largo de su articulado trata sobre la igualdad de oportunidades y de trato en la relación laboral sin establecer mayor distinción entre estas dos categorías.<sup>189</sup>

Por lo tanto, el derecho a la igualdad de trato en el trabajo encuentra sustento en la vertiente material del principio-derecho de igualdad. Es decir, el principio de igualdad de oportunidades establecido en el artículo 26.1 de la Constitución debe interpretarse como el derecho a la igualdad de trato dentro de la relación laboral. Entonces, nos encontramos ante un verdadero bien jurídico constitucional que, en palabras de Blancas Bustamante, “supone el derecho del trabajador a recibir por parte de su empleador un trato igual al que reciben los demás trabajadores. En ese sentido, la igualdad de trato en la relación laboral no se mueve, como la igualdad ante la ley, en el marco de las relaciones entre el individuo y el Estado – como poder legislativo, administrativo o judicial – sino dentro de una relación entre dos sujetos particulares, el empleador y el trabajador, el primero de los cuales está dotado de un poder de dirección respecto de cuyo ejercicio dicho principio debe operar como un límite o control para evitar diferenciaciones arbitrarias de trato”.<sup>190</sup>

<sup>188</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de agosto de 2005 (ff.jj. 22 y 23). Recaída en el expediente 008-2005-PI/TC. El resaltado es nuestro.

<sup>189</sup> Convenio aprobado por Decreto Ley 17687. Instrumento de ratificación expedido el 30 de junio de 1970. En vigor, para el Perú, desde el 10 de agosto de 1970.

En cuanto a nuestro tema se refiere, el Convenio N° 111 OIT, por ejemplo, dispone en el inciso 1 de su artículo 1 que se entiende por discriminación “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional o origen social que tenga por efecto anular o alterar **la igualdad de oportunidades o de trato** en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar **la igualdad de oportunidades o de trato** en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro [Estado] interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”. Igualmente, en su artículo 2 expresa que “[t]odo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva (...) **la igualdad de oportunidades y de trato** en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. El resaltado es nuestro.

<sup>190</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op.cit., p. 148.

Ahora bien, ¿por qué el derecho a una remuneración equitativa se sustenta en el derecho constitucional a la igualdad de trato en el trabajo? Porque es una expresión de este otro derecho. En efecto, el término *equitativo(a)* proviene del latín *aequitas*,<sup>191</sup> que significa *igualdad*.<sup>192</sup> En ese sentido, desde un punto de vista semántico, el derecho a una remuneración equitativa significa *igualdad de remuneración*, esto es, *igualdad de trato en materia salarial*.

Definida de esta manera el derecho a una remuneración equitativa, su contenido constitucional se determinará atendiendo a lo que las normas internacionales vinculantes indican sobre la igualdad de remuneración. Al respecto, el aporte sustancial que éstas brindan consiste en señalar que el objeto de la igualdad salarial es el trabajo igual y el trabajo de igual valor. Procedemos a detallar este punto.

## 2.2 El derecho a igual remuneración por trabajo igual y por trabajo de igual valor

Son varios los instrumentos internacionales que, de alguna u otra forma, abordan la materia en estudio. Entre los que vinculan al Estado peruano, destacan los siguientes:

- i) Declaración Universal de los Derechos Humanos: el artículo 23.2 de esta norma dispone que “[t]oda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.
- ii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el artículo 7 de este instrumento señala que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) [u]na remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) [u]n salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a la de los hombres, con salario igual por trabajo igual; (...)”.
- iii) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador): el

<sup>191</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Consulta: 2 de mayo de 2011.

□ [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=equitativo](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=equitativo) □

<sup>192</sup> LAROUSSE EDITORIAL S.L. Diccionario Vox Esencial Latino. Segunda edición. Barcelona: SPES, 2002 (reimpresión), p. 24.

artículo 7 de esta norma indica que “[l]os Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a) (...) un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; (...)”.

- iv) Convenio OIT N° 100, sobre igualdad de remuneración<sup>193</sup>: el artículo 2.1 de este instrumento expresa que “[t]odo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

Por lo expuesto, el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa consiste en la igualdad de remuneración por un trabajo igual y en la igualdad salarial por un trabajo de igual valor, sin ningún tipo de distinción.

Tal como lo reconocen las normas internacionales mencionadas, el principal sujeto protegido por el contenido constitucional del derecho serán las mujeres que sufren discriminación salarial por su condición de tal. Sin embargo, nada impide que este contenido constitucional proscriba también cualquier otra situación (sistemática o no) de discriminación salarial basada en motivos prohibidos distintos del sexo (origen, raza, edad, etc.).

Incluso, por la forma en que el derecho a una remuneración equitativa ha quedado configurado a partir de aquellos instrumentos internacionales y teniendo en cuenta su fundamento en el derecho a la igualdad de trato en el trabajo, afirmamos que el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa alcanza a proteger a todo trabajador de cualquier acto de diferenciación simplemente arbitrario en materia remunerativa, como podría ser pagar, sin una justificación objetiva y razonable, distinto salario a dos trabajadores de la empresa que realizan una misma labor.

Queda así determinado el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa. Sin embargo, no nos resulta ajena la sistemática omisión de este derecho en la

<sup>193</sup> Aprobado por Resolución Legislativa N° 13284, de fecha 9 de diciembre de 1959. Instrumento de ratificación depositado el 1 de febrero de 1960. En vigor, para el Perú, desde el 1 de febrero de 1961.

jurisprudencia sobre igualdad salarial, que principalmente ha tratado el principio de igualdad de remuneración por trabajo igual. Asimismo, tampoco somos indiferentes al hecho de que si no concretizamos la más urgente finalidad de este derecho (proscripción de la sistemática discriminación salarial de las mujeres por razón de sexo), habría servido poco el indagar en su configuración constitucional. Trataremos estos dos puntos a continuación, con la idea de brindar un aporte a la vigencia del derecho en la realidad.

### 2.3 La aplicabilidad del derecho a una remuneración equitativa

#### 2.3.1 La inexistencia del derecho, como tal, en la jurisprudencia

Para nuestros órganos jurisdiccionales, el derecho a una remuneración equitativa, como tal, no existe. Por ello, en las sentencias que versan sobre igualdad de remuneración brilla por su ausencia una fundamentación jurídica sobre la base de este derecho, no obstante aplicarse en los casos que se resuelven algún aspecto de su contenido constitucional (comúnmente, el principio de igualdad de remuneración por trabajo igual). Lo lamentable es que tal omisión se encuentra instalada incluso en los órganos de justicia más importantes del país, como son la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional.

Así, en relación con una demanda de reintegro de remuneraciones planteada por un trabajador a quien durante su relación laboral le habían pagado un salario inferior respecto de otros trabajadores que realizaban idéntica labor, la Corte Suprema, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 7, inciso “a”, literal “i”, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó, con carácter de precedente de observancia obligatoria, lo siguiente:

“**Undécimo:** (...) ante igual labor asiste el derecho a un trabajador a percibir igual remuneración, con excepción en los casos en que la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas – evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos entre otros – e inclusive a actos de liberalidad del propio empleador”.<sup>194</sup>

Al respecto, la empresa había alegado como razón de la diferenciación, principalmente, que el demandante no contaba con título profesional. Sin embargo, no

<sup>194</sup> Casación 601-2006 DEL SANTA. Publicada el 5 de enero de 2007 en la separata respectiva del Diario Oficial “El Peruano”, pp. 18438-18439 (la negrita es del autor). Especial atención merece lo expresado por la Corte respecto de los actos de liberalidad del empleador. Consideramos que estos no están exentos de inconstitucionalidad, por lo que la sola voluntad del empleador no puede erigirse como un factor legitimador de diferencias remunerativas.

pudo demostrar que ésta era la condición objetiva determinante para pagarle un salario superior a los demás trabajadores que desempeñaban la misma labor. Por esta razón, la Corte Suprema terminó amparando el derecho del demandante, claro está, sin fundamentar su decisión en el derecho a una remuneración equitativa.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ante una demanda de amparo consistente en la homologación de las remuneraciones de los trabajadores de la ex Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas (entidad absorbida) con los salarios de los trabajadores de la SUNAT (entidad absorbente) que ostentaban cargos o categorías similares, expresó lo siguiente:

“[S]e infiere de los tratados de Derechos Humanos referidos [artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y artículo 2 del Convenio OIT N° 100] (...) que la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo. En efecto se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la remuneración como derecho fundamental de la persona humana”.<sup>195</sup>

Sobre el particular, en ninguna parte de la sentencia respectiva el Tribunal Constitucional aplicó el derecho a una remuneración equitativa, como tal, para sustentar su posición a favor de la homologación. En el texto de la sentencia pueden encontrarse menciones a los derechos a la igualdad, no discriminación e incluso al principio de igual remuneración por trabajo igual. Tratándose del máximo intérprete de la Constitución, la omisión es significativa.

La situación descrita sugiere que se está perdiendo la oportunidad de dotar de vigencia real al derecho a una remuneración equitativa, como tal. La aplicación por aplicación de cualquiera de sus componentes constitucionales, sin una referencia al derecho fundamental que los contiene, representa más una ignorancia judicial del derecho a una remuneración equitativa que una defensa implícita del mismo en el proceso. Y esto no es banal, porque se trata de la propia eficacia del artículo 24 de la Constitución en la realidad. Esperamos que la configuración realizada del derecho en mención cambie en algo la visión programática que los jueces tienen sobre él.

<sup>195</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4922-2007-PA/TC, citada, f.j. 8.

### 2.3.2 La concretización del derecho a una remuneración equitativa en su aspecto de igualdad salarial, sin discriminación por razón de sexo, entre mujeres y hombres

La discriminación salarial de las mujeres por razón de sexo es el principal ámbito de actuación del derecho a una remuneración equitativa. Éste tiene como principal finalidad la eliminación de aquella situación. Por ello, resulta imperativo desarrollar el derecho a una remuneración equitativa en su componente constitucional de igualdad salarial entre mujeres y hombres, sin discriminación por sexo.

Esta tarea exige centrarnos en las disposiciones del Convenio OIT N° 100, que aborda el tema a través del denominado “principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por trabajo de igual valor”. En las líneas que siguen brindaremos algunos alcances sobre este principio.

Conviene empezar afirmando que, para efectos de la aplicación del mencionado principio, el concepto de salario trasciende el elemento esencial de la contraprestatividad para abarcar también a todo aquello que recibe el trabajador en razón de su relación laboral. Esto es así porque el artículo 1 del Convenio OIT N° 100 establece una definición amplísima de remuneración:

“Artículo 1

A los efectos del presente Convenio:

a) el término **remuneración** comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; (...).”

Comentando la norma citada, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), órgano de control de la OIT, explica esta característica totalizadora del salario:

“Esta definición [de remuneración], expresada en los términos más amplios posibles, trata de asegurar que la igualdad no se limite al salario básico u ordinario ni pueda restringirse en modo alguno por disquisiciones semánticas. (...) [En esa línea] [l]a expresión ‘cualquier otro emolumento’ hace que el Convenio abarque elementos tan numerosos como diversos. (...) [L]a Comisión competente de la Conferencia [Internacional del Trabajo, reunida en su sesión 33] prefirió la frase de alcance general ‘cualquier otro emolumento’ y descartó otras fórmulas tales como ‘todo incremento, suplemento, prima, bonificación, alocación u otros aumentos’, y ‘todas las prestaciones y ventajas’. Así, la remuneración a la que se refiere el Convenio incluye, inter alia, ‘los aumentos de salario por antigüedad’, las asignaciones matrimoniales, las asignaciones por costo de vida, el uso de una vivienda o las asignaciones para vivienda y subsidios

familiares pagados por los empleadores, y la retribución en especie tal como el suministro y limpieza de ropa de trabajo. (...) [Por otro lado], [e] agregado de las palabras 'directa o indirectamente' (...) tenía como objeto incluir ciertos emolumentos que el empleado[r] no paga directamente al trabajador interesado, por ejemplo, prestaciones por vacaciones, pagadas con cargo a un fondo común, administrado por los empleadores o los trabajadores. (...) [N]o es pues necesario distinguir si, por cualquier razón, la remuneración recibida por los trabajadores la pagan directamente los empleadores o si éstos la otorgan indirectamente. El Convenio abarca a todos los componentes de la remuneración, directos e indirectos, derivados de la relación de empleo. Esto hace resaltar la importancia que ha de atribuirse a la frase 'en concepto del empleo' para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio".<sup>196</sup>

En ese sentido, quedarán comprendidos dentro del concepto de remuneración, por ejemplo, las prestaciones derivadas de un seguro social financiado por los empleadores, mas no aquellas propias de un sistema estrictamente público de seguridad social:

"Resulta así una distinción entre los sistemas de seguro social; por un lado, los financiados por el empleador o la industria interesada (abarcados por el Convenio [OIT N° 100]) y, por otro, los beneficios prestados por sistemas de seguridad social de carácter 'estrictamente' público no abarcados por el Convenio".<sup>197</sup>

Igualmente, serán remuneración las "propinas" del cliente sujetas a un control del empleador sobre su distribución final entre los trabajadores:

"Se estima que 'propinas' designa no solamente las sumas espontáneamente dadas por el cliente al asalariado, sino también las cobradas por la empresa del cliente, como suplemento de las cuentas, por cualquier concepto, destinadas a ser distribuidas entre los asalariados. (...) [L]a oportunidad de conseguir propinas, facilitada por el empleador en relación con el empleo, puede ser considerada como un pago indirecto a los efectos del Convenio [100 OIT], al menos en la medida en que el empleador tenga algún control sobre la distribución final de las sumas recaudas en concepto de propinas".<sup>198</sup>

Por tanto, en su aspecto de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por trabajo de igual valor, sin discriminación por sexo, el derecho a una remuneración equitativa maneja una noción amplia de salario que, en nuestra opinión, puede condensarse en la siguiente regla (nunca absoluta, por supuesto): todo lo percibido en razón de la relación laboral es remuneración.<sup>199</sup>

<sup>196</sup> COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951. Primera edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1986, pp. 9-11.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>198</sup> *Ibidem*, pp. 75-76.

<sup>199</sup> De esta forma, se evita la posibilidad de que el empleador establezca discriminaciones salariales encubiertas a través del otorgamiento de conceptos que, desde un punto de vista estrictamente legal, no tienen carácter remunerativo.

Por otra parte, la igualdad salarial referida se aplicará sobre empleos *diferentes*, pero que poseen un valor equivalente.<sup>200</sup> Esto significa que previamente debe realizarse una comparación del valor de los puestos de trabajo distintos. Por eso, cabe afirmar que ningún empleo tendrá un valor en sí mismo, sino relativo, es decir, en comparación con otro.<sup>201</sup>

De conformidad con el Convenio OIT N° 100, la determinación del valor relativo del empleo requiere una **evaluación objetiva** de éste sobre la base de los requerimientos que implique. En ese sentido, el artículo 3.1 de esta norma dispone que “[s]e deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio”. Por lo general, cuatro son los factores utilizados en las legislaciones nacionales para esta evaluación: calificación o aptitud, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de trabajo que demande el puesto respectivo.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, sobre la base del estudio de las legislaciones de diversos países miembros de la OIT, nos explica en qué consisten estos factores:

---

<sup>200</sup> Esta característica resulta fundamental para que el principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor se configure como una herramienta idónea para eliminar la discriminación salarial de la mujer, debido a la *segregación ocupacional* en la que ésta se encuentra sumergida.

<sup>201</sup> El ámbito de comparación debe estar determinado por el nivel en que se fijan las tasas de salarios. Tal como señala la CEACR, “el principio de igualdad de remuneración para la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por trabajos de igual valor trasciende los casos en que el trabajo se realiza en el mismo establecimiento así como el de los empleos que ambos sexos desempeñan. (...) Al aplicar el principio del Convenio [OIT N° 100] ‘empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración’ (párrafo 1 del artículo 2), el ámbito de comparación de los empleos desempeñados por hombres y los empleos desempeñados por mujeres debería tener toda la amplitud que permitan el nivel en que se definen las políticas, los sistemas y estructuras salariales, teniendo en cuenta además en qué medida los salarios fijados de manera independiente en las diferentes empresas pueden basarse en factores comunes sin relación con el sexo” (COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Op.cit., p. 14). En ese sentido, por ejemplo, en sistemas de relaciones laborales sólidos, marcados por negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, donde el diseño de una política salarial común sea parte de la agenda, la comparación entre empleos de las distintas empresas es una posibilidad. Por lo demás, esto resultaría útil cuando en una empresa, producto de la evaluación de los empleos, el puesto de la mujer carezca de referente comparativo, al arrojar un valor no equivalente al de ningún trabajo desempeñado por los hombres.

Empero, la realidad peruana dista mucho del escenario descrito. En nuestro caso, el ámbito de comparación estaría definido por el centro de trabajo, siendo posible su ampliación de haber más de uno en la misma empresa. Autores como Blume Moore consideran el ámbito señalado como el más adecuado, en términos generales, para la aplicación del principio: “Consideramos que la definición más adecuada con miras a la implementación práctica de la Teoría del Valor Comparable [o principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor] debe estar determinada por todo centro de trabajo, sea éste uno o más establecimientos de un mismo empleador, siempre que compartan un sistema común de políticas salariales”. BLUME MOORE, Iván. Igualdad salarial entre mujeres y hombres en el Perú: de la construcción teórica a la aplicación práctica. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 105.

“La calificación profesional (o los conocimientos respaldados por un título o diploma o por la práctica y las aptitudes derivadas de la experiencia adquirida), el esfuerzo (esfuerzo físico o mental, o las tensiones, físicas, mentales o nerviosas, relacionadas con el cumplimiento de la tarea) y la responsabilidad (o grado de decisión) necesarios para dar cumplimiento a la tarea (considerando la naturaleza, amplitud y complejidad de las tareas inherentes a cada trabajo), y las condiciones en las que debe realizarse (comprendidos factores tales como el grado de peligro asociado al trabajo) son los criterios a los que más a menudo se hace referencia en la legislación sobre igualdad de remuneración, a fin de comparar el trabajo que debe ser realizado por hombres y mujeres (y no la manera cómo se lo realiza). (...) En aplicación del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, los [mencionados] criterios para evaluar las exigencias inherentes a cada trabajo dan un común denominador para comparar trabajos o empleos de diferente naturaleza, de manera que la restricción a un trabajo igual, análogo o sustancialmente análogo, que aparece en diversas leyes, no parece estar vinculada intrínsecamente al enfoque escogido y puede ser descartada progresivamente”.<sup>202</sup>

Existen distintos *métodos* para valorar los empleos. Sin embargo, es el método por puntos el de mayor aceptación. Relacionándolo con los cuatro factores antes indicados, podemos afirmar que este método consiste en asignarle puntos a cada uno de aquellos factores, de forma que la correspondiente sumatoria determine, numéricamente, el valor del puesto de trabajo. Los puntos se asignan de acuerdo al grado en que cada factor es exigido en el empleo sujeto a evaluación. Sobre el particular, Blume Moore refiere lo siguiente:

“El método que es cada vez más usado y, al mismo tiempo, el más complejo, es el sistema de los ‘puntos’. (...) [A] cada criterio utilizado se le atribuye el grado en el cual el factor es exigido por el trabajo en cuestión; a cada grado se le atribuye un valor en puntos, expresando la importancia concedida a los diferentes elementos de empleo. Se suman a continuación los puntos obtenidos para fijar el valor del puesto de trabajo. Existe un amplio consenso de que el sistema de los puntos es el más adecuado,

<sup>202</sup> COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Op.cit., pp. 43-44 (el subrayado es del autor). Detallando más el contenido de estos criterios, Blume Moore sostiene que “[e]n la mayor parte de los sistemas de evaluación de empleos se tienen en cuenta cuatro factores que pueden ser útiles para poner al descubierto la discriminación oculta o la subvaloración del trabajo de la mujer:

- Aptitud: experiencia, adiestramiento, formación y habilidad que se requiere para ejecutar el trabajo. Incluye la capacidad mental y física necesaria para ello, y comprende variables como la complejidad, dificultad y rapidez.
- Esfuerzo: empleo de energía física o mental que se necesita para ejecutar el trabajo. Incluye también variables como la frecuencia, duración, empeño, tensión.
- Responsabilidad: grado en el que se puede contar con los empleados para el trabajo que tienen que ejecutar y repercusión o importancia para la organización. El concepto se refiere a la importancia de ciertos elementos de un trabajo y su repercusión en la organización. Incluye variables como la importancia, magnitud, valor y confiabilidad.
- Condiciones de trabajo: entorno físico y riesgos del trabajo. Se refiere al medio en que se exige que el personal ejecute su trabajo. Incluye condiciones físicas y psicológicas, así como variables tales como peligro, imprevisibilidad, negatividad, duración y frecuencia”. BLUME MOORE, Iván. Op.cit., pp. 78-79.

pues conduce a resultados más precisos que los otros métodos y es de mucha utilidad para eliminar la discriminación salarial de la mujer”.<sup>203</sup>

Sobre la base de lo expuesto, serán empleos de igual valor aquellos que alcancen igual o similar puntaje, es decir, “aquellos a los que producto de una evaluación de empleos, les corresponde un conjunto similar de requerimientos relativos a aptitud (...), esfuerzo (...), responsabilidades (...) y condiciones de trabajo”.<sup>204</sup> No es necesario que los empleos compartan igual o similar puntaje en cada uno de los factores. Lo importante es que exista una equivalencia general en el puntaje total. Si se detecta que existe desigualdad salarial en relación con empleos de igual valor, resulta imperativo proceder al ajuste remunerativo respectivo.<sup>205</sup>

Consideramos que estas pautas generales ayudan a entender mejor el principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor. De esta manera, también, el derecho de la mujer a una remuneración equitativa, en tanto proscripción de discriminación salarial por razón de sexo, llega a tener un contenido constitucional más concreto. Sin embargo, aún nos movemos en el terreno de la teoría. Por eso, conviene preguntarse si el Estado ha cumplido con su obligación primordial de garantizar la plena vigencia de este componente constitucional del derecho (artículo 44 de la Constitución).

Al respecto, el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006-2010, aprobado por el Decreto Supremo 009-2005-MIMDES, previó como uno de sus objetivos estratégicos que las mujeres y varones tengan “una remuneración y prestaciones sociales iguales por un trabajo de igual valor”. Para tal efecto, la acción estratégica que se formuló fue una “[g]estión concertada con el Poder Legislativo y Ejecutivo, gobiernos regionales y locales para aprobar normas nacionales, regionales y locales” con la finalidad de “[g]arantizar el derecho de la mujer y el varón a percibir igual remuneración por un trabajo de igual valor”. Sobre el particular, la meta al 2010 propuesta por el Plan consistía en que “el Estado peruano habrá incrementado en un 40% la

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, pp. 88 - 89.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>205</sup> No obstante lo expuesto, las legislaciones que regulan el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor contemplan determinadas excepciones como, por ejemplo, la antigüedad del trabajador en la empresa o el costo de vida que implica laborar en un determinado lugar del país. En estos casos, resulta posible que los hombres ganen más que las mujeres, no obstante ser equivalente el valor de sus empleos. Al respecto, véase BLUME MOORE, Iván. *Ibidem*, pp. 109 -114.

adecuación de su normatividad interna a los estándares internacionales en materia de protección de los derechos laborales, en particular de las mujeres”.<sup>206</sup>

En la misma línea, la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (Ley 28983) dispone que, para su cumplimiento, el Poder Legislativo debe seguir determinados “lineamientos”, entre ellos, el previsto en su artículo 5.a, consistente en “[a]probar normas que garanticen los derechos de igualdad entre mujeres y hombres, a nivel laboral, (...) acorde con los compromisos y tratados internacionales que incorporan la equidad de género, la inclusión social y la igualdad de oportunidades, asumidos y ratificados por el Estado peruano (...)”. Por otra parte, en lo que al Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales se trata, esta ley señala que les corresponde adoptar políticas, planes y programas de acuerdo, también, a determinados “lineamientos”, entre ellos, el regulado en el artículo 6.f, referido a “[g]arantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor. (...)”.

La inexistencia de una ley que desarrolle el derecho de la mujer a una remuneración equitativa, en su componente constitucional de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, sin discriminación por sexo, determina que, por lo menos en este punto, siga pendiente lo dispuesto tanto en el Plan Nacional como en la Ley de Igualdad antes referidos. Dado que se requiere del accionar del legislador para que aquel componente tenga una aplicación general en la realidad, la situación descrita representa una verdadera omisión inconstitucional del legislador en perjuicio del colectivo vulnerable que representan las mujeres.

Mientras tanto, serán los jueces los llamados a desempeñar un rol activo en la protección de este componente del derecho a una remuneración equitativa. Desde luego, ante la sistemática omisión judicial de este derecho, como tal, lo más conveniente para la trabajadora será sustentar su queja directamente en el principio de igualdad de remuneración que los hombres por trabajo de igual valor. Lamentablemente, los problemas no terminan aquí, pues se tendrá que instruir al juez sobre el significado de

<sup>206</sup> MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006–2010. Primera edición. Lima: MIMDES, 2005, pp. 88-89. Consulta: 2 de mayo de 2011.

□ [http://www.mimdes.gob.pe/files/PROGRAMAS%20NACIONALES/PNCVFS/planes/pio2006\\_2010\\_vf.pdf](http://www.mimdes.gob.pe/files/PROGRAMAS%20NACIONALES/PNCVFS/planes/pio2006_2010_vf.pdf) □

dicho principio y sobre su exigibilidad, por lo menos, en los casos concretos judicializados. Para lo primero, será de ayuda las pautas generales antes reseñadas; para lo segundo, servirá la propia aplicabilidad inmediata del Convenio OIT N° 100 en virtud del artículo 55 de la Constitución.<sup>207</sup>

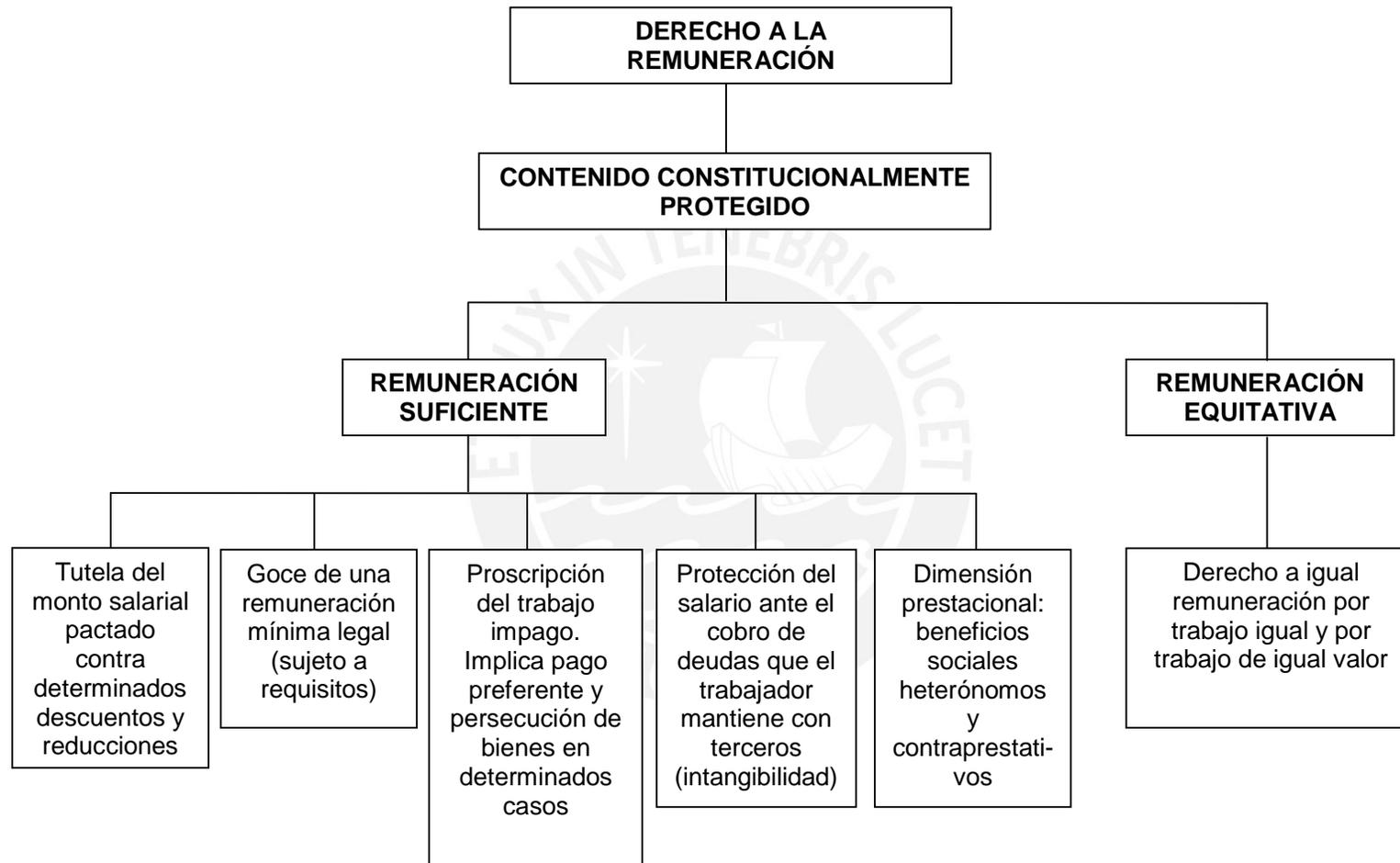
El activismo judicial, no sólo en cuanto al principio en mención, sino también a favor de los demás componentes constitucionales del derecho a una remuneración equitativa, se torna más que necesario frente a nuestra realidad legislativa interna.<sup>208</sup> Exigimos de la judicatura la mejor predisposición para la tutela de este derecho fundamental.

Hemos terminado el estudio del contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa y, con ello, damos por culminada la configuración constitucional del derecho a la remuneración. Como síntesis, presentamos el siguiente cuadro que indica, de modo general, los componentes del contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental.

---

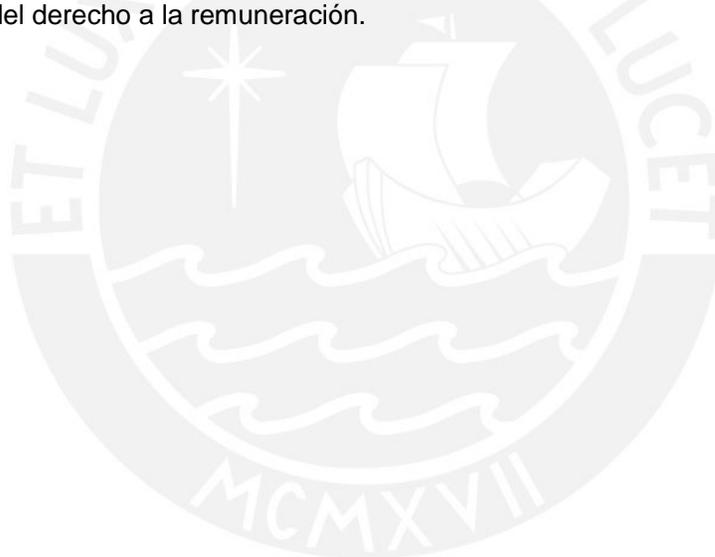
<sup>207</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene afirmado lo siguiente: “Tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado” (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC, citada, f.j. 22). Es cierto que ni del Convenio OIT N° 100 ni de la Recomendación OIT N° 90, que lo complementa, fluye una obligación incondicional de garantizar inmediatamente y de forma general la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor, con lo cual que el tratado sea inmediatamente aplicable no significa que lo sea también el principio que éste reconoce. Sin embargo, esta situación no puede justificar el desamparo judicial de las trabajadoras demandantes, mucho más si es frente a discriminaciones salariales por razón de sexo. Por ello, la consideración del Convenio OIT N° 100 como norma directamente vinculante debe coadyuvar en la exigibilidad *concreta* del principio contenido en él, a fin de revertir la inacción legislativa que se padece.

<sup>208</sup> Discriminación salarial no sólo pueden padecer las mujeres, por ser tales (aunque éste ciertamente es el supuesto más grave, dada la segregación ocupacional que la acompaña). Es posible que existan colectivos distintos de las mujeres que padezcan la misma situación, como las personas con discapacidad, por ejemplo. Si no hay una regulación que verdaderamente garantice la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor en el caso de aquellas, menos existirá para estas. Al respecto, la Ley 27050 sólo sanciona implícitamente la discriminación salarial por razón de discapacidad, al prohibir en su artículo 31.2 que se afecte al trabajador en sus condiciones de empleo por aquel motivo: “Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad” (subrayado nuestro). Con la misma generalidad se aborda la temática en el Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2009 - 2018, aprobado por el Decreto Supremo 007-2008-MIMDES.



Consideramos que, a través de la configuración efectuada, la crítica formulada por la doctrina, en torno al carácter ambiguo e incierto de lo “suficiente” y “equitativo” de la remuneración, está superada. Todo derecho fundamental posee un contenido constitucional delimitable. El derecho a la remuneración no es la excepción. Esto significa que, en puridad, no existe nada de vago en él. Sólo se requería de una labor hermenéutica para determinar su preciso alcance constitucional.

Desde luego, el contenido constitucional que se ha identificado sería meramente lírico si no gozara de una adecuada protección judicial. Cuáles son las vías procesales que se han señalado para tal efecto será el tema de nuestro tercer capítulo. Desde ya, conviene advertir al lector que este último capítulo es una crítica a la célebre Sentencia Baylón, que justamente es la que, con carácter de precedente vinculante, señala las vías procesales a través de las cuales se debe encausar todo pedido de tutela judicial del contenido constitucional del derecho a la remuneración.



### CAPÍTULO III

#### LA TUTELA PROCESAL DEL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN: EL SIGNIFICADO VACÍO DEL ARTÍCULO 37.20 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Al ser un derecho humano, fundamental y constitucional, no cabe duda que el derecho a la remuneración, en su contenido constitucional, debería ser susceptible de tutela a través del proceso de amparo.

A nivel normativo, el derecho a la remuneración goza de tal protección constitucional. Así lo dispone, de forma genérica, el artículo 200.2 de la Constitución.<sup>209</sup> Por su parte, de forma específica, el artículo 37.20 del Código Procesal Constitucional establece que “[e]l amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) [a] la remuneración y pensión”.

Sin embargo, ha sido el tratamiento jurisprudencial de las causales de improcedencia señaladas en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional – artículo que forma parte de las disposiciones generales aplicables a los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento – el que ha puesto en duda la procedencia del proceso de amparo para proteger el derecho a la remuneración. Específicamente, el precedente vinculante señalado en la célebre *Sentencia Baylón* ha terminado por sentar como regla general el carácter legal de este derecho, en lo que a su tutela procesal se refiere. Para explicar esto, analizaremos previamente la *Sentencia Anicama* en la que, al igual como ocurre en aquella otra sentencia, el Tribunal establece algunas reglas para la procedencia del proceso de amparo, pero desde una perspectiva totalmente distinta.

#### 1. La Sentencia Anicama: la procedencia del proceso de amparo sobre la base del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional

El artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional señala que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: (...) [l]os hechos y el petitorio de la demanda no están

<sup>209</sup> Esta norma dispone que “[s]on garantías constitucionales: (...) [l]a Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución [distintos de la libertad individual y derechos constitucionales conexos], con excepción de los señalados en el inciso siguiente [referidos a la solicitud de información a entidades públicas y a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar]. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”. Por sí misma, esta disposición es suficiente para afirmar la procedencia del proceso de amparo para tutelar el derecho a la remuneración del trabajador.

referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.<sup>210</sup>

Atendiendo a esta disposición, y si bien asimilando las categorías de *contenido constitucionalmente protegido* y *contenido esencial*, el Tribunal Constitucional sentó, en la Sentencia Anicama, el siguiente criterio general para que procedan los procesos constitucionales:

“[L]a estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentra condicionada, cuando menos, a las siguientes exigencias: (...) b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él”.<sup>211</sup>

De esta manera, el Tribunal Constitucional otorgaba operatividad al artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, de forma que, en lo que a nosotros interesa, el proceso de amparo sólo tutelase las pretensiones relacionadas con el contenido constitucional de los derechos fundamentales. En esa línea, Abanto Revilla, comentando la sentencia Anicama y atendiendo a la materia concreta tratada por ella, sostiene que “[e]ste fallo tiene por finalidad restringir la ‘amparización’ de las prestaciones pensionarias, limitando su postulación a los casos en que la afectación tenga referencia directa con el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, conforme requiere como supuesto de procedencia el inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237, concordante con su artículo 38”.<sup>212</sup>

Lo expuesto por el Tribunal Constitucional significaba entonces que las pretensiones que no estaban referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado deberían ser vistas en los procesos judiciales ordinarios respectivos, y no en el proceso de amparo ni en cualquier otro proceso constitucional de la libertad. En

<sup>210</sup> Esta disposición es concordante con el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, el que, refiriéndose específicamente al proceso de amparo, indica que éste no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

<sup>211</sup> Sentencia recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC, citada, f.j. 27.b. El resaltado es nuestro.

<sup>212</sup> ABANTO REVILLA, César. Op.cit., p. 433. El subrayado es nuestro.

ese sentido, resultaba coherente que el Tribunal, en la Sentencia Anicama, dispusiera lo siguiente:

“Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, **no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión**, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la **vía judicial ordinaria**.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, **no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión**, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

(...)

La vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios **que no versen** sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el **proceso contencioso administrativo**.<sup>213</sup>

Si bien en términos de “contenido esencial”, la sentencia Anicama es clara en señalar que en el proceso de amparo sólo resulta posible la tutela del contenido constitucional de un derecho, no así del contenido legal del mismo o de simples derechos infraconstitucionales<sup>214</sup>: estos recibirán protección a través de los procesos judiciales ordinarios, los cuales, efectivamente, han sido diseñados para tal finalidad.<sup>215</sup>

Como se aprecia, esta sentencia marca un hito en lo que a la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales se refiere. Sin embargo, obvió un aspecto importante: el que se encuentre comprometido el contenido constitucional de un derecho no es el único requisito de procedibilidad que se debe cumplir para activar la tutela constitucional. En efecto, en lo que a nuestro tema de investigación interesa, resulta necesario, además, que no exista algún proceso ordinario **específico** que brinde a tal contenido una **protección concreta igual de satisfactoria** que la que prestaría el proceso de amparo. Es el

<sup>213</sup> Sentencia recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC, citada, ff.jj. 37.g y 51. El resaltado es nuestro.

<sup>214</sup> El proceso de amparo sólo protege derechos constitucionales (artículos 200.2 de la Constitución y 38 – primera parte – del Código Procesal Constitucional) y, específicamente, sólo el contenido constitucional de tales derechos (artículos 5.1 y 38 – segunda parte – del Código Procesal Constitucional). En ese sentido, “no se debe extender la protección de los procesos constitucionales a situaciones que guardan relación indirecta con un derecho fundamental o que se derivan de él, pero que no constituyen un problema de constitucionalidad, toda vez que tienen su origen y fundamento en una norma de jerarquía legal”. Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 2 de marzo de 2007 (f.j. 2). Recaída en el expediente 9096-2006-PA/TC.

<sup>215</sup> Desde luego, nada impide que el justiciable, si así lo desea voluntariamente, acuda desde el principio a la vía ordinaria para solicitar la tutela del contenido constitucional del derecho supuestamente afectado. Sin embargo, de ocurrir esto, se encontrará impedido luego de iniciar un proceso constitucional sobre el mismo asunto litigioso, en aplicación del artículo 5.3 del Código Procesal Constitucional.

tratamiento jurisprudencial de este requisito el que ha determinado que el derecho a la remuneración sea excluido del ámbito de protección del mencionado proceso constitucional, tal como veremos a continuación.

## 2. La Sentencia Baylón: la (im)procedencia del proceso de amparo sobre la base del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional

El artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional dispone que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: (...) [e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

De esta forma, en lo que a nosotros concierne, el legislador modifica el régimen del proceso de amparo, que ahora asumirá un carácter residual y ya no alternativo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de esta modificación al señalar que “[t]al excepcionalidad [residualidad] obedece a la finalidad y exigencia de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expeditivo del proceso de amparo”.<sup>216</sup>

Es sobre la base de la causal de improcedencia referida que, en la Sentencia Baylón, el Tribunal Constitucional ha establecido, **como regla general**, que determinadas materias de Derecho Laboral Individual, privadas y públicas, deben ventilarse en los procesos laboral o contencioso administrativo, y no en el proceso constitucional de amparo. A criterio del Tribunal, los derechos fundamentales relacionados con estas materias – y, por tanto, excluidos ahora *prima facie* de la tutela constitucional – obtienen de aquellos procesos judiciales ordinarios una tutela específica e igualmente satisfactoria que la que podría brindarles el mencionado proceso constitucional.

El derecho a la remuneración se encuentra dentro de estos derechos desprotegidos. En efecto, en lo que al régimen laboral privado respecta, el Tribunal Constitucional determinó en la Sentencia Baylón lo siguiente:

“[L]a Ley Procesal del Trabajo, N° 26636, prevé en su artículo 4° la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los

<sup>216</sup> Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 28 de agosto de 2008 (f.j. 4). Recaída en el expediente 3008-2007-PA/TC.

Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

(...)

b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.

c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.

d) **Pago de remuneraciones y beneficios económicos.**

A su turno, el artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:

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.

(...)

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

(...)

**Consecuentemente, los amparos que se refieran a la[s] materias descritas (...), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo**<sup>217</sup>.

Seguidamente, en lo que a nosotros interesa, el Tribunal Constitucional señaló en la misma sentencia que el derecho constitucional a la remuneración será tutelado a través de la vía ordinaria laboral (en el proceso laboral que corresponda), por ser ésta igualmente satisfactoria que el proceso de amparo. Dada la exclusión como regla general, sólo excepcionalmente procederá tutelar el derecho a la remuneración a través de este proceso constitucional:

“[A]quellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo [como pago de remuneraciones y beneficios económicos], los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. **Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo**”<sup>218</sup>.

En lo que a los distintos regímenes laborales públicos se refiere, el Tribunal Constitucional procedió de la misma forma y predeterminó que el derecho a la remuneración del personal dependiente al servicio de la Administración Pública carece de

<sup>217</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 2005 (ff.jj. 17 y 18). Recaída en el expediente 206-2005-PA/TC. El resaltado es nuestro.

<sup>218</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 206-2005-PA/TC, citada, f.j. 20. El resaltado es nuestro.

protección a través del proceso de amparo. Es más, por la generalidad con que lo indica, pareciera afirmar que este derecho de los servidores es un derecho legal:

“Lo mismo [improcedencia del proceso de amparo] sucederá con las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública **y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como** nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, **cuestionamientos relativos a remuneraciones**, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros”.<sup>219</sup>

En esa línea, el referido órgano jurisdiccional derivó la tutela del derecho a la remuneración de los servidores públicos a la vía ordinaria contencioso administrativa,<sup>220</sup> por constituir ésta, según su criterio, una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo. Nuevamente, dada la regla general de exclusión, sólo excepcionalmente cabrá proteger aquel derecho en sede constitucional:

“[E]l Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. (...) Por tanto, conforme al artículo 5º, inciso 2º, del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente [entre estas, los cuestionamientos relativos a remuneraciones] deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contencioso administrativa. **Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo**”.<sup>221</sup>

La exclusión del contenido constitucional del derecho a la remuneración, del ámbito de tutela del proceso de amparo, se hace evidente si se repara que, ante la vulneración de sus componentes, la pretensión procesal que se formule en la demanda respectiva

<sup>219</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 206-2005-PA/TC, citada, f.j. 23. El resaltado es nuestro.

<sup>220</sup> Respecto de las demandas de amparo de trabajadores adscritos a los regímenes laborales públicos, que versen sobre las materias excluidas y que estuviesen en trámite al tiempo de la publicación de la Sentencia Baylón en el Diario Oficial “El Peruano”, el Tribunal especificó que, al declararse su improcedencia, deberán ser reconducidas al proceso contencioso administrativo especial. A tal efecto, rigen las reglas procesales previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 de la Sentencia Anicama. Sobre el particular, véase el fundamento jurídico 36 y el punto resolutivo 4 de la Sentencia Baylón.

<sup>221</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 206-2005-PA/TC, citada, ff.jj. 21 y 24. El resaltado es nuestro.

será, por lo general, una de pago de remuneraciones (régimen laboral privado) o significará un cuestionamiento relativo a remuneraciones (régimen laboral público), materias que ahora, en virtud de la Sentencia Baylón, se encuentran impedidas de transitar por la jurisdicción constitucional.

Piénsese, por ejemplo, en un descuento no autorizado por ley o que no cuente con la aceptación escrita del trabajador, en una sanción pecuniaria desproporcionada en relación con la falta cometida y los fines que se persiguen con aquella, en una reducción unilateral de salario puramente discrecional, en una simple negativa de pago del empleador, en una discriminación salarial por razón de sexo en trabajos iguales, etc.<sup>222</sup> Ahora, en virtud de los criterios de procedencia antes referidos, que tienen la calidad de precedente vinculante, ningún trabajador que se encuentre en algunas de las situaciones indicadas,<sup>223</sup> y posiblemente en otras similares,<sup>224</sup> tendrá acceso, por regla general, al proceso constitucional de amparo para solicitar que se le restituya en el pleno goce de su derecho a la remuneración.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Cabe resaltar que, si bien *formalmente* en los actos de hostilidad que afectan el derecho a la remuneración la pretensión procesal sería el cese del acto hostil (en caso el trabajador desee seguir en la empresa), no debe perderse de vista que *materialmente* el trabajador está solicitando el pago de su salario. Por ejemplo, en la reducción y discriminación salarial citadas, es evidente que el trabajador pretende el pago íntegro de su salario y el pago de su sueldo en condiciones de igualdad, respectivamente (con los reintegros correspondientes). Siendo esto así, la pretensión de cese de acto hostil, en materia salarial, también sería declarada improcedente. Por lo demás, tal como se ha visto, el propio Tribunal Constitucional, por regla general, ha sustraído expresamente de los alcances del proceso de amparo cualquier controversia sobre actos de hostilidad.

<sup>223</sup> Prescindimos de detallar más cada uno de los ejemplos mencionados, pues estos ya han sido tratados a profundidad en el Capítulo II de la presente investigación.

<sup>224</sup> Es posible que la misma lógica de improcedencia se extienda a pretensiones análogas a la de pago de remuneraciones. Nos referimos concretamente a los embargos de salarios y figuras similares. Repárese, por ejemplo, en embargos administrativos por tributos impagos que afecten el carácter alimentario del derecho a la remuneración o en compensaciones bancarias que exceden los límites legales. Sentada como regla general la exclusión del derecho a la remuneración del ámbito de tutela del proceso de amparo, la respectiva pretensión de reembolso (por lo menos en cuanto al exceso embargado o compensado) podría recibir, en sede constitucional, el mismo tratamiento que la pretensión de pago de remuneraciones (improcedencia).

<sup>225</sup> Quizá una posible excepción se encuentre en aquellas situaciones pluriofensivas de derechos fundamentales, en donde a la afectación del derecho a la remuneración le acompaña la vulneración de otro derecho fundamental especialmente protegido por el Tribunal Constitucional (igualdad, no discriminación o libertad sindical). Indicio de esto lo constituye la ya estudiada sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4922-2007-PA/TC (Caso homologación de salarios entre trabajadores de SUNAD y SUNAT), en donde el tribunal detecta que se ha vulnerado “el derecho a la igualdad de los demandantes para percibir una remuneración por igual labor y por igual categoría que la que perciben los trabajadores originarios de la entidad emplazada” (f.j. 16). El dato de la procedencia de la demanda de amparo, no obstante haberse interpuesto cuando ya era vinculante el precedente establecido por la Sentencia Baylón, y el hecho de que la pretensión de homologación consista, en puridad, en una de pago de remuneraciones (en condiciones de igualdad), brindan sustento a nuestra afirmación.

Sin embargo, considero que la perspectiva de la pluriofensividad no sólo tiene bondades (apertura del proceso de amparo), sino también acarrea peligros para el derecho a la remuneración. Dos son las razones de esto: i) la pluriofensividad del acto inconstitucional soslayará el reconocimiento judicial del derecho a una remuneración equitativa. Por ejemplo, en los casos de discriminación salarial por razón de sexo, el juez constitucional preferirá observar más la vulneración de varios derechos que dotar de contenido propio al de remuneración equitativa y argumentar la inconstitucionalidad del acto a partir de este derecho (que, sin duda,

En esa línea, sobre la base de la Sentencia Baylón, se ha producido un rechazo sistemático (por improcedentes) de demandas de amparo relacionadas con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración. Así, por ejemplo, a propósito de la reducción de remuneraciones en virtud de una resolución administrativa que aplicaba lo dispuesto en un Decreto Supremo – el cual establecía una nueva escala remunerativa para los trabajadores del INABIF (sujetos al régimen laboral privado) –, el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

“[E]l petitorio de la demanda está dirigido a cuestionar la determinación de tales montos remunerativos establecida en la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 358 (...). No obstante, dado que los demandantes pertenecen al régimen laboral privado (...), **y tal como fuera establecido en los fundamentos 17 y 18 de la STC N° 206-2005-PA/TC** (...), el cese de los actos de hostilidad del empleador, tales como la reducción inmotivada de la remuneración, supuesto que incluye los cuestionamientos a la fijación de las políticas remunerativas del empleador, es competencia, por razón de la materia, de las Salas Laborales y de los Juzgados de Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 26636 (...). En consecuencia, tal pretensión no es procedente en la vía del amparo, **dada la existencia de una vía procedimental específica e igualmente idónea para la satisfacción de los derechos constitucionales vulnerados** [proceso laboral ordinario], conforme está establecido en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional”.<sup>226</sup>

De la misma forma, se han declarado improcedentes las demandas entabladas por trabajadores sujetos al régimen laboral público que impugnaban reducciones y descuentos de remuneraciones. Sobre la reducción de remuneraciones en el sector público, el Tribunal ha expresado lo siguiente:

“[L]a parte demandante solicita que se le restituyan las cosas al estado anterior a la reducción inmotivada de su remuneración correspondiente al mes de julio de 2004 y que durante los meses sucesivos se respete el nivel adquirido y la remuneración que le corresponde, por considerar que se ha vulnerado su derecho constitucional a la obtención de una remuneración equitativa y suficiente. (...) Que, **de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 25 de la sentencia precitada** [Sentencia Baylón] (...) se determina que, en el presente caso, la pretensión de la parte demandante no procede **porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado**. Que, en

muchas veces podría ser suficiente para estimar la demanda); y ii) la perspectiva de la pluriofensividad configurará al derecho a la remuneración como un derecho **dependiente** de otros para su protección constitucional. En esa línea, se requerirá, por ejemplo, que la lesión del derecho a la remuneración repercuta en el derecho de sindicación de los trabajadores (reducción de salarios a los trabajadores que se afilian al sindicato). La vulneración del especialmente tutelado derecho a la libertad sindical de los trabajadores y del sindicato (que vería minimizada la fuerza de su accionar por la injerencia del empleador), permitiría analizar esta reducción de remuneraciones en el proceso constitucional de amparo, no obstante ser la conducta del empleador un acto de hostilidad de competencia de los jueces laborales. Paradójicamente, la concretización de este segundo peligro será la evidencia de que el derecho a la remuneración aún puede ser protegido en sede constitucional.

<sup>226</sup> Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 13 de noviembre de 2007 (f.j. 5). Recaída en el expediente 2942-2007-PA/TC. El resaltado es nuestro.

consecuencia, siendo el asunto controvertido uno del régimen laboral público, se deberá dilucidar en el proceso contencioso administrativo (...).<sup>227</sup>

Y sobre los descuentos de salarios en el caso de los trabajadores del régimen laboral público, el Tribunal ha tenido oportunidad de manifestar lo siguiente:

“[L]a parte demandante solicita que la Unidad de Gestión Educativa de Chota deje de descontar o retener de sus remuneraciones la suma de doscientos cincuenta nuevos soles mensuales, que se viene realizando, pese a no haber autorizado dicho descuento, ni existir orden judicial alguna que lo disponga. (...) Que **de acuerdo a los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 25 de la sentencia precitada [Sentencia Baylón], (...) se determina que, en el presente caso, la pretensión de la parte demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado.** Que, en consecuencia, siendo el asunto controvertido uno del régimen laboral público, se deberá dilucidar en el proceso contencioso administrativo (...).<sup>228</sup>”

En conclusión, el Tribunal Constitucional, valiéndose del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, ha diseñado un escenario en donde el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración no participa de la garantía constitucional brindada por el proceso de amparo. Lo expuesto no sería tan grave si en sede ordinaria, y tal como se afirma en la Sentencia Baylón, existieran procesos específicos, igualmente satisfactorios que el proceso de amparo, que tutelén aquel contenido constitucional. Por eso, a fin de entender completamente la gravedad de la exclusión estudiada, corresponde verificar la existencia de tales procesos.

### **3. La existencia de procesos específicos, igualmente satisfactorios que el proceso de amparo, para la protección, en sede ordinaria, del contenido constitucional del derecho a la remuneración**

#### **3.1 El análisis casuístico como punto de partida**

Conviene empezar este punto teniendo en cuenta lo siguiente: el análisis de la existencia de vías específicas e igualmente satisfactorias no puede prescindir del caso concreto. Esto resulta obvio, pues la tutela igualmente satisfactoria no tiene como elemento de referencia el derecho fundamental en abstracto, sino el concreto derecho

<sup>227</sup> Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 9 de enero de 2006 (ff.jj. 1, 3 y 4). Recaída en el expediente 1760-2005-PA/TC. El resaltado es nuestro.

<sup>228</sup> Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 9 de enero de 2006 (ff.jj. 1, 3 y 4). Recaída en el expediente 4088-2005-PA/TC. El resaltado es nuestro.

constitucional del demandante y, por tanto, las circunstancias en que, supuestamente, se ha producido su lesión o amenaza. En otras palabras, la improcedencia de la demanda de amparo no puede decretarse prescindiendo del análisis casuístico.<sup>229</sup>

Este dato, que resulta obvio, es irrelevante para el Tribunal Constitucional en la Sentencia Baylón. En primer lugar, porque prefiere **predeterminar directamente** los procesos específicos e igualmente satisfactorios (laboral y contencioso administrativo), en vez de establecer criterios para que los jueces evalúen cuándo se encuentran ante un proceso con tales características. En segundo lugar, porque dispone la obligatoriedad de utilizar dichos procesos preestablecidos, de forma que sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración fehaciente de que aquellos no son igualmente satisfactorios, procederá la demanda de amparo.<sup>230</sup> Consecuentemente, la regla del análisis del caso concreto para concluir la existencia de un proceso igualmente satisfactorio y, de esta forma, determinar la procedencia o improcedencia de la demanda de amparo, se convierte en una excepción.<sup>231</sup> Al respecto, resulta esclarecedor lo expuesto por Vidal Salazar:

“[L]a selección contenida en la Sentencia [sobre las materias laborales que pueden ser vistas en amparo, excluyendo otras] contradice la regla de analizar caso por caso (es decir, en cada caso en concreto) la procedencia del proceso de amparo, regla que además se encuentra citada en el mismo pronunciamiento (Fundamento 6). En ese sentido, lo que correspondía era fijar los criterios a ser utilizados para determinar la vía igualmente satisfactoria, o elaborar una definición de la misma. (...) Desde nuestro punto de vista, estas limitaciones [exclusión prefijada de determinadas materias en cuanto a su tutela constitucional se refiere, como regla general, y procedencia de esta protección como excepción] pueden atentar contra el derecho del afectado de recurrir al proceso de amparo cuando se vulnere su derecho constitucional (por ejemplo, ante un acto de hostilidad que comprende una conducta discriminatoria), y que, en todo caso, en el caso concreto se evalúe si existe una vía igualmente satisfactoria. La posibilidad (excepcional) que deja el TC de recurrir al proceso de amparo (Fundamentos 20 y 24), a nuestro entender, no

<sup>229</sup> Tal como se apreciará más adelante, el requisito de *especificidad* del proceso ordinario sí puede configurarse al margen del caso concreto, pues se encuentra referido a la exclusividad de la función tutelar de dicho proceso, de forma que a través de él sólo se proteja el contenido constitucional de los derechos. En ese sentido, basta analizar la existencia de aquel requisito a nivel de los derechos fundamentales en abstracto. Sobre el requisito de especificidad, véase infra, pp. 147-148, 156.

<sup>230</sup> Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 206-2005-PA/TC, citada, ff.jj. 20 y 24.

<sup>231</sup> Lo curioso es que, en un principio, el Tribunal parece seguir esta regla en la Sentencia Baylón, por lo menos en lo que se refiere a la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado. En ese sentido, afirma en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia que “solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, **caso por caso**, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”. El subrayado es nuestro.

soluciona el presente problema al convertir la regla (análisis caso por caso) en una excepción”.<sup>232</sup>

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional persiste en su posición, a tal punto que ha llegado a afirmar que el proceso igualmente satisfactorio debe estar identificado **previamente** a la interposición de la demanda respectiva:

“[D]icha causal de improcedencia [artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional] resulta de aplicación en todos aquellos casos en los que la justicia constitucional, **previamente a la interposición de una demanda**, haya determinado de modo concreto cuál es la vía igualmente satisfactoria para la protección de un derecho fundamental, de modo que, por ejemplo, **resultará improcedente que un justiciable interponga una demanda de amparo cuando pese a haberse determinado que hay una vía ‘jurisdiccional’ ordinaria que pueda proteger igualmente su derecho, haya decidido acudir al amparo**. Si la jurisdicción constitucional no ha establecido previa y claramente cuál es la vía igualmente satisfactoria para la protección de un derecho fundamental, entonces no se puede aplicar esta causal para desestimar demandas de amparo. Tal proceder afectaría el derecho de libre acceso a la jurisdicción del justiciable pues se le aplica una carga irrazonable, como es aquella de que sea él quien examine todos los procesos jurisdiccionales ordinarios y verifique cuál de ellos es igualmente idóneo y eficaz en la protección de un derecho fundamental, cuando en realidad esta carga le corresponde a la jurisdicción constitucional, **antes de que se interponga una demanda**”.<sup>233</sup>

Si bien lo afirmado por el Tribunal es positivo en el sentido que permite la procedencia de las demandas de amparo en aquellas materias en donde aún no se ha identificado el proceso igualmente satisfactorio,<sup>234</sup> repárese la nocividad de este criterio para los casos en donde ya se “cumplió” con esta determinación previa y clara (como es el caso del derecho a la remuneración): la importancia que tiene el análisis del caso concreto para concluir la existencia de un proceso igualmente satisfactorio y, por tanto, para decidir la procedencia o improcedencia de la demanda de amparo, es casi nula.

Al respecto, conviene leer entrelíneas lo expresado por el Tribunal Constitucional en la cita transcrita. No cabe duda que con “jurisdicción constitucional”, el Tribunal se está refiriendo a sí mismo, pues difícilmente una determinación previa del proceso igualmente

<sup>232</sup> VIDAL SALAZAR, Michael. La procedencia del proceso de amparo para la protección de derechos laborales. En: Revista Asesoría Laboral, Año XVII, N° 193, 2007, p. 14.

<sup>233</sup> Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 20 de febrero de 2009 (f.j. 3). Recaída en el expediente 951-2008-PA/TC.

<sup>234</sup> En estos casos, el proceso de amparo seguirá siendo alternativo y no residual, al ser inaplicable, según las propias consideraciones del Tribunal, el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Sin duda, tal alternatividad no resulta predicable para la tutela constitucional del derecho a la remuneración, pues en la Sentencia Baylón ya se ha predeterminado de forma clara los respectivos procesos igualmente satisfactorios. En esa línea, el trabajador demandante, para acceder al proceso de amparo, tendría la obligación de acreditar que dichos procesos no tienen tal característica en lo que a la protección de su derecho fundamental se refiere.

satisfactorio por parte de otro órgano (un juez o sala superior competente) tendrá la capacidad de vincular a todos los jueces. Por lo demás, un mínimo criterio de seguridad jurídica así lo sugiere.

Siendo esto así, el Tribunal Constitucional se atribuye la exclusividad de la determinación del proceso igualmente satisfactorio y se refuerza, de esta manera, la irrelevancia del caso judicial concreto en el análisis de procedencia respectivo. Esto significa que, al momento de dictaminar la procedencia de la respectiva demanda de amparo, el juez de primera instancia y la Sala Superior competentes se convertirán en simple “boca del Tribunal Constitucional”. La obligación de estos órganos inferiores de no declarar improcedente la demanda de amparo cuando el Tribunal no ha efectuado el respectivo desarrollo del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional producirá el efecto contrario cuando tal desarrollo sí exista: se declarará la improcedencia de la demanda de amparo por existir un proceso igualmente satisfactorio, al margen de las concretas circunstancias del caso.<sup>235</sup>

En la práctica, esto significa que si el demandante no prueba que, en su caso concreto, el proceso preestablecido es menos satisfactorio que el proceso de amparo para tutelar su derecho fundamental, el juez constitucional se sentirá en la plena libertad de declarar improcedente la demanda.<sup>236</sup> Al respecto, resulta ilustrativo el rechazo sistemático que han tenido las demandas de amparo en materia remunerativa (referido anteriormente): operada la predeterminación previa y clara en la Sentencia Baylón de los procesos igualmente satisfactorios para la tutela del derecho a la remuneración, el análisis casuístico pasó a un segundo plano en la evaluación de la procedencia de la demandas presentadas con posterioridad a la publicación de dicha sentencia.

---

<sup>235</sup> Por lo menos, que los órganos jurisdiccionales inferiores se encuentren impedidos de aplicar el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional en las materias donde aún no exista un pronunciamiento previo y claro del Tribunal Constitucional sobre la existencia de un proceso ordinario igualmente satisfactorio, representa una interferencia del Tribunal Constitucional en el ejercicio de la función jurisdiccional de los jueces y, por tanto, vulnera la correspondiente independencia de estos (artículo 139.2 de la Constitución).

<sup>236</sup> No son pocas las veces en que el Tribunal Constitucional se ha valido del incumplimiento de esta carga probatoria para desestimar demandas de amparo. Tal proceder, incluso, ha tenido lugar en casos en que el respectivo proceso igualmente satisfactorio no había sido determinado claramente con anterioridad a la interposición de la demanda, bastando que se detecte la simple existencia de aquel al momento de verificar la procedencia de ésta: “[L]a recurrente no ha expresado razones suficientes que creen la convicción a este Tribunal Constitucional de que el proceso contencioso administrativo, ya sea en base a elementos objetivos o por las circunstancias particulares del caso, no pueda ofrecer una tutela igualmente satisfactoria. En consecuencia, el Tribunal considera que es de aplicación al caso el inciso 2) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional” (sentencia de fecha 19 junio de 2006, f.j. 3. Recaída en el expediente 4952-2006-PA/TC). Es de pensar que, con el nuevo criterio del Tribunal Constitucional, la simple existencia de un proceso igualmente satisfactorio ya no será suficiente para sancionar la improcedencia de la demanda de amparo.

En último caso, el juez constitucional sólo analizará la viabilidad de la concreta demanda si es que sus energías lo permiten. El respaldo que tiene en los criterios del Tribunal Constitucional lo reconfortará si es que prescinde de tal análisis.

Por lo expuesto, queda claro entonces que lo más conveniente para la correcta aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional es la formulación de criterios para que los jueces constitucionales determinen, según las circunstancias del caso, la existencia en sede ordinaria de un proceso igualmente satisfactorio que el proceso de amparo para la tutela del derecho supuestamente vulnerado o amenazado. Por ello, compartimos más el proceder de la Corte Suprema de Justicia de la República que, siguiendo esta línea, recomendó a los jueces, a través del Acuerdo de Sala Plena de fecha 30 de octubre de 2007, utilizar los siguientes criterios para efectuar tal determinación:

“a) Irreparabilidad del daño al derecho invocado si se recurre a los medios ordinarios de protección; b) Probanza que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho (acreditando para ello evaluaciones sobre la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado); c) Análisis del trámite previsto a cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación; y d) Evaluación acerca de la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de los medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado o acerca de la anticipación con la cual toma conocimiento de una causa”.<sup>237</sup>

Sin duda, el hecho de que este Acuerdo de Sala Plena no sólo no predetermine una vía procesal ordinaria, sino además recomiende una serie de **criterios** para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional (algunos de los cuales tendrían que analizarse en cada caso concreto, por ejemplo la inminencia del peligro sobre el derecho invocado) favorece la regla del análisis caso por caso para determinar la procedencia de las demandas de amparo. Lo ideal hubiera sido que el Tribunal Constitucional proceda de esta forma al momento de desarrollar la causal de improcedencia en estudio.

<sup>237</sup> Agrega la Sala Plena que “[e]stos criterios, a su vez, se traducen en un examen en donde se deberá tomar en cuenta: a) La (...) legitimación procesal (activa y pasiva); b) La capacidad de ofrecer y/o actuar pruebas; c) El derecho a ser debidamente notificado de los diferentes incidentes o incidencias que se presenten a lo largo de cada proceso; d) La fluidez y duración del trámite previsto; e) La existencia de un escenario cautelar suficientemente garantista; f) El establecimiento de medios impugnatorios eficaces; g) El tipo de sentencia a obtenerse; y, finalmente, las pautas dentro de las cuales pueden ejecutarse este tipo de sentencias”.

Véase el contenido del documento en el Oficio Circular N° 195-2007-SG-CS-PJ, de fecha 5 de noviembre de 2007, a través del cual la Corte Suprema comunica a la Corte Superior de Justicia de Lima este Acuerdo de Sala Plena.

□ [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/OF\\_CIR\\_195-2007-SG-CS-PJ\\_2.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/OF_CIR_195-2007-SG-CS-PJ_2.pdf) □ Consulta: 8 de junio de 2011.

Dado que el análisis casuístico que reclamamos es para determinar la procedencia o improcedencia de las demandas de amparo, y como tal decisión le corresponde al juez tomarla a la luz de la existencia o inexistencia de procesos ordinarios específicos que sean, en comparación con el proceso de amparo, igualmente satisfactorios en la protección del contenido constitucional del derecho alegado, corresponde explicar qué debe entenderse, en el contexto señalado, por vía específica e igualmente satisfactoria. Es decir, toca ahora desarrollar el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

### 3.2 Configuración de los procesos específicos e igualmente satisfactorios que el proceso de amparo

La aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional resulta compleja, pues no sólo exige la existencia de un proceso ordinario **específico** para proteger el contenido constitucional del derecho comprometido, sino, además, que dicha vía específica brinde una tutela que, por lo menos, sea **igual de satisfactoria** que la que otorga el proceso de amparo. El Tribunal Constitucional, si bien no en los mejores términos, ha resaltado la necesidad de confluencia de estos dos requisitos para que opere la causal:

“Por cierto, la sola existencia en la vía ordinaria de un proceso judicial [apto para la discusión de la pretensión] no constituye, *per se*, un motivo suficiente para desestimar una pretensión que también podría promoverse en el amparo. Y es que, a continuación, es preciso que se verifique si es que existiendo un proceso ordinario, acaso éste no pueda dispensar una tutela igualmente satisfactoria [que] este proceso constitucional, ya sea por la existencia de elementos objetivos que no permitan que el proceso ordinario brinde una tutela pronta y efectiva, ya porque no existiendo dichos impedimentos objetivos en el proceso ordinario, sin embargo, las circunstancias propias del caso justiciable exigen sin mayor dilación un pronunciamiento jurisdiccional a través del proceso de amparo”.<sup>238</sup>

En lo que al requisito de **especificidad** se refiere, pareciera que el Tribunal se conforma con la simple existencia de una vía paralela.<sup>239</sup> Sin embargo, opinamos que el requisito en mención exige algo más, esto es, que en sede ordinaria la ley procesal

<sup>238</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4952-2006-PA/TC, citada, f.j. 2.

<sup>239</sup> De acuerdo con Abad Yupanqui, “[s]e entiende por vías paralelas –también llamadas convergentes o concurrentes– a todo proceso (ordinario, sumario, especial, etc.) distinto al amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado. Para que una vía pueda ser calificada como paralela debe perseguir el mismo fin que el amparo, con invocación de los mismos hechos y de las mismas partes. Este último aspecto, si bien es importante, en determinadas ocasiones se relativiza, pues en el amparo no resulta esencial determinar con total detalle quién es el sujeto agresor, sino la violación en sí misma, con lo cual perfectamente se podrían presentar situaciones en las cuales no se haya identificado plenamente al sujeto agresor (...)”. ABAD YUPANQUI, Samuel B. Residualidad y vías paralelas en el proceso de amparo. Análisis de su desarrollo jurisprudencial. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 15, N° 130, 2009, p. 76.

respectiva (por ejemplo, la ley procesal laboral) regule un **proceso especial** de tutela del contenido constitucional de los correspondientes derechos fundamentales (remuneración, libertad sindical, derecho al trabajo, etc.). Por eso, estamos de acuerdo con Castillo Córdova cuando afirma lo siguiente:

“La *especificidad*, en este caso, debe ser entendida como *singularidad o individualidad*, y ésta debe ser definida en contraposición a la *generalidad*. Las vías judiciales ordinarias de naturaleza general no son aptas para ofrecer una defensa y protección adecuadas frente a agresiones de derechos constitucionales. Ellas han sido pensadas y estatuidas para defender derechos de rango meramente legal o administrativo y, si bien son aptas para la defensa de un derecho constitucional en la medida que son aptas para la defensa de cualquier derecho subjetivo, en ningún caso podrán brindar una protección igualmente eficaz a la que brinde, por ejemplo, el proceso constitucional de amparo. Ningún proceso general – civil, laboral, tributario, contencioso administrativo, etc.–, servirá para cumplir con la medida prevista en el artículo 5.2 CPConst. Debe tratarse de procedimientos específicos, lo que requiere que la ley procesal contencioso administrativa, civil, laboral o tributaria defina (...) algún proceso de defensa de los derechos fundamentales de naturaleza administrativa (vulneración de la libertad de empresa por resolución administrativa que clausura indebidamente un local comercial), civil (honor, intimidad, etc.), laboral (libertad sindical, de huelga, protección adecuada frente al despido arbitrario, etc.) o tributaria (lesión al derecho de propiedad por cobro de tributos confiscatorios, etc.)”.<sup>240</sup>

Sobre el requisito consistente en que el proceso ordinario brinde a los derechos fundamentales una protección **igualmente satisfactoria**, el autor citado enfatiza que éste proceso debe ser **sumario**, lo que en su opinión exige, a su vez, que reúna determinadas características procesales semejantes a las que posee el proceso de amparo:

“Dentro de estos aspectos procesales, hay que mencionar la obligación de trámite preferente (artículo 13 CPConst) y la previsión procesal de que las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en la sentencia (artículo 10 CPConst). Y en particular, hay una característica que debe ser resaltada especialmente: la ausencia de etapas de actuación de pruebas. De manera que sólo serán procedentes *los medios probatorios que no requieren actuación*, y si el juez considera indispensable alguna actuación probatoria, su realización no debe afectar la duración del proceso (artículo 9 CPConst). Por lo demás, no sirve como argumento para sustentar la sumariedad de un proceso judicial ordinario idóneo para la salvación de un derecho constitucional, el que permita interponer medidas cautelares. Dos son las razones que hacen inútil este argumento. Primera, que la respuesta que se obtenga mediante una medida cautelar no es una respuesta definitiva, y es claro que si un proceso no ofrece una respuesta definitiva será menos satisfactorio que aquel que la ofrece definitivamente; y segunda, que el proceso

<sup>240</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I. Segunda edición. Lima: Palestra, 2006, pp. 291-292 (la cursiva es del autor). Es necesario indicar que el autor parte de la idea de que el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional *puede* ser calificado como inconstitucional (básicamente, porque existe un derecho constitucional al acceso a los procesos constitucionales ante la afectación de los derechos fundamentales y porque de la Constitución se desprendería la alternatividad de aquellos procesos). Por eso, afirma que los criterios que menciona para la configuración de la vía específica e igualmente satisfactoria, y que son tratados en nuestra investigación, tienen por finalidad que la respectiva causal de improcedencia resulte conforme con la Constitución.

constitucional también prevé medidas cautelares en su seno, aún tratándose de procesos sumarísimos”.<sup>241</sup>

Estamos de acuerdo con Castillo Córdova en que, para ser igual de satisfactorio que el proceso de amparo, el proceso ordinario que tutele el contenido constitucional de los derechos fundamentales debería ser tramitado por los jueces con preferencia sobre los demás que resulten de su competencia en sede ordinaria.<sup>242</sup> Por lo demás, esto obedece a la máxima importancia que tienen los derechos constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al momento procesal en que se resuelven las excepciones y defensas previas en el amparo, es pertinente indicar que el artículo 10 del Código Procesal Constitucional (norma que regula este aspecto) ha sido modificado por el artículo 1 de la Ley 28946. En ese sentido, ahora las excepciones y defensas previas ya no se resuelven en la sentencia, sino en el auto de saneamiento procesal.<sup>243</sup> Esto determina que la respectiva característica procesal resaltada por el autor ya no es predicable del proceso de amparo y, por tanto, no resulta exigible en los procesos ordinarios a efectos de calificarlos como vías igualmente satisfactorias.<sup>244</sup>

Por otro lado, a diferencia del autor, no consideramos indispensable, para calificarlo como igual de satisfactorio que el proceso de amparo, que el proceso ordinario de que se trate carezca de estación probatoria.<sup>245</sup> Numerosas demandas de amparo que versan sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales son declaradas

<sup>241</sup> *Ibíd*em, p. 295. La cursiva es del autor.

<sup>242</sup> En lo que respecta a los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, el artículo 13 del Código Procesal Constitucional indica expresamente que “[l]os jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes”.

<sup>243</sup> El actual artículo 10 del Código Procesal Constitucional indica que “[l]as excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No proceden en el proceso de hábeas corpus”.

<sup>244</sup> En nuestra opinión, la modificación efectuada no le sustrae al proceso de amparo su naturaleza sumaria, pues resulta posible que, en caso desestimarse las excepciones y defensas previas (a través del auto de saneamiento procesal) y no encontrarse ningún defecto por subsanar en la relación procesal, se dicte sentencia inmediatamente (artículo 53 del Código Procesal Constitucional). En contra, Mesía Ramírez, para quien “[l]a nueva fórmula legal que se plantea puede ser válida en los procesos ordinarios donde los plazos son más extensos y las pretensiones de mayor complejidad. En los procesos constitucionales, en cambio, incorporar una etapa de saneamiento procesal de las excepciones y defensas previas puede jugar en detrimento de su finalidad, que es la tutela rápida y perentoria de los derechos fundamentales”. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Exégesis...* Op. cit., p. 179.

<sup>245</sup> Recuérdese que tal estación probatoria no existe en el proceso de amparo. En efecto, el artículo 9 del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente: “En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”.

improcedentes y derivadas a la vía ordinaria por requerirse, justamente, de estación probatoria para la adecuada dilucidación de la controversia. Sería contrario a todo sentido de utilidad estructurar, siguiendo lo previsto por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, un proceso ordinario que, configurado para proteger aquel contenido constitucional, rechace la tramitación de las demandas respectivas por carecer, también, de etapa probatoria. Por tanto, consideramos que bien podría regularse una estancia de pruebas en este proceso ordinario, siempre y cuando su tránsito sea célere.

Y es que la sumariedad que se le exige al proceso ordinario, para que sea igualmente satisfactorio que el proceso de amparo en la tutela del contenido constitucional de un derecho, no implica una coincidencia absoluta, ni de plazos ni de estructura, entre estos procesos. Entonces, en cuanto a la estación probatoria respecta, lo relevante será que, si se la incorpora, tal inclusión no prolongue el proceso ordinario más de lo que estrictamente se requiere para tutelar adecuadamente el derecho fundamental.<sup>246</sup>

Asimismo, discrepamos también con Castillo Córdova cuando niega que la posibilidad de interponer medidas cautelares en la vía ordinaria sea una manifestación de tutela sumaria, de forma que, a criterio del autor, su previsión no sirve para argumentar la existencia de un proceso ordinario igualmente satisfactorio que el proceso de amparo. En nuestra opinión, la posibilidad de una tutela cautelar es un criterio que debe ser considerado *conjuntamente* con otros elementos para calificar a un proceso como igualmente satisfactorio. Por ello, compartimos más lo expresado por Vidal Salazar:

“La existencia de medidas cautelares en el proceso ordinario también constituye un criterio para definir la procedencia del amparo. (...) Desde nuestro punto de vista, es uno de los criterios más discutibles en tanto la existencia de una adecuada regulación de la tutela cautelar en un proceso no califica per se a dicha vía como más eficaz frente al proceso de amparo. Por ello, hay quienes señalan que la existencia de medidas cautelares no es suficiente para sustentar la sumariedad de un proceso judicial ordinario, toda vez que ellas no tienen carácter definitivo y el proceso de amparo también las prevé. En todo caso, se trata de un criterio que puede ser aplicado conjuntamente con otros elementos [para determinar la existencia de una vía igualmente satisfactoria]”.<sup>247</sup>

<sup>246</sup> Por lo demás, repárese que, en algunos casos, la adecuada protección del derecho fundamental, a través del proceso ordinario antes indicado, requerirá de una actividad probatoria más intensa de la que podría darse en sede constitucional, por ejemplo, cuando se trate de acreditar un supuesto de discriminación salarial. En estos casos, el tránsito por una etapa probatoria podría resultar necesaria, y hasta provechosa para el demandante.

<sup>247</sup> VIDAL SALAZAR, Michael. Op.cit., p. 13.

Señala también Castillo Córdova que el proceso ordinario igualmente satisfactorio, para ser tal, debería recoger tres aspectos adicionales presentes en el proceso de amparo: 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.<sup>248</sup>

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;<sup>249</sup> y ii) ejecución prioritaria respecto de las sentencias emitidas por el mismo juez en otros tipos de procesos ordinarios.<sup>250</sup>

Respecto de lo segundo, la presencia en un proceso ordinario de una norma como el artículo 6 del Código Procesal Constitucional – que indica que en los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión **final** que se pronuncie sobre el **fondo** – resulta importante a efectos de calificarlo como igualmente satisfactorio que el proceso de amparo.

<sup>248</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al (...). Op.cit., pp. 296-297.

<sup>249</sup> Nótese que, según el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, “(...) [l]a sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. (...)”. Asimismo, el artículo 59 del mismo Código dispone específicamente que “[s]in perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda [de amparo] debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. (...) Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo”.

Desde luego, para que se ejecuten las sentencias constitucionales dentro de los plazos previstos, las normas citadas contemplan sanciones en caso de incumplimiento: multas fijas, multas acumulativas y apertura, cuando corresponda, de procedimiento administrativo disciplinario (que pueden conducir incluso a la destitución de los funcionarios públicos responsables). Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera derivarse del incumplimiento. Cabe resaltar además que, de acuerdo con el artículo 59 del Código Procesal Constitucional, si el responsable de cumplir con la sentencia de amparo es un funcionario público, el juez puede emitir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión de éste y regule la situación injusta de acuerdo con lo decidido en la sentencia principal.

<sup>250</sup> Repárese que el artículo 22 del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente: “La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia [en su ejecución] sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad (...)”. Comentando esta norma, Mesía Ramírez ha señalado lo siguiente: “El carácter prevalente de los fallos constitucionales sobre [los] de los restantes órganos jurisdiccionales, es una manifestación del principio *favor processum* que informa todas las etapas de los procesos de la libertad, incluida la fase de ejecución de la sentencia, la misma que debe ser realizada antes que [la] de cualquier proceso ordinario”. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesis... Op. cit., p. 220. La cursiva es del autor.

Por ejemplo, no son pocas las veces en que los jueces, por desconocimiento, declaran improcedentes demandas de amparo porque, supuestamente, los hechos y petitorios respectivos no están relacionados con el contenido constitucional del derecho invocado, cuando en realidad es todo lo contrario. Los jueces competentes para tutelar tal contenido en sede ordinaria también pueden caer en el mismo error. Una regulación como la que comentamos permitiría **consentir** este primer rechazo (que no es un pronunciamiento de fondo) y acceder nuevamente al respectivo proceso ordinario para obtener con un nuevo juez, mejor instruido, la tutela que se reclama. Que el demandante tenga esta posibilidad es aún más importante si se asume que este proceso ordinario es uno específico e igualmente satisfactorio que el proceso de amparo, pues, en este caso, la puerta hacia este otro tipo de tutela sumaria se encontraría prácticamente cerrada (artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional). Se observa entonces que, atendiendo a la residualidad del proceso de amparo, una norma como el artículo 6 del Código Procesal Constitucional es especialmente relevante en la vía ordinaria.

Por supuesto, siempre existirá la posibilidad de no consentir el rechazo de la demanda e impugnar hasta llegar a la última instancia ordinaria posible. Sin embargo, aún cuando el respectivo órgano judicial se pronuncie a favor de la procedencia de la demanda, la necesidad de garantizar el derecho de defensa del demandado puede impedir un pronunciamiento de fondo y, en consecuencia, se opte solamente por ordenar que la demanda sea tramitada en primera instancia, lo que retardaría la tutela del derecho invocado.<sup>251</sup> Esto último otorga mayor utilidad en sede ordinaria a una norma como el artículo 6 del Código Procesal Constitucional, que permite empezar un nuevo proceso ni bien exista un primer rechazo consentido que no sea un pronunciamiento de fondo. Dependerá del abogado del demandante escoger la opción que mejor le convenga.<sup>252</sup>

Sobre lo tercero, no cabe duda que, para ser igualmente satisfactorio que el proceso de amparo, en lo que a la protección del contenido constitucional de los derechos se refiere, el respectivo proceso ordinario debería estructurarse en tres instancias. Desde luego, por tratarse de un proceso que tutela al derecho frente a lesiones o amenazas, el

---

<sup>251</sup> Corresponderá al legislador regular este aspecto. En nuestra opinión, si el demandado tuvo acceso a la demanda o a los recursos interpuestos por el demandante, si se le dio además la oportunidad de alegar lo que consideró conveniente y existen medios probatorios suficientes en el expediente que creen convicción sobre la justicia de lo solicitado, el órgano de última instancia no sólo debería pronunciarse sobre la procedencia de la demanda, sino también debería declararla fundada.

<sup>252</sup> Por ejemplo, si la prioridad en su estrategia fue, desde un inicio, y en virtud de las características del caso que defiende, asegurar la pretensión de su cliente a través de una medida cautelar dentro de proceso, entonces, puede considerar como más apropiado iniciar un nuevo proceso que impugnar la resolución que declaró o confirmó la improcedencia de la demanda.

tránsito por la tercera instancia sólo debería estar permitido para el amenazado o afectado, y sólo si en la segunda instancia se declaró infundada o improcedente su demanda.<sup>253</sup>

Adicionalmente a todo lo señalado, consideramos importante tener en cuenta otros tres aspectos del proceso de amparo: i) la inviabilidad de la reconvencción; ii) la improcedencia del abandono del proceso; y iii) la eficaz protección al demandante frente a un acto lesivo similar y sobreviniente al que es declarado por el juez, de forma definitiva, nulo por inconstitucional. La primera característica favorece la prontitud con que el proceso de amparo tutela el derecho (sumariedad); la segunda es una manifestación importante de la especial vocación tuitiva de dicho proceso; y la tercera responde a ambos postulados (sumariedad y especial vocación tuitiva).

Sobre el primer aspecto, el artículo 49 del Código Procesal Constitucional dispone que “[e]n el amparo no procede la reconvencción (...)”. Consideramos que éste es otro elemento que debe recoger todo proceso ordinario que pretenda cumplir con el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, pues la formulación de reconvencción (pretensiones que el demandado dirige contra el demandante al momento de contestar la demanda) retardaría innecesariamente la tutela que el demandante reclama para su derecho fundamental.<sup>254</sup>

En cuanto al segundo aspecto, el artículo 49 del Código Procesal Constitucional expresa que “[e]n el amparo no procede (...) el abandono del proceso. (...)”. Un proceso ordinario sería menos satisfactorio que el proceso de amparo si permitiese su conclusión

---

<sup>253</sup> Recuérdese que, de conformidad con el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, el demandante en amparo tiene la posibilidad de interponer un recurso de agravio constitucional (RAC) contra la resolución de segundo grado que declara improcedente o infundada la demanda. A través de aquel recurso, la demanda de amparo es conocida por el Tribunal Constitucional.

Incluso, de acuerdo con el artículo 19 del Código Procesal Constitucional, contra la resolución del órgano de segunda instancia que resuelve no tramitar el RAC procede el recurso de queja, el cual es interpuesto directamente ante el Tribunal Constitucional. La finalidad de este último recurso es que el RAC del demandante sea visto por el máximo intérprete de la Constitución. Sin duda, la previsión del recurso de queja es una manifestación del carácter tuitivo del proceso de amparo, que busca que la supuesta amenaza o lesión del derecho tenga la posibilidad de ser dilucidada en todas las instancias posibles. Siendo esto así, consideramos razonable que, entre los requisitos que debe reunir un proceso ordinario para ser igual de satisfactorio que el proceso de amparo, no sólo se exija la presencia de una tercera instancia, sino también la posibilidad de impugnar la decisión que impide transitarla.

<sup>254</sup> En lo que a nuestro tema de tesis respecta, la existencia de esta prohibición de reconvencción es especialmente importante en procesos donde se discuten derechos constitucionales laborales (como el derecho a la remuneración). Esto es así no sólo porque se necesita que el proceso sea expeditivo, sino además porque se requiere evitar que la desigualdad presente en la relación material (laboral) se reproduzca en la procesal, peligro que sería latente si se otorga al empleador el poder de reconvenir.

por simple inacción de las partes a lo largo de un plazo determinado. En nuestra opinión, la máxima importancia que tienen los derechos constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico debe significar que el deber de impulso de oficio (sustento de la improcedencia del abandono), exigible al juez de amparo en virtud del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resulte también vinculante para el juez del proceso ordinario igualmente satisfactorio, de forma que éste tampoco concluya por abandono.<sup>255</sup>

Respecto del tercer elemento, es pertinente preguntarnos lo siguiente: ¿cómo podría defenderse el demandante si, por ejemplo, cumplida la sentencia que declara nulo (por inconstitucional) el acto del demandado, éste practica contra aquel un acto inconstitucional semejante? ¿El demandante debe iniciar otro proceso de amparo contra el mismo demandado por un nuevo acto lesivo, pero similar al anterior? La respuesta es no, pues el Código Procesal Constitucional regula para este y otros casos una novedosa forma de restitución del derecho, esto es, el procedimiento de represión de actos homogéneos:

**“Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos**

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

<sup>255</sup> Cabe resaltar que, de acuerdo con el artículo 49 antes señalado, procede el desistimiento en el proceso de amparo. Una aplicación supletoria del artículo 340 del Código Procesal Civil conduce a admitir el desistimiento no sólo del proceso y de algún acto procesal, sino además de la pretensión constitucional. Esto último es especialmente relevante si reparamos que, efectuado el desistimiento de la pretensión, resultará imposible iniciar otro proceso (constitucional u ordinario) para incoarla nuevamente, pues, según el artículo 344 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso de amparo, “[l]a resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. (...)”.

Si bien el juez constitucional debe tener en cuenta las causales de improcedencia del allanamiento, previstas en el Código Procesal Civil, para admitir el desistimiento de la pretensión, y no obstante que una de estas causales se configura cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles (artículo 332.5 del Código mencionado), recuérdese que no todo derecho constitucional es indisponible: puede serlo el derecho a la vida o a la salud, pero no, por ejemplo, el derecho a la remuneración, que es parcialmente disponible. Por eso, en el proceso de amparo, el trabajador debe tener especial cuidado si decide desistirse de su pretensión remunerativa, a fin de no quedar luego en estado de indefensión.

Salta a la vista que, independientemente de aquello a lo que se desista (proceso, acto procesal o pretensión), la figura del desistimiento no representa mayor aporte para la prontitud de la tutela constitucional (sumariedad) y tampoco suma algo en lo que a la especial naturaleza tuitiva del proceso de amparo respecta. Por ello, al momento de regular, siguiendo el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, las formas especiales de conclusión del proceso en la vía específica e igualmente satisfactoria, consideramos que el legislador está en la libertad de incorporar o no tal figura como una característica de esta vía. De todas formas, si la prevé, el respectivo proceso ordinario no será, por esta razón, menos satisfactorio que el proceso de amparo, pues éste también la contempla.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente”.

De esta manera, el demandante no tiene que presentar una nueva demanda de amparo para defenderse del acto homogéneo sobreviniente. Basta con que comunique su existencia al juez de ejecución del primer proceso de amparo y solicite su represión, que se realizará extendiendo los efectos de la sentencia de este primer proceso a la nueva situación.

Sin duda, para que un proceso ordinario sea igual de satisfactorio que el proceso de amparo, en lo que a la protección del contenido constitucional de los derechos respecta, es imperativo que aquel cuente con alguna técnica semejante a la comentada, de forma que el demandante tenga, en sede ordinaria, un arma eficaz para defenderse de un eventual acto del empleador, posterior y homogéneo al que fue declarado, de forma definitiva, lesivo en un primer litigio. Visto desde otra perspectiva, un proceso ordinario que, en el contexto ilustrado, obliga a interponer tantas demandas como afectaciones al derecho constitucional existan no puede catalogarse como igualmente satisfactorio que el proceso de amparo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tiene dicho que un proceso ordinario no será igualmente satisfactorio si su utilización puede ocasionar un daño grave e irreparable al demandante:

“[E]l inciso 2) del artículo 5° del CPCo establece que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado. Sobre el particular, el proceso constitucional de amparo debe distinguirse como viable, aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, en caso que la utilización de estos últimos pudiera ocasionar un daño grave e irreparable a la persona, tornándose así en ficticia la resolución que se dicte (...)”.<sup>256</sup>

El criterio expuesto por el Tribunal – gravedad e irreparabilidad del daño – supone que i) el respectivo proceso ordinario no preste una tutela pronta y efectiva; y ii) que el demandante se encuentre en una situación que exige una tutela urgente.<sup>257</sup> En nuestra opinión, basta sólo el primer requisito para poder acceder al proceso de amparo.<sup>258</sup>

<sup>256</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de enero de 2007 (f.j. 8). Recaída en el expediente 1776-2004-AA/TC.

<sup>257</sup> Tal como afirma el Tribunal Constitucional: “[E]sta posibilidad [de acceso al proceso de amparo] siempre estará expedita cuando la vía ordinaria no provea de mecanismos igualmente expeditivos y satisfactorios que aquel [proceso constitucional], de modo que [no] pueda atender debidamente la urgencia del caso antes de

Entonces, en virtud de todo lo expuesto, ¿cuándo existirá un proceso ordinario específico para la protección del contenido constitucional de los derechos fundamentales? ¿Y cuándo se entenderá que dicho proceso otorga una tutela igual de satisfactoria a la que presta el proceso de amparo?

Concluimos que existirá un proceso específico cuando en la vía ordinaria que corresponda (civil, mercantil, laboral, etc.) se estructure un **proceso particular** de tutela del contenido constitucional de los derechos fundamentales. La particularidad vendrá definida por la **exclusividad del proceso**, de forma que a través de él no pueda atenderse pretensiones que no correspondan a tal contenido o que simplemente estén relacionadas con derechos infraconstitucionales.

Asimismo, el proceso ordinario específico resultará igualmente satisfactorio que el proceso de amparo si es **sumario** e **igualmente protector**.

Lo primero requiere, entre otros aspectos, que las demandas canalizadas a través del proceso específico gocen de un trámite preferente respecto de las demás que el juez tenga a su cargo en la vía ordinaria; que el demandado no tenga la oportunidad de reconvenir contra el demandante; que el proceso sea concentrado, de forma que, por ejemplo, en una sola audiencia se actúen las pruebas y se dicte sentencia; y que se prevea una pronta ejecución de las sentencias firmes, con preferencia sobre la ejecución de las sentencias dictadas en otros procesos ordinarios de competencia del mismo juez.

---

que el daño se torne en irreparable. En estos casos, la residualidad del amparo cede ante la urgencia de tutela jurisdiccional y la necesidad de mantener la vigencia del orden constitucional. Esta interpretación es acorde con los principios *pro homine* y *pro libertatis*" (sentencia de fecha 18 de abril de 2007, f.j. 8. Recaída en el expediente 8716-2006-PA/TC. La cursiva es del autor). El Tribunal incurre en un error conceptual al final de la cita: la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria determina la procedencia del proceso de amparo no porque éste ceda en su carácter residual, sino porque se ha cumplido justamente con lo que exige esta característica. Estamos, entonces, ante una aplicación de la residualidad y no ante una abdicación de ésta. Cabe resaltar, por cierto, que este error del Tribunal no afecta su razonamiento previo.

<sup>258</sup> Cabe preguntarse si también bastaría sólo el segundo requisito – urgencia de tutela derivada de la situación del demandante (enfermedad, edad avanzada, etc.) – para iniciar directamente un proceso de amparo. La respuesta es afirmativa cuando no existe un proceso específico e igualmente satisfactorio en sede ordinaria (es más, la procedencia de la demanda respectiva se daría propiamente por esta razón y no por la urgencia de tutela del derecho constitucional). Sin embargo, si tal proceso ordinario brindase una tutela pronta y efectiva al derecho del demandante y se configurase, por tanto, como una vía igualmente satisfactoria, ¿sería procedente la demanda de amparo? Al respecto, la línea seguida por el Tribunal en estos casos de urgencia conduce a sostener dicha posibilidad: "[E]l proceso de amparo procede cuando se pretenda evitar que la agresión o amenaza se convierta en irreparable, a pesar de que existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias. En este supuesto, la urgencia de tutela tiene que ser valorada por el juez en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona eventualmente afectada o amenazada con la acción u omisión" (sentencia de fecha 11 de mayo de 2009, f.j. 3. Recaída en el expediente 1387-2009-PA/TC). Estaríamos, ahora sí, frente a un retroceso del carácter residual del proceso de amparo.

Lo segundo exige, por ejemplo, que el proceso específico brinde una tutela cautelar adecuada; que prohíba la conclusión del proceso por abandono de éste; que permita recurrir a una instancia superior en caso en la segunda se haya desestimado el reclamo; que prevea la configuración de la cosa juzgada sólo cuando exista una decisión final que se pronuncie sobre el fondo; y que regule algún mecanismo sumarísimo de represión de actos similares y posteriores en el tiempo al que fue declarado, de manera definitiva, lesivo en un primer proceso de la misma clase. Desde luego, el proceso específico debe proteger el derecho constitucional de la misma forma en que lo hace el proceso de amparo, esto es, impidiendo que la amenaza se consume o restituyendo al demandante en el pleno goce de su derecho conculcado, esto último, a través de la reposición de las cosas al estado anterior a la lesión.<sup>259</sup>

Por último, y aunque parezca obvio, el proceso específico e igualmente satisfactorio debe tratarse de un proceso de naturaleza *judicial*, por la imparcialidad que se le exige al órgano decisor.<sup>260</sup>

Desarrollado de esta forma el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, pasemos a evaluar si, tal como se sostiene en la Sentencia Baylón, el proceso laboral y el proceso contencioso administrativo son vías específicas e igualmente satisfactorias que el proceso de amparo, en lo que a la protección del contenido constitucional del derecho a la remuneración se refiere.

### **3.3 El proceso laboral y el proceso contencioso administrativo como vías específicas e igualmente satisfactorias que el proceso de amparo**

Desde luego, la evaluación de estas vías ordinarias no puede pecar de excesiva rigurosidad. En ese sentido, para que se cumpla con el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional no es necesario que exista algún tipo de proceso laboral o algún tipo de proceso contencioso administrativo que sea idéntico al amparo, esto es, que reúna todas las características mencionadas en el acápite anterior. Por ello, nuestro parámetro para

---

<sup>259</sup> Recuérdese que, según el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales "(...) reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)". En ese sentido, de acuerdo con el artículo 55 del referido Código, "[l]a sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: (...) 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación; (...)".

<sup>260</sup> Al respecto, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al (...). Op.cit., pp. 290-291.

calificar a cualquier tipo de proceso laboral o contencioso administrativo como específico e igualmente satisfactorio que el proceso de amparo lo constituirá la razonable semejanza que pueda existir entre aquellos y éste.

### 3.3.1 El proceso laboral como vía específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo

Actualmente, el proceso laboral se encuentra regido por dos leyes: la anterior Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636, en adelante ALPT) y la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497, en adelante NLPT). Sin embargo, cabe resaltar que no estamos ante un caso de concurrencia normativa. La NLPT ha derogado a la ALPT. No obstante, como aquella sólo rige en determinados distritos judiciales, dada su aplicación progresiva, se ha previsto que ésta siga vigente en los demás distritos.<sup>261</sup>

Dada esta situación, nuestro análisis sobre la conformidad de la vía ordinaria laboral con lo dispuesto por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional debe abarcar los tipos de procesos regulados en aquellas dos leyes procesales. En cuanto respecta a la reparación del derecho a una remuneración suficiente y equitativa, interesa evaluar los siguientes tipos de procesos laborales: los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT, y los procesos ordinario y abreviado de la NLPT. Como estos comparten entre sí algunas características procesales, desde ya advertimos al lector que las respectivas comparaciones con el proceso de amparo se realizarán tanto a nivel de cada tipo de proceso laboral como de forma conjunta.

#### 3.3.1.1 El proceso laboral y la tutela específica del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración

Ninguno de los cuatro tipos de proceso laboral mencionados cumple con el requisito de especificidad que exige el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

En lo que al proceso laboral ordinario se refiere, tanto la ALPT como la NLPT lo configuran como un proceso general y no como uno que tutele de forma exclusiva el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Por ejemplo, a través de este

<sup>261</sup> La novena disposición complementaria de la Ley 29497 indica que “(...) [l]a aplicación de la presente Ley se hará de forma progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. En los distritos judiciales, en tanto no se disponga la aplicación de la presente Ley, sigue rigiendo la Ley núm. 26636, Ley Procesal del Trabajo, y sus modificatorias”.

proceso pueden impugnarse los reglamentos internos de trabajo y los estatutos sindicales, independientemente que tales cuestionamientos versen o no sobre derechos fundamentales.<sup>262</sup> Asimismo, mediante el proceso laboral ordinario el empleador puede exigirle al trabajador el pago de una indemnización por incumplimiento contractual, pretensión que, sin duda, no se encuentra referida necesariamente al contenido constitucional de los derechos fundamentales del empresario.<sup>263</sup>

A mayor abundamiento, la generalidad del proceso ordinario es puesta de manifiesto por ambas normas a través de sendas cláusulas generales: el artículo 4.2.k en el caso de la ALPT, que indica que, en adición a lo expresamente previsto, los juzgados de trabajo conocerán, en proceso ordinario, las demás pretensiones que no sean de competencia de los juzgados de paz letrados y los que la Ley señale; y el artículo 2.1 en el caso de la NLPT, que, sin perjuicio de las materias que expresamente son derivadas a otro tipo de proceso, indica que los juzgados especializados de trabajo conocerán en proceso ordinario, además de lo explícitamente indicado por la norma, “**todas** las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios”.<sup>264</sup>

Por su parte, el proceso laboral sumarísimo de la ALPT también adolece de esta falta de especificidad. El artículo 70 de la ALPT dispone que “[s]e tramitan en proceso sumarísimo conforme a las normas del Código Procesal Civil, los asuntos contenciosos que son de competencia de los Juzgados de Paz Letrados de acuerdo al Artículo 4 numeral 3 de esta Ley”. Estos asuntos son los siguientes: a) pago de remuneraciones,

---

<sup>262</sup> El artículo 61 de la ALPT señala que “[s]e tramitan en proceso ordinario laboral todos los asuntos contenciosos y no contenciosos que son de competencia de los juzgados especializados de trabajo, salvo disposición legal distinta”, siendo dos de tales asuntos contenciosos las sendas impugnaciones de los reglamentos internos de trabajo y estatutos sindicales (artículo 4.2.g). Por su parte, la NLPT también prevé el mismo proceso para estas dos impugnaciones, a través de los literales “f” y “g” de su artículo 2.1, respectivamente.

<sup>263</sup> El artículo 4.2.j de la ALPT dispone que “[a través del proceso ordinario] [l]os Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: (...) Indemnización por daños y perjuicios derivados de la comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza por parte de los trabajadores”. Por su lado, con una redacción más amplia y clara, la NLPT indica que los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso ordinario laboral las pretensiones vinculadas con “[l]a responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio” (artículo 2.1.b).

<sup>264</sup> En el contexto indicado, el inciso “l” del artículo 2.1 de la NLPT agrega que se conocerá también en proceso ordinario “aquellas materias que, a criterio del juez, en función de su especial naturaleza, deban ser ventiladas en el proceso ordinario laboral”.

compensaciones y derechos similares que sean de obligación del empleador y tengan expresión monetaria líquida hasta un máximo de 10 (diez) URP; b) impugnación de las sanciones disciplinarias impuestas por el empleador durante la vigencia de la relación laboral; c) reconocimiento de los derechos comprendidos en el régimen de trabajo del hogar, cualquiera que fuere su cuantía; d) materia relativa al Sistema Privado de Pensiones, incluida la cobranza de aportes previsionales retenidos por el empleador; y e) las demás que la Ley señale.

Como se aprecia, si bien en principio la enumeración de las materias que pueden ser vistas a través del proceso sumarísimo no es amplia y puede comprometer el contenido constitucional del derecho a la remuneración (por ejemplo, cuando se dispone que a través de este proceso se conocerá la pretensión de pago de remuneraciones que no exceda de 10 URP), repárese que no estamos ante un proceso que tutele exclusivamente el contenido constitucional de los derechos fundamentales laborales (por ejemplo, una pretensión sin trascendencia constitucional, como la de reembolso por condiciones de trabajo asumidas por el trabajador, podría tramitarse en este proceso, siempre que no exceda de 10 URP). Además, siempre existe la posibilidad que se amplíe los alcances del proceso laboral sumarísimo a cuestiones laborales meramente legales o infraconstitucionales, requiriéndose para ello, simplemente, que una ley lo disponga así (artículo 4.3.e de la ALPT).

Finalmente, tenemos al proceso abreviado de la NLPT. De nuevo, estamos ante un proceso en el que se tramitan pocas y concretas materias. A través del proceso abreviado puede tutelarse el derecho al trabajo,<sup>265</sup> el derecho a la libertad sindical<sup>266</sup> y el derecho a la remuneración.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> De acuerdo con el artículo 2.2 de la NLPT, los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado la pretensión de reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.

<sup>266</sup> En virtud del artículo 2.3 de la NLPT, los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado laboral las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.

<sup>267</sup> El artículo 1.1 de la NLPT dispone que “[l]os juzgados de paz letrados laborales conocen (...) [e]n proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP) originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios”.

La regulación de este proceso parecería indicar que se trata de uno diseñado para la tutela de determinados derechos fundamentales laborales.<sup>268</sup> Y si bien esto podría ser así, repárese en lo siguiente: i) nada impide que a través del proceso abreviado se tutele aspectos meramente legales de aquellos derechos fundamentales, es decir, que no pertenezcan a su contenido constitucional; y ii) el proceso abreviado no se limita a tutelar los derechos laborales mencionados: como en virtud del artículo 1.1 de la NLPT es posible ventilar en este proceso toda pretensión económica del trabajador que no exceda de 50 URP (incluso aquellas no referidas al derecho a la remuneración), se amplía el abanico de derechos amparables, independientemente de la fuente de la que provengan (piénsese, por ejemplo, en aquellos derechos nacidos de la ley o del contrato consistentes en la percepción de conceptos no remunerativos).

Por tanto, al no ser un proceso que tutele exclusivamente el contenido constitucional de los derechos fundamentales que tramita (entre estos, el derecho a la remuneración), el proceso abreviado tampoco es un proceso específico. Sin embargo, cabe resaltar que, dentro de los procesos analizados, es el menos general de todos.

Ahora bien, la sola verificación que ninguno de los procesos laborales estudiados cumple con el requisito de especificidad sería suficiente, por sí misma, para descartar la residualidad del proceso de amparo en lo que respecta a la tutela judicial del derecho a la remuneración. Sin embargo, como lo hemos mencionado, una evaluación muy estricta de las vías ordinarias como específicas e igualmente satisfactorias que el proceso de amparo no es recomendable. Por ello, analizaremos a continuación si los procesos laborales materia de estudio pueden prestar al derecho a la remuneración, aún sin ser específicos, una tutela igualmente satisfactoria que la que le brinda el proceso de amparo. De ser así, consideraríamos, sobre la base de una interpretación razonable, que el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional resulta aplicable.

### 3.3.1.2 El proceso laboral y la tutela igualmente satisfactoria del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración

En páginas anteriores, hemos indicado que un proceso laboral será igual de satisfactorio que el proceso de amparo si resulta sumario e igualmente protector. A tal

---

<sup>268</sup> Sin perjuicio, claro está, de que se ventilen en este proceso determinadas pretensiones no laborales, como aquellas de cuño económico que tienen su origen en la prestación personal de servicios de naturaleza formativa o cooperativista, siempre que no superen las 50 URP.

efecto, propusimos una serie de características.<sup>269</sup> Ahora, resulta pertinente retomarlas y verificar si están presentes en los procesos laborales que analizamos.

a) Protección sumaria

En lo que a la sumariedad de los procesos se refiere, podemos afirmar que la ALPT no regula un trámite preferente de las causas que se ventilan en los procesos laborales ordinario y sumarísimo. La NLPT mejora la situación y prevé un trámite preferente en los procesos ordinario y abreviado, pero no al mismo nivel con que tal preferencia es regulada en el proceso de amparo. En efecto, la octava disposición complementaria menciona que “[l]os expedientes que por cualquier razón reingresen a los órganos jurisdiccionales tienen preferencia en su tramitación”. Esto quiere decir que ninguna causa tramitada a través de los procesos de la NLPT iniciará con una tramitación preferente, así verse sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales laborales: sólo si por alguna razón el órgano superior devuelve el expediente al juez inferior, éste tendrá una tramitación preferente respecto de los demás expedientes que vea el mismo juez. En este aspecto, es evidente el menor grado de tutela que, en comparación con el proceso de amparo, prestan los procesos ordinario y abreviado de la NLPT a los derechos fundamentales.

Siguiendo con las características que harían de los procesos laborales unos sumarios, toca ahora indagar si permiten la formulación de reconvencción. La ALPT guarda silencio al respecto. Ante ello, invocando la aplicación supletoria del artículo 445 del Código Procesal Civil (CPC),<sup>270</sup> la doctrina ha interpretado que, en el marco de la ALPT, tal formulación sí es posible.<sup>271</sup> Desde luego, sólo sería posible formular reconvencción en el proceso ordinario, mas no en el sumarísimo, pues, en este último caso, el artículo 559

---

<sup>269</sup> Véase supra, pp. 156-157.

<sup>270</sup> El artículo 445 del CPC dispone lo siguiente: “La reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda. / La reconvencción es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. / La reconvencción es procedente si la pretensión contenida en ella fuese conexas con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente. / El traslado de la reconvencción se confiere por el plazo y en la forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia. / En caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable, el Juez para admitirla deberá verificar la asistencia del demandado a la Audiencia de Conciliación y que conste la descripción de la o las controversias planteadas por éste en el Acta de Conciliación Extrajudicial presentada anexa a la demanda”.

<sup>271</sup> SACO BARRIOS, Raúl. A propósito de las relaciones entre normas: vínculos entre la Ley Procesal del Trabajo y el Código Procesal Civil. En: AA.VV. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Primera edición. Lima: Grijley, 2009, p. 526.

del Código Procesal Civil (de aplicación complementaria por mandato del artículo 70 de la ALPT) lo descarta expresamente.<sup>272</sup>

Por su parte, la NLPT ha dispuesto expresamente en su artículo 19, con carácter general, que la reconvencción es improcedente. De esta manera, en los procesos ordinario y abreviado de la NLPT no es posible formular reconvencción al momento de contestar la demanda laboral. Estamos entonces, por fin, ante una coincidencia de regulación entre el proceso de amparo y los procesos laborales estudiados (descartando, claro está, al proceso ordinario de la ALPT).

Sin embargo, como se podrá inferir, la sola improcedencia de la reconvencción no asegura la sumariedad de los procesos. A continuación, y de acuerdo con las respectivas características reseñadas en páginas anteriores, es preciso indagar si estamos ante procesos concentrados, como sucede efectivamente con el proceso de amparo.

Apoyándose en las ideas de otros autores, Sagardoy Bengoechea nos explica en qué consiste la concentración procesal:

“[El principio de concentración] conlleva, desde una perspectiva temporal, que ‘los actos procesales no pueden separarse en el tiempo por plazos interrumpidos’ (Montoya), o que, de existir tales plazos, sean los más breves posibles, y desde el punto de vista procesal, que las partes aporten en el juicio oral la totalidad del material del proceso (Rodríguez Piñero). Así pues, el principio mencionado conduce necesariamente a que, en cuanto a la actividad procedimental, se aspire a la ‘unidad de acto’, a que ‘todos los actos procesales se realicen en una sola audiencia’.”<sup>273</sup>

Desde luego, existen niveles de concentración. La definición propuesta por el autor alude, en nuestra opinión, a una concentración de alto nivel. Esto significa que no necesariamente tendrán que calificarse como “desconcentrados” los procesos que no se correspondan totalmente con aquella definición, pudiendo considerárseles como concentrados, pero en un nivel distinto. En ese sentido, la definición expuesta es una aspiración y de ningún modo excluye otros niveles de concentración.

<sup>272</sup> El artículo 70 de la ALPT señala que “[s]e tramitan en proceso sumarísimo, conforme a las normas del Código Procesal Civil, los asuntos contenciosos que son de competencia de los Juzgados de Paz Letrados de acuerdo al artículo 4 numeral 3 de esta Ley”. Una de aquellas normas es el artículo 559 del Código Procesal Civil, que dispone lo siguiente: “En este proceso [sumarísimo] no son procedentes: 1. La reconvencción; (...)”.

<sup>273</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. El proceso laboral: principios informadores. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y Emilio MORGADO VALENZUELA (coords.). Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Serie G: Estudios Doctrinales, N° 188. Primera edición. México D.F: AIADTSS - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997, p. 834.

Entrando ya en el análisis de cada uno de los procesos, podemos afirmar que el proceso ordinario de la ALPT es el menos concentrado de todos. Esto se puede observar, por ejemplo, en la separación temporal que existe entre la audiencia única y la sentencia. Es más, los alegatos también se realizan en un momento posterior a aquella, y por escrito.<sup>274</sup>

Lo que más nos llama la atención es que por la forma en que se encuentra estructurado este proceso laboral ordinario, el juez se encuentra impedido de dictar sentencia dentro de los primeros cinco días de terminada la audiencia y concluida la actuación probatoria, por más que haya llegado a la convicción sobre la justicia de lo pretendido, pues en virtud del artículo 69 de la ALPT (norma imperativa), debe esperar a que las partes hagan uso de la facultad de presentar sus alegatos en aquellos cinco días. Sobre el particular, ¿qué novedad pueden las partes expresar al juez en estos alegatos?, ¿qué aporte puede significar estos alegatos a lo ya actuado en el proceso? La práctica pre profesional llevada a cabo por mi persona, tanto defendiendo a trabajadores como empleadores, me lleva a concluir que los alegatos no son más que una síntesis de la posición que uno sostiene, y que quedó ya plasmada a lo largo del proceso.<sup>275</sup>

Distinto es el proceso ordinario de la NLPT. Si bien está compuesto por una audiencia de conciliación (artículo 43) y otra de juzgamiento (artículo 44), separadas entre sí por un plazo máximo de 30 días hábiles, nótese que esta última audiencia se realiza en acto único y concentra todas las etapas que faltan para que se agote la primera instancia, esto es, las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos (orales) y sentencia.<sup>276</sup> En ese sentido, consideramos que el proceso ordinario de la NLPT es más concentrado que el proceso ordinario de la ALPT.

---

<sup>274</sup> En el proceso ordinario laboral de la ALPT, la audiencia única sólo concentra las etapas de saneamiento procesal, conciliación, fijación de puntos controvertidos y actuación probatoria. De acuerdo con el artículo 69 de la ALPT, las partes pueden presentar alegatos escritos dentro de 5 días de concluida la actuación de pruebas. Asimismo, el artículo 62 de la misma norma determina que el plazo para emitir sentencia es de 15 días luego de la audiencia única o de concluida la actuación de pruebas.

<sup>275</sup> Encontramos una solución a este problema en el artículo I del Título Preliminar de la ALPT, que dispone que "(...) [e]l proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. El Juez podrá reducir su número sin afectar la obligatoriedad de los actos que aseguren el debido proceso". En nuestra opinión, esta norma autoriza al juez a prescindir de los alegatos y dictar sentencia inmediatamente, o lo más pronto posible, si es que terminada la actuación de los medios probatorios adquirió convicción sobre la justicia o injusticia de lo pretendido. Sin embargo, por lo menos en lo que a nuestra experiencia respecta, afirmamos que esta facultad no es ejercida por los jueces laborales.

<sup>276</sup> Cabe resaltar que, de acuerdo con el artículo 47 de la NLPT, por regla general, el juez tiene una hora para dar a conocer el fallo de su sentencia, terminada la exposición de los alegatos. Sin embargo, si la complejidad del caso lo amerita, excepcionalmente puede diferir su fallo por cinco días hábiles. En ambos casos, la notificación de la sentencia debe realizarse dentro de este plazo.

Por último, tenemos al proceso sumarísimo de la ALPT y al proceso abreviado de la NLPT. Como sus propios nombres lo indican, son procesos breves. Esto se debe a que es corta la separación temporal entre los actos procesales que contemplan<sup>277</sup> y a que constan de una sola audiencia que incluye tanto la exposición oral de los alegatos como la decisión del juez sobre el caso.<sup>278</sup> Sin duda, estamos ante procesos con alto nivel de concentración.

En virtud de lo expuesto, sólo el proceso laboral ordinario de la ALPT carecería de la concentración adecuada que exige la tutela sumaria de los derechos fundamentales laborales. Los otros tres procesos – sumario (ALPT), ordinario (NLPT) y abreviado (NLPT) – tienen niveles de concentración procesal, si no iguales, sí por lo menos cercanos al del proceso de amparo.<sup>279</sup> Por lo tanto, y en el marco de una comparación razonable,

<sup>277</sup> Así, por ejemplo, en el proceso sumarísimo, el demandado tiene 5 días hábiles para contestar la demanda, luego de que se le notificó el auto admisorio. De igual forma, la audiencia única debe realizarse dentro de los 10 días hábiles de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerlo, lo que ocurra primero (artículo 554 del CPC, de aplicación complementaria según el artículo 70 de la ALPT). Por su lado, en el proceso abreviado, el demandado tiene 10 días hábiles para contestar la demanda, luego de que le notificó el auto admisorio. Asimismo, la audiencia única debe efectuarse entre los 20 y 30 días hábiles posteriores a la fecha de calificación de la demanda (artículo 48 de la NLPT).

<sup>278</sup> En lo que respecta al proceso sumarísimo, el artículo 555 del CPC (de aplicación complementaria según el artículo 70 de la ALPT) dispone lo siguiente: “Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba. / A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. / Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia. / Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia”. Cabe resaltar que, conforme al artículo 71 de la ALPT, rige en el proceso sumarísimo el artículo 66 de la referida norma, que regula la etapa de conciliación en el proceso laboral ordinario. Por tanto, luego de saneado el proceso, el juez del proceso sumarísimo tiene la obligación de propiciar la conciliación entre las partes.

Por otro lado, en lo que se refiere al proceso abreviado, el artículo 49 de la NLPT señala lo siguiente: “La audiencia única se estructura a partir de las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra, con las siguientes precisiones: / 1. La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que la audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral, con la diferencia de que la contestación de la demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido [10 días hábiles], correspondiendo al juez hacer entrega al demandante de la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos. / 2. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente”.

<sup>279</sup> Es evidente que el proceso de amparo es más concentrado. En éste, según el Código Procesal Constitucional, la regla general es que el juez dicte sentencia dentro de un plazo máximo de 5 días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo, lo que ocurra primero (artículo 53). Sin duda, esto resulta posible por la propia estructura del proceso de amparo, que sólo admite pruebas que no requieren actuación y, en ese sentido, no necesita de estación probatoria (artículo 9). Los únicos actos procesales de cumplimiento obligatorio son la demanda, la contestación y la sentencia, quedando la realización de los demás (informes orales, audiencia de esclarecimiento y otras actuaciones) a criterio de las partes o del juez; y en este último caso, sólo si tal realización fuese indispensable.

corresponde afirmar, respecto de la característica en estudio, una coincidencia entre el proceso de amparo y aquellos tres procesos laborales.<sup>280</sup>

Finalmente, resta analizar si los procesos laborales prevén una pronta ejecución de las sentencias firmes que versan sobre el contenido constitucional de los derechos laborales. A tal efecto, interesa evaluar si la ALPT y la NLPT han regulado una ejecución preferente de aquellas sentencias. En otras palabras, ¿el juez laboral, entre todas las sentencias cuya ejecución tenga a su cargo, tiene la obligación de ejecutar primero aquellas en las que se ha sancionado la afectación del contenido constitucional de un derecho fundamental?

Sobre el particular, los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT no prevén tal ejecución preferente.<sup>281</sup>

Por otro lado, como se mencionó anteriormente, la octava disposición complementaria de la NLPT dispone que “[l]os expedientes que por cualquier razón reingresen a los órganos jurisdiccionales tienen preferencia en su tramitación”. Al respecto, cabe resaltar que, según el artículo 58 de la NLPT, “[l]as resoluciones judiciales firmes y actas de conciliación judicial se ejecutan exclusivamente ante el juez que conoció la demanda y dentro del mismo expediente. Si la demanda se hubiese iniciado ante una sala laboral, es competente el juez especializado de trabajo de turno”.

---

<sup>280</sup> Por lo demás, y sin perjuicio de lo expuesto en el pie de página anterior, el proceso de amparo actual es menos concentrado de lo que era antes. En efecto, tal como dimos cuenta (véase supra, p. 149), la modificación del artículo 10 del Código Procesal Constitucional ha determinado que las excepciones y defensas previas ya no se resuelvan en la sentencia, sino en una etapa previa, esto es, la de saneamiento procesal. Al respecto, vale tener presente a Sagardoy Bengoechea quien, citando a Montero Aroca, expresa que “con relación al contenido del proceso, la concentración significa que todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales, no impiden la entrada en el fondo del asunto, no provocan un procedimiento independiente y son resueltas en el momento de la sentencia definitiva”. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. Op.cit., p. 834. El subrayado es nuestro.

Teniendo en cuenta lo citado, es obvio que la modificación mencionada va en detrimento del alto nivel de concentración del que goza el proceso de amparo; y si bien no origina que éste carezca de sumariedad, sí acentúa la proximidad, en términos de concentración procesal, entre el proceso de amparo y los procesos sumario (ALPT), ordinario (NLPT) y abreviado (NLPT).

<sup>281</sup> De forma general, el artículo 77 de la ALPT, que regula la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, dispone lo siguiente: “El Juez inicia la ejecución requiriendo al ejecutado a cumplir con la obligación establecida, bajo apercibimiento de afectar los bienes en la forma que señale el demandante, si es una obligación de dar suma líquida, o de aplicar lo dispuesto en el Artículo 75, si es una obligación de hacer o de no hacer [multas y denuncia penal]. Es competente el mismo Juez que conoció la demanda, salvo que esta se haya iniciado en una Sala Laboral, en cuyo caso lo será el Juez de Trabajo de Turno. El demandado sólo puede oponerse si acredita con prueba documental el cumplimiento de la obligación”.

Como se aprecia, la ejecución de sentencia firme *puede* originar un *reingreso* del expediente al juzgado que conoció inicialmente la demanda.<sup>282</sup> En tal caso, dicho expediente gozará de una tramitación prioritaria. Aplicando esta regla a los procesos ordinario y abreviado de la NLPT, podemos afirmar que los expedientes respectivos podrían tener una tramitación prioritaria en su fase de ejecución. Esto significa que las sentencias firmes dictadas en los procesos ordinario y abreviado de la NLPT pueden tener una ejecución preferente.

Sin embargo, repárese que la NLPT no distingue, a efectos de señalar una ejecución prioritaria de las sentencias laborales, entre aquellas que se pronuncian sobre la afectación del contenido constitucional de los derechos fundamentales y las demás que tratan otras materias. Es decir, lo que motiva la preferencia en la ejecución no es la materia sentenciada, sino, simplemente, el reingreso del expediente. Esto significa que, por ejemplo, una sentencia firme dictada por una sala laboral, como segunda instancia, tendrá la misma preferencia en su ejecución que otra firme emitida por la Corte Suprema, en vía casatoria, aunque aquella trate de asuntos laborales de mera legalidad y ésta sobre derechos fundamentales laborales (en su contenido constitucional).

Es más, a diferencia de lo que sucede en el proceso de amparo, es posible que la ejecución de las sentencias firmes dictadas en estos procesos se suspenda, con especial repercusión en el derecho a la remuneración. En efecto, el artículo 60 de la NLPT dispone que “[t]ratándose de la ejecución de intereses o de monto liquidado en ejecución de sentencia, a solicitud de parte y previo depósito o carta fianza por el total ordenado, el juez puede suspender la ejecución en resolución fundamentada”.

Sin perjuicio de lo expuesto, no queremos pecar de injustos. Por eso, es necesario afirmar que la ejecución preferente prevista por la NLPT, aunque no tenga como criterio la materia discutida en la sentencia, es un avance respecto de lo regulado por la ALPT y tiene como finalidad, en lo que a nosotros interesa, hacer de los procesos ordinario y abreviado unos más céleres. De igual forma, vale resaltar que la suspensión de la

---

<sup>282</sup> Ésta es sólo una posibilidad. No toda ejecución de sentencia firme significará un *reingreso del expediente* al juzgado que conoció la demanda. Piénsese, por ejemplo, cuando queda consentida la sentencia de primera instancia o cuando se trata de un proceso impugnativo de laudo arbitral derivado de una negociación colectiva. En el primer caso, al no haber impugnación, el expediente no es enviado a ningún órgano superior, con lo cual desaparece la posibilidad de algún reingreso del expediente: el juez de la demanda ejecuta su propia sentencia. En el segundo, como el proceso empieza en las salas laborales de las Cortes Superiores (artículo 3.3 de la NLPT), necesariamente la ejecución estará a cargo del juez de trabajo de turno (artículo 58 de la NLPT). Esto significa que el juez ejecutará la respectiva sentencia firme sin que el expediente se haya tramitado en su juzgado, lo cual configura nada más que un *primer ingreso* del expediente a su despacho.

ejecución antes indicada no es una paralización sin más de los actos destinados al cumplimiento de la sentencia, pues, como contrapartida, exige el aseguramiento de la pretensión económica del trabajador, lo que abona en una ejecución pronta de la sentencia al reanudarse esta etapa procesal<sup>283</sup>: la ejecución podría demorar aún más en supuestos donde, no habiendo paralización, el cumplimiento inmediato de la sentencia firme no es posible por la situación económica del demandado.

De acuerdo con lo expuesto, consideramos que existe una importante proximidad entre los procesos ordinario y abreviado de la NLPT y el proceso de amparo, en lo que respecta a una pronta y preferente ejecución de las sentencias firmes que versan sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales laborales. Esto no sucede con los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT. Por lo tanto, y en el marco de una comparación razonable, afirmamos una coincidencia entre el proceso de amparo y los dos procesos de la NLPT ante indicados, en lo que se refiere a la característica en estudio.

#### b) Igual nivel de protección

Los procesos laborales en estudio, para ser calificados como igual de satisfactorios que el proceso de amparo, deben proteger los derechos fundamentales laborales con la misma o similar intensidad con que lo efectúa este proceso constitucional.

Un primer criterio para verificar este dato lo constituye la regulación adecuada de la tutela cautelar. Repárese que en todos los procesos (el de amparo y los cuatro laborales) es posible la concesión de medidas cautelares. La comparación que realizaremos trasciende este mero dato: nos interesa más los tipos de medidas cautelares que se

---

<sup>283</sup> En similar posición de ventaja puede encontrarse el trabajador cuando, en segunda instancia, obtiene una sentencia favorable de una sala laboral de las Cortes Superiores, que luego es impugnada por el demandado a través del recurso de casación. En este caso, y aún sin ser firme la sentencia, procede la ejecución de ésta, salvo que el empleador solicite la suspensión de la ejecución y asegure la pretensión económica del trabajador. Al respecto, el artículo 38 de la NLPT expresa lo siguiente: “La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias. Excepcionalmente, solo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable. / El importe total reconocido incluye el capital, los intereses del capital a la fecha de interposición del recurso, los costos y costas, así como los intereses estimados que, por dichos conceptos, se devenguen hasta dentro de un (1) año de interpuesto el recurso. La liquidación del importe total reconocido es efectuada por un perito contable. / En caso de que el demandante tuviese trabada a su favor una medida cautelar, debe notificársele a fin de que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, elija entre conservar la medida cautelar trabada o sustituirla por el depósito o la carta fianza ofrecidos. Si el demandante no señala su elección en el plazo concedido, se entiende que sustituye la medida cautelar por el depósito o la carta fianza. En cualquiera de estos casos, el juez de la demanda dispone la suspensión de la ejecución”.

pueden conceder en cada uno de los procesos, así como su idoneidad para garantizar la respectiva pretensión remunerativa.

Dado que el canon de comparación siempre es el proceso de amparo, corresponde empezar analizando la tutela cautelar que éste presta. Al respecto, el artículo 15 del Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente:

“Artículo 15.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672”. El subrayado es nuestro.

De esta forma, el Código Procesal Constitucional regula una concreta medida cautelar (suspensión del acto violatorio) y dispone que las demás sean las previstas por el Código Procesal Civil. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto por el último párrafo de la norma transcrita, la aplicación supletoria no es absoluta, pues, en lo que a nosotros interesa, al prohibirse la aplicación de los artículos 636 y 642 al 672 del Código Procesal Civil, quedan proscritas en el proceso de amparo las medidas cautelares antes del proceso y las que consistan en cualquier forma de embargo o secuestro de bienes. En ese sentido, serán procedentes en este proceso constitucional, además de la medida de suspensión del acto, las medidas cautelares no innovativas,<sup>284</sup> innovativas,<sup>285</sup> temporales

<sup>284</sup> Según el artículo 687 del CPC, “[a]nte la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada

sobre el fondo<sup>286</sup> y genéricas.<sup>287</sup> Desde luego, la solicitud respectiva estará a cargo del trabajador.

Cabe resaltar que ninguna de las medidas cautelares mencionadas puede ser descartada per se como idónea para asegurar la eficacia de la sentencia constitucional y, en definitiva, para proteger el derecho fundamental a la remuneración. Serán las circunstancias concretas del caso las que indiquen esto. En esta línea, corresponde indicar que, por la excepcionalidad de las medidas cautelares no innovativas, innovativas y temporales sobre el fondo del Código Procesal Civil, sólo podrá solicitarse alguna de éstas (y en la forma en que han sido reguladas) si es que la medida específica de suspensión del acto no resulte suficiente para asegurar, adecuadamente, el cumplimiento de lo que se decidirá.

Así, por ejemplo, la medida específica de suspensión del acto puede resultar apta si el acto que se impugna, a través de la demanda de amparo, constituye sólo una amenaza al contenido constitucional del derecho a la remuneración. Paralizada la amenaza, se asegura completamente la eficacia de la futura sentencia que ordenará reprimirla. En este caso, la medida cautelar de suspensión del acto será, en estricto, una medida no innovativa.

Sin embargo, la suspensión del acto puede ser insuficiente si es lo que se impugna es la real lesión del derecho a la remuneración. Tomando como ejemplo una reducción injustificada de salario, la medida cautelar en mención paraliza la disminución. Sin embargo, como sólo se trata de una suspensión, únicamente tiene efectos a futuro. Esto quiere decir que la remuneración del trabajador volverá a su monto original mientras esté vigente la medida cautelar, pero no se abonarán los reintegros que correspondan por el

---

en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

<sup>285</sup> De acuerdo con el artículo 682 del CPC, “[a]nte la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”.

<sup>286</sup> El artículo 674 del CPC dispone que “[e]xcepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.

<sup>287</sup> El artículo 629 del CPC prevé que “[a]demás de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.

tiempo anterior a la concesión de la medida. Esto quiere decir que la medida no asegurará completamente la eficacia de la sentencia futura.

En el ejemplo citado, la medida específica de suspensión del acto es, en estricto, una medida innovativa. Sin embargo, aquella sólo llega a producir parcialmente los efectos que para ésta ha previsto, de forma general, el artículo 682 del Código Procesal Civil, pues la reposición de los hechos al estado anterior a la ocurrencia de la lesión no es completa. Por otra parte, si se analiza desde la óptica de las medidas temporales sobre el fondo (artículo 674 del Código Procesal Civil), la medida cautelar de suspensión del acto es una medida temporal sobre el fondo que implica una ejecución anticipada de la sentencia; no obstante, aquella no es integral, pues sólo se ejecuta un aspecto sustancial de la sentencia (paralización de la reducción). La utilidad de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil reside en la posibilidad de solicitar y conceder medidas más protectoras: continuando con el ejemplo, una medida innovativa con los alcances previstos por el artículo 682 o una medida temporal sobre el fondo que implique la integral ejecución anticipada de la sentencia, en los términos del artículo 674.

Se observa, entonces, que el Código Procesal Constitucional agrega un abanico de medidas cautelares del Código Procesal Civil que bien puede optimizar la tutela preventiva del contenido constitucional del derecho a la remuneración. Desde luego, corresponderá al juez conceder o rechazar la medida que se solicite, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y del cumplimiento de los respectivos requisitos legales.

A partir de lo expuesto, corresponde evaluar si los procesos laborales ofrecen una tutela cautelar de similar intensidad.

Sobre el particular, la ALPT dispone en su artículo 96 que “[t]odo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar dentro de un proceso, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Son procedentes en el proceso laboral las medidas cautelares que contempla esta ley”. En ese sentido, queda proscrita en los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT toda medida cautelar antes de proceso; asimismo, se descarta cualquier aplicación supletoria del Código Procesal Civil en materia de medidas cautelares. Mientras lo primero es una coincidencia con el proceso de amparo, lo segundo no.

La ALPT sólo contempla tres medidas cautelares: embargos en forma de inscripción o administración<sup>288</sup>, y asignación provisional.<sup>289</sup> Si bien puede destacarse que, en general, el embargo es una medida cautelar idónea para asegurar una pretensión remunerativa, repárese que la ALPT sólo admite dos formas de embargo, no obstante existir otras más previstas por el Código Procesal Civil y que, según el caso concreto, podrían resultar más adecuadas para tutelar, preventivamente, el derecho a la remuneración.<sup>290</sup>

Por su parte, la medida de asignación provisional (medida temporal sobre el fondo) ha sido ideada para casos de extinción de la relación laboral; es por eso que sólo se concede si se trata de procesos de impugnación de despido y/o pago de beneficios sociales. Y si bien este último proceso también puede incoarse durante la relación laboral, no agota todas las pretensiones remunerativas susceptibles de ser judicializadas (piénsese, por ejemplo, en aquellas relacionadas a reducciones o discriminaciones salariales canalizadas a través de procesos de impugnación de actos de hostilidad).

Configurada de este modo la tutela cautelar laboral, no cabe duda que los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT otorgan una menor protección preventiva que el proceso de amparo, aún cuando éste no permite medidas de embargo o secuestro. En efecto, en lo que respecta al aseguramiento de la pretensión remunerativa, es una diferencia sustancial el que el proceso de amparo prevea la suspensión del acto violatorio, la reposición de los hechos al estado anterior a la ocurrencia de la lesión (medida innovativa) y la ejecución anticipada, total o parcial, de lo que se va a sentenciar (medida

---

<sup>288</sup> El artículo 100 de la ALPT expresa que “[c]uando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo bajo la modalidad de inscripción o administración”. El Código Procesal Civil indica, a propósito del embargo en forma de inscripción, que “[t]ratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente” (artículo 656). Asimismo, en relación con el embargo en forma de administración, el referido código señala que “[c]uando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan” (artículo 669).

<sup>289</sup> El artículo 101 de la ALPT indica que “[e]l Juez puede disponer el pago de una asignación provisional y fijar su monto, que no podrá exceder la remuneración ordinaria del demandante y con cargo a su compensación por tiempo de servicios, en los procesos de impugnación del despido y de pago de beneficios sociales”.

<sup>290</sup> Este puede ser el caso, por ejemplo, de la medida de embargo en forma de retención. Al respecto, el artículo 657 del Código Procesal Civil dispone lo siguiente: “Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez. / Si el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera, el Juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión. / Para tal efecto, todas las Entidades Financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención”.

temporal sobre el fondo), esto último, a diferencia de la asignación provisional, sin que sea relevante el tipo de proceso incoado. Frente a lo expuesto, las tres medidas cautelares de la ALPT representan un inferior nivel de protección cautelar del derecho a la remuneración.

Para terminar con la comparación entre el proceso de amparo y los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT, cabe resaltar que tanto la jurisprudencia como determinados plenos jurisdiccionales han tratado de solucionar la pobre tutela cautelar del proceso laboral a través de la aplicación supletoria del Código Procesal Civil. Sin embargo, ni aquella se ha tratado de una posición unánime o de un precedente vinculante,<sup>291</sup> ni estos son de seguimiento obligatorio para los jueces.<sup>292</sup> Por lo tanto, al no estar resuelto definitivamente el problema descrito, cabe reafirmar nuestra conclusión: el proceso de amparo presta un mayor nivel de tutela cautelar.

Todo lo contrario sucede con los procesos ordinario y abreviado de la NLPT. Además de las específicas medidas de reposición y asignación provisionales,<sup>293</sup> la NLPT autoriza

---

<sup>291</sup> Al respecto, Vidal Salazar ha expresado lo siguiente: “En relación al proceso laboral como opción frente al amparo, el tema [calificación de aquel proceso como vía igualmente satisfactoria] es aún más complicado, pues a los problemas de política jurisdiccional se suman limitaciones propias de su estructura. Como ejemplo de ello, la Ley N° 26636 (...) que regula el proceso laboral, reconoce expresamente un número limitado de medidas cautelares (...), permitiendo una interpretación restrictiva frente a la aplicación de las medidas reguladas en el Código Procesal Civil. Si bien existe jurisprudencia que ha admitido la solicitud de medidas cautelares no reguladas expresamente en la Ley N° 26636, lo cierto es que la jurisprudencia aún no ha fijado una posición unánime, por lo que el peligro del litigante de encontrarse en una situación de indefensión por no contar con tutela cautelar es manifiesto”. VIDAL SALAZAR, Michael. Op.cit., p. 15.

<sup>292</sup> En lo que a nosotros interesa, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2008 acordó, por mayoría, lo siguiente: “Las medidas cautelares en materia laboral se encuentran previstas en el artículo 100 de la Ley Procesal del Trabajo. Asimismo, en el proceso laboral son precedentes todas las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente”. Texto tomado de: SOLUCIONES LABORALES. Aplicación práctica de los plenos jurisdiccionales laborales. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 51.

Sobre el carácter no vinculante de estos acuerdos, la Corte Suprema ha expresado que “los plenos jurisdiccionales no constituyen doctrina jurisprudencial de observancia obligatoria por todas las instancias, tanto más si ésta aún no ha sido desarrollada con las formalidades del artículo 400° del Código Procesal Civil”. Casación 2150-2005 La Libertad, considerando quinto. Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 3 de julio de 2006. Citada por SACO BARRIOS, Raúl. Op.cit., p. 520. Si bien se ha modificado el artículo 400° del Código Procesal Civil, lo expuesto por la Corte sobre los plenos referidos mantiene totalmente su vigencia.

<sup>293</sup> El artículo 55 de la NLPT dispone lo siguiente: “El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos: a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad; b) estar gestionando la conformación de una organización sindical; y c) el fundamento de la demanda es verosímil. / Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia”. Seguidamente, el artículo 56 de la NLPT expresa: “De modo especial, en los procesos en los que se pretende la reposición, el juez puede disponer la entrega de una asignación provisional mensual cuyo monto es fijado por el juez y el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Si la sentencia firme ordena la reposición, el empleador restituye el depósito más sus intereses y, en caso de ordenarse el pago de remuneraciones devengadas, se deduce la asignación percibida”. Como se aprecia,

la concesión de cualquier otro tipo de medida cautelar, incluso antes de iniciado el proceso laboral respectivo. En efecto, el artículo 54 de la NLPT dispone lo siguiente:

**“Artículo 54.- Aspectos generales**

A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte.

Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal.

En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales”. El subrayado es nuestro.

Lo expuesto significa que las medidas cautelares que los procesos ordinario y abreviado de la NLPT pueden conceder no se agotan en aquellas que se otorgan en el proceso de amparo. Por ejemplo, estos procesos laborales admiten cualquier forma de embargo o secuestro de bienes, y el proceso de amparo no. De igual forma, la NLPT permite la concesión de medidas antes de iniciado cualquiera de aquellos procesos; en cambio, las medidas antes de proceso están proscritas para el proceso de amparo. Por lo tanto, es evidente que el derecho a la remuneración recibe de los procesos ordinario y abreviado de la NLPT una más intensa tutela cautelar que la brindada por el proceso de amparo.

Un segundo criterio para verificar si los procesos laborales de la ALPT y NLPT protegen el contenido constitucional del derecho a la remuneración, con igual o similar intensidad con que lo realiza el proceso de amparo, es la admisión o rechazo del abandono como forma “especial” o “anticipada” de conclusión del proceso.<sup>294</sup>

Al respecto, la ALPT guarda silencio: sólo regula la conciliación (artículo 45) y el desistimiento (artículo 46) como formas de conclusión anticipada del proceso. Si bien desde la tercera disposición final de la ALPT podría argumentarse la procedencia del abandono en aplicación supletoria del Código Procesal Civil, nótese que desde la primera

---

ambas medidas específicas guardan relación con la pretensión judicial de reposición en el centro de trabajo, luego de un despido.

<sup>294</sup> Cabe resaltar que el abandono del proceso puede ser calificado en cualquiera de las dos formas. Esto es así porque, por un lado, el Código Procesal Civil lo regula dentro de un Título denominado “Formas especiales del conclusión del proceso” (Título XI de la Sección Tercera del Código); mientras que, por otro, lo prevé como una forma de conclusión anticipada del proceso (artículos 474 y 321.3).

disposición final del referido Código la procedencia del abandono no es posible, pues resulta incompatible con la naturaleza del proceso laboral.

En efecto, el artículo I del Título Preliminar de la ALPT dispone expresamente que “(...) [e]l Juez dirige e impulsa el proceso para lograr una pronta y eficaz solución de las controversias que conoce”. Declarando el abandono, el juez simplemente concluye el proceso, pero no soluciona la controversia, y menos de una forma pronta y eficaz.<sup>295</sup> En ese sentido, el abandono es contrario al deber judicial de impulso procesal establecido por la ALPT, cuyo cumplimiento no sólo debe acentuarse en el proceso laboral, sino además efectuarse de oficio al no existir en la ALPT ninguna reserva expresa en contrario.<sup>296</sup> Por tanto, dada la incompatibilidad de naturaleza, no es posible la aplicación supletoria del Código Procesal Civil para la procedencia del abandono en el proceso laboral.<sup>297</sup>

Por lo expuesto, existe una coincidencia entre el proceso de amparo y los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT, en lo que respecta a la improcedencia del abandono como forma de conclusión anticipada del proceso.

Cuestión distinta sucede con los procesos ordinario y abreviado de la NLPT. Regulándolo como una forma especial de conclusión del proceso, la NLPT dispone en su artículo 30 que “[e]l abandono del proceso se produce transcurridos cuatro (4) meses sin que se realice acto que lo impulse. El juez declara el abandono a pedido de parte o de

---

<sup>295</sup> Por ello, según el Código Procesal Civil, que regula de forma general esta figura, transcurrido un año de la declaración del abandono, y si es que no ha vencido el plazo de prescripción respectivo, el demandante puede iniciar un nuevo proceso judicial contra la misma parte y por la misma pretensión: “El abandono pone fin al proceso sin afectar la pretensión. Sin embargo, su declaración impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año, contado a partir de la notificación del auto que lo declare. Asimismo, restituye las cosas al estado que tenían antes de la demanda. / Si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se declara el abandono, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante, si a ello hubiera lugar” (artículo 351).

<sup>296</sup> De conformidad con el artículo 5 del Decreto Supremo 017-93-JUS (TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial), “[l]os Magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio, salvo reserva procesal expresa. / Con este objeto tienen autoridad sobre todos los intervinientes en los procesos judiciales de su competencia, quienes les deben el respeto y las consideraciones inherentes a su función”. El subrayado es nuestro.

<sup>297</sup> El Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999 reafirma lo expuesto a través del siguiente acuerdo: “En el proceso laboral no procede la declaración de abandono, por lo que no se aplican supletoriamente las normas del Código Procesal Civil que regulan este instituto. Los jueces que administran la justicia laboral tienen la responsabilidad de cumplir eficazmente con la obligación que le[s] impone el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, sobre la dirección e impulso del proceso, a fin de obtener la resolución de las causas en el menor tiempo posible”. Texto tomado de: SOLUCIONES LABORALES. Op.cit., p. 38. Cabe resaltar que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República dispuso que los acuerdos de este pleno tengan carácter obligatorio para los magistrados laborales de primera y segunda instancia de las Cortes Superiores, previéndose la modificación de dichos acuerdos sólo por ley o resolución casatoria. Al respecto, véase la Resolución Administrativa N° 05-99-SCS/CSJR, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de noviembre de 1999 (pp. 180115 – 180118).

tercero legitimado, en la segunda oportunidad que se solicite, salvo que en la primera vez el demandante no se haya opuesto al abandono o no haya absuelto el traslado conferido”.<sup>298</sup> Por tanto, en comparación con el proceso de amparo y respecto a la característica en estudio, los mencionados procesos ordinario y abreviado no brindan al derecho a la remuneración un similar o igual nivel de protección.

Como tercer criterio de comparación entre el proceso de amparo y los procesos laborales tenemos a la posibilidad de recurrir a una tercera instancia en caso en la segunda se haya desestimado la demanda. Recuérdese que, según el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, “[c]ontra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional (...)”.

Pues bien, en este punto, el proceso sumarísimo de la ALPT y el proceso abreviado de la NLPT brindan una protección de menor nivel al contenido constitucional del derecho a la remuneración. El proceso sumarísimo siempre se inicia ante un juez de paz letrado (artículos 70 y 4.3 de la ALPT). El proceso abreviado también, si se trata de la tutela del derecho referido (artículo 1.1. de la NLPT).<sup>299</sup> Si bien en ambos procesos es posible apelar la sentencia de estos jueces, tanto la ALPT como la NLPT han previsto que, en estos casos, no cabe recurso impugnativo alguno contra la sentencia de segunda instancia dictada por el juez especializado de trabajo.<sup>300</sup> Esto significa que, en lo que respecta a la tutela judicial del derecho a la remuneración, los procesos sumarísimo y

---

<sup>298</sup> Sin perjuicio de lo indicado, cabe tener presente que, según el artículo 350 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en los procesos de la NLPT, “[n]o hay abandono: 1. En los procesos que se encuentran en ejecución de sentencia; 2. En los procesos no contenciosos; 3. En los procesos en que se contengan pretensiones imprescriptibles; 4. En los procesos que se encuentran para sentencia, salvo que estuviera pendiente actuación cuya realización dependiera de una parte. En este caso, el plazo se cuenta desde notificada la resolución que la dispuso; 5. En los procesos que se encuentran pendientes de una resolución y la demora en dictarla fuera imputable al Juez, o la continuación del trámite dependiera de una actividad que la ley le impone a los Auxiliares jurisdiccionales o al Ministerio Público o a otra autoridad o funcionario público que deba cumplir un acto procesal requerido por el Juez; y, 6. En los procesos que la ley señale”.

<sup>299</sup> Esto no sucede cuando se trata de la tutela de otros derechos fundamentales, como el derecho al trabajo o el derecho a la libertad sindical. En estos casos, el proceso abreviado es tramitado en primera instancia por los jueces especializados de trabajo.

<sup>300</sup> Ambas leyes procesales han regulado la competencia por función de forma que ningún proceso iniciado en los Juzgados de Paz Letrados llegue a alguna Sala Laboral de la Corte Superior o a alguna Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Sobre el particular, véanse los artículos 5 y 4 de la ALPT y NLPT, respectivamente.

abreviado concluyen definitivamente en segunda instancia, independientemente del resultado favorable o desfavorable que obtenga el trabajador.<sup>301</sup>

Por su parte, sí existe una tercera instancia en los procesos ordinarios de la ALPT y NLPT. En estos casos, es posible acceder a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema a través del recurso de casación. Sin embargo, existen diferencias entre esta instancia y la propia del proceso de amparo.

En primer lugar, por su carácter extraordinario, no es posible interponer un recurso de casación sin una previa apelación, por parte del mismo recurrente, de la sentencia adversa de primera instancia. Si bien con una infeliz redacción, tanto la ALPT como la NLPT prevén este requisito. En efecto, el artículo 57.e de la ALPT señala que “[e]l recurso de casación se interpone: (...) e) Siempre que la resolución adversa de primera instancia, que haya sido confirmada por la recurrida, no hubiere sido consentida. (...)”. De la misma forma, el artículo 36.1 de la NLPT expresa que “[s]on requisitos de procedencia del recurso de casación: 1. Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso. (...)”. En el proceso de amparo, para acceder al Tribunal Constitucional, a través del recurso de agravio constitucional, sólo se necesita una sentencia desfavorable en segunda instancia, independientemente de que el recurrente haya apelado o no la resolución de primer grado.

En segundo lugar, existe una limitación de cuantía para que el recurso de casación del trabajador sea admitido. De acuerdo con la ALPT, la pretensión remunerativa de la demanda debe superar las 100 URP, según la liquidación presentada con ésta.<sup>302</sup> La

---

<sup>301</sup> Si bien esta limitación a dos instancias no afecta el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6 de la Constitución), repárese que sí marca una tutela diferenciada al interior del derecho a la remuneración y frente a otros derechos fundamentales.

Al interior del derecho, porque existirán pretensiones remunerativas que, por razón de la cuantía, serán tramitadas en los procesos ordinarios de la ALPT y NLPT, con la posibilidad de recurrir a una tercera instancia (Corte Suprema). Sin duda, esto evidencia que, para el legislador laboral, el derecho a la remuneración es más o menos fundamental según el monto pretendido.

Por otro lado, la tutela es diferenciada frente a otros derechos, en perjuicio del derecho a la remuneración, porque derechos como al trabajo y a la libertad sindical, por más que se tramiten en un proceso abreviado, podrán ser protegidos hasta en tres instancias, al ser de competencia, en la primera de éstas, de los jueces especializados de trabajo. La celeridad procesal no puede justificar que el proceso abreviado concluya en segunda instancia sólo cuando se trate de la protección de un derecho, permitiendo que en los demás casos exista la posibilidad de una instancia superior.

<sup>302</sup> El artículo 55 de la ALPT dispone que “[e]ste recurso [de casación] procede únicamente en los siguientes supuestos: a) Sentencias expedidas en revisión por las Salas Laborales o Mixtas de las Cortes Superiores de Justicia que resuelvan el conflicto jurídico planteado por las partes. b) Si la pretensión es de naturaleza económica y está expresada en dinero, sólo procederá si dicha cuantía supera las 100 (cien) Unidades de

NLPT exige lo mismo, pero toma como referencia el monto total reconocido en la sentencia de segunda instancia.<sup>303</sup>

Teniendo en cuenta que la demanda de pago de remuneraciones transita por la vía del proceso ordinario si es que la pretensión respectiva supera las 10 URP (en caso de la ALPT) o las 50 URP (en caso de la NLPT), es obvio que numerosos litigios concluirán en segunda instancia, ya sea porque la liquidación que obra en la demanda no supera las 100 URP (en caso resulte aplicable la ALPT) o porque el monto total reconocido por la sentencia de segunda instancia no excede tal monto (en caso resulte aplicable la NLPT). Es más, de acuerdo con la sexta disposición transitoria de la NLPT, si la cuantía de la sentencia de primera instancia no supera las 70 URP, el proceso concluye definitivamente en segunda instancia, a través de la resolución, en revisión, que dicte el tribunal unipersonal correspondiente.<sup>304</sup> En el proceso de amparo, cuando se trata de la protección del derecho a la remuneración, no existe ninguna limitación de cuantía para acceder al Tribunal Constitucional.<sup>305</sup>

Finalmente, la tercera instancia no está reservada sólo para el demandante: el demandado también puede interponer el recurso de casación en los procesos ordinarios de la ALPT y NLPT. En el caso de la ALPT, esto es doblemente perjudicial para el trabajador porque el recurso de casación del empleador suspende la ejecución de la sentencia impugnada, favorable a aquél. Si bien esto no es así en el caso de la NLPT, es preciso indicar que, excepcionalmente, sí procede tal suspensión, con especial incidencia en la pretensión remunerativa del trabajador (artículo 38). En el proceso de amparo, sólo

---

Referencia Procesal determinada conforme lo establece el Artículo 6 de esta Ley, si el recurso es interpuesto por el demandante y, como lo establece la sentencia recurrida, si lo interpone el demandado. (...)”. El artículo 6 de la ALPT establece que “[l]a competencia por razón de cuantía se determina con sujeción a las siguientes reglas: 1. El valor económico de la pretensión es el que resulta de la suma de todos los extremos que contenga la demanda, en la forma en que hayan sido liquidados por el demandante. 2. El valor comprende sólo la deuda principal de cada extremo, no así los intereses, costas, costos ni conceptos que se devenguen en el futuro”.

<sup>303</sup> El artículo 35 de la NLPT señala que “[e]l recurso de casación se interpone: 1. Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso. En el caso de sentencias el monto total reconocido en ella debe superar las cien (100) Unidades de Referencia Procesal (URP). No procede el recurso contra las resoluciones que ordenan a la instancia inferior emitir un nuevo pronunciamiento. (...)”.

<sup>304</sup> La sexta disposición transitoria de la NLPT dispone expresamente lo siguiente: “El Poder Judicial dispone el desdoblamiento de las salas laborales en tribunales unipersonales que resuelvan en segunda y última instancia las causas cuya cuantía de la sentencia recurrida no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)”. El subrayado es nuestro.

<sup>305</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, existirán demandas laborales en la vía ordinaria que traten sobre el contenido constitucional del derecho a la remuneración y no les resulte aplicable esta limitación de cuantía. Las demandas que versan sobre el cese de determinados actos de hostilidad remunerativa son un ejemplo. En estos casos, bien puede el trabajador intentar que su proceso llegue hasta la Corte Suprema.

el afectado en su derecho constitucional (el demandante) puede interponer un recurso de agravio constitucional y, de esta forma, acceder al Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, atendiendo a estas diferencias (casación previa apelación, cuantía mínima y no exclusividad de la instancia para el demandante), consideramos que, por más que prevean una tercera instancia, los procesos ordinarios de la ALPT y NLPT no brindan al contenido constitucional del derecho a la remuneración una tutela de similar o igual nivel que la que presta el proceso de amparo.

Un cuarto criterio consiste en la configuración de la institución de la cosa juzgada. Sobre el particular, recuérdese que, según el artículo 6 del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo, lo que optimiza el derecho de acceso a la justicia constitucional.

La ALPT y la NLPT no prevén regulación alguna sobre la institución de la cosa juzgada. Entonces, resulta aplicable en los cuatro procesos laborales que analizamos la disposición genérica del artículo 123 del Código Procesal Civil:

**“Artículo 123.- Cosa Juzgada**

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 [nulidad de cosa juzgada fraudulenta] y 407 [corrección de resoluciones].”

Se observa que, a diferencia del artículo 6 del Código Procesal Constitucional, el Código Procesal Civil extiende los supuestos de configuración de la cosa juzgada, siendo irrelevante, a tal efecto, que la resolución respectiva se trate de un pronunciamiento de fondo, esto es, un pronunciamiento sobre la pretensión demandada. En consecuencia, en lo que respecta a la característica en estudio, no existe coincidencia ni proximidad entre estos cuatro procesos laborales y el proceso de amparo.

Finalmente, un quinto criterio de comparación entre el proceso de amparo y los procesos laborales es la regulación de algún mecanismo sumarísimo que reprima actos empresariales similares y posteriores en el tiempo al que fue declarado, de manera definitiva, lesivo al contenido constitucional del derecho a la remuneración en un primer proceso.

Como ya se ha mencionado, tal procedimiento sí existe en el proceso de amparo (artículo 60 del Código Procesal Constitucional).<sup>306</sup> Por su parte, en la NLPT se ha regulado, por primera vez, un procedimiento similar, esto es, la liquidación de derechos individuales con contenido patrimonial.

Al respecto, es preciso indicar que existen derechos que corresponden a un grupo de trabajadores y que, sin embargo, no se trata de derechos colectivos, es decir, son derechos de titularidad individual, pero en número plural y con un origen común.<sup>307</sup> Teniendo en cuenta este aspecto, el artículo 9.2 prevé, para la tutela de estos derechos, una legitimidad para obrar extraordinaria:

“Artículo 9.- Legitimación especial  
(...)

9.2 Cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito”. El subrayado es nuestro.

Si estos derechos que corresponden a un grupo de trabajadores tienen un contenido patrimonial, entonces es posible que, ante su lesión por el empleador, cualquier trabajador del grupo inicie un proceso judicial para la declaración de lesividad del acto empresarial respectivo. Si finalmente la sentencia declarativa es emitida por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, con calidad de cosa juzgada, entonces cada trabajador afectado del grupo puede iniciar un proceso de liquidación de derecho individual:

<sup>306</sup> Sobre el particular, véase supra, pp. 153-155.

<sup>307</sup> Estamos frente a lo que la doctrina denomina derechos individuales homogéneos. Al respecto, Ferrer MacGregor señala que “los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y D.F: colectivos. México Porrúa, 2003, p. 15 (citado en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de marzo de 2009, f.j. 32. Recaída en el expediente N° 4878-2008-PA/TC).

“Artículo 18.- Demanda de liquidación de derechos individuales

Cuando en una sentencia se declare la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, con contenido patrimonial, los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados pueden iniciar, sobre la base de dicha sentencia, procesos individuales de liquidación del derecho reconocido, siempre y cuando la sentencia declarativa haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República, y haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

En el proceso individual de liquidación del derecho reconocido es improcedente negar el hecho declarado lesivo en la sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República. El demandado puede, en todo caso, demostrar que el demandante no se encuentra en el ámbito fáctico recogido en la sentencia”.

Según el caso concreto, estos derechos patrimoniales del grupo de trabajadores pueden tener naturaleza remunerativa.<sup>308</sup> Siendo esto así, la tutela del derecho a la remuneración se nutre de lo dispuesto por los artículos 9.2 y 18 de la NLPT.

Es cierto que la declaración de lesividad conseguida en un primer proceso vincula al empleador en el posterior proceso de liquidación de derecho individual. Por ello, en éste, ante la pretensión económica del trabajador afectado, sólo podrá cuestionar el monto solicitado o, en todo caso, negarse a cualquier pago, pero sobre la base de un único argumento: que el trabajador no se encuentra en las mismas circunstancias que ameritaron el primer proceso y que están recogidas en la sentencia declarativa.

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que el aporte más importante del artículo 18 de la NLPT va en un sentido distinto. En nuestra opinión, la declaración de lesividad en el primer proceso no sólo se limita a un primer y único acto del empleador. Es decir, los efectos de la sentencia declarativa del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema trascienden el concreto acto cuestionado para alcanzar también a cualquier otro homogéneo y posterior. En ese sentido, se ha mencionado que “[s]i bien esta regulación [artículo 18 NLPT] es novedosa en el ámbito laboral, en materia constitucional el artículo

---

<sup>308</sup> A propósito de las diferencias entre los derechos colectivos y los individuales homogéneos, Priori Posada presenta un interesante ejemplo de estos últimos: “Distinto es el caso en el que, en el marco de una negociación colectiva, se reconoce el pago de una bonificación a los trabajadores y el empleador incumple con este pago. El incumplimiento del empleador se puede entender que vulnera el derecho a la negociación colectiva, pero es claro que esa vulneración se refleja en el interés económico, individual y homogéneo de cada uno de los trabajadores. Por ello, acá no estamos frente a un derecho colectivo, sino frente a varios derechos individuales homogéneos. Con lo que no sólo cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo 9.2 de la NLPT podrá iniciar un proceso para tutelar todos esos derechos, sino que a esta situación le será directamente vinculante lo dispuesto en el artículo 18 de la NLPT. Es decir, se podrá obtener una sentencia declarativa de la existencia de ese derecho patrimonial”. PRIORI POSADA, Giovanni F. y otros. Comentarios a la nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: ARA Editores, 2011, p. 104. Si tal bonificación tuviera carácter contraprestativo, el ejemplo expuesto sería uno del derecho a la remuneración como derecho individual homogéneo.

60 del Código Procesal Constitucional recoge la figura de la represión de actos lesivos homogéneos”.<sup>309</sup>

Por ello, el artículo 18, a través del proceso de liquidación de derecho individual, establece una técnica de represión de actos lesivos homogéneos. Esto quiere decir, por ejemplo, que si ya existe una sentencia (producto de un primer proceso iniciado por cualquiera de los legitimados por el artículo 9.2 de la NLPT) contra el empleador (empresa de tienda por departamentos) que declara que un acto de éste (no pago de remuneración mínima a comisionistas) es contrario al derecho a una remuneración mínima de los trabajadores del grupo (comisionistas), entonces el trabajador, afectado por segunda vez en su mismo derecho a raíz de un acto homogéneo al declarado lesivo, sólo tendrá que recurrir nuevamente al juez liquidador (a través de un segundo proceso de liquidación) para tutelar directamente su derecho a la remuneración mínima vital.<sup>310</sup>

Ahora bien, si de la comparación entre el proceso de amparo y los procesos ordinario y abreviado de la NLPT se trata, interesa saber cuál de estos procesos laborales es apto para emitir una sentencia declarativa con las características del artículo 18 y, por tanto, con los efectos extensivos antes indicados. Al respecto, dado que dicho artículo trata sobre derechos individuales homogéneos (derechos plurindividuales), consideramos que, en la generalidad de los casos, lo será el proceso ordinario y, en determinados supuestos, el proceso abreviado.

El proceso ordinario será apto de forma general porque, a través de él, los jueces especializados de trabajo conocen las pretensiones referidas a la protección de derechos plurales:

Artículo 2.1: “Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos

<sup>309</sup> VINATEA RECOBA, Luis y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis normativo. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 120 (nota al pie 67).

<sup>310</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, es criticable que, para ser vinculante en posteriores procesos de liquidación, se exija que la sentencia declarativa del primer proceso no sólo configure cosa juzgada, sino también que sea dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema. Esto puede dar cabida a consentimientos empresariales mal intencionados de la sentencia declarativa del órgano inferior, a fin de imposibilitar cualquier posterior proceso de liquidación de derechos individuales, con la consiguiente demora en la tutela de los derechos individuales homogéneos de los trabajadores del grupo.

sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios”.<sup>311</sup> El subrayado es nuestro.

Por su parte, la sentencia declarativa, en los términos del artículo 18 de la NLPT, sólo se conseguirá a través del proceso abreviado en determinados supuestos. Recuérdese que, según la materia, el proceso abreviado será de competencia de los jueces de paz letrados laborales o de los jueces especializados de trabajo. Por la limitación del número de instancias, en el primer caso no se podrá obtener una sentencia declarativa de la Corte Suprema. En el segundo caso sí, pero sólo si se trata del derecho al trabajo o del derecho a la libertad sindical. Por lo tanto, si se desea obtener de la Corte Suprema una sentencia declarativa en la vía del proceso abreviado para luego incoar un proceso de liquidación de derecho individual, será necesario que el derecho patrimonial del grupo guarde relación con alguno de aquellos derechos. Estimamos que, en el común de los casos, la relación será con el derecho a la libertad sindical (hostilidad remunerativa antisindical, por ejemplo).

De acuerdo con lo expuesto, y desde una comparación razonable, existe coincidencia entre el proceso de amparo y los procesos ordinario y abreviado de la NLPT en lo que respecta a la regulación de alguna técnica de represión de actos homogéneos que son contrarios al derecho a la remuneración: sin perjuicio de sus particularidades, en todos estos procesos es posible la extensión de los efectos de una primera sentencia a situaciones similares a las condenadas por ésta.

Finalmente, los procesos ordinario y sumarísimo de la ALPT no prevén ningún procedimiento de represión de actos homogéneos. En verdad, una técnica de este tipo es bastante novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en lo que respecta a la característica en estudio, no existe ningún tipo de coincidencia ni proximidad entre estos dos procesos laborales y el proceso de amparo.

Hemos terminado el análisis sobre si los procesos laborales son procesos específicos e igualmente satisfactorios que el proceso de amparo en lo que respecta a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración. Corresponde ahora sintetizar lo expuesto y formular nuestras conclusiones a través del siguiente cuadro comparativo.

---

<sup>311</sup> A mayor abundamiento, nótese que mediante el proceso ordinario laboral, en tanto proceso marco, el juez especializado de trabajo también puede conocer aquellas materias laborales que, a su criterio y en función de su especial naturaleza, deban ser ventiladas en esta vía procesal (artículo 2.1.I de la NLPT).

CUADRO COMPARATIVO: TUTELA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN PROCESO DE AMPARO vs. PROCESOS LABORALES												
Características del proceso de amparo		Específico	Sumariedad				Nivel de protección					Conclusión
		Tutela exclusiva	Trámite preferente	Prohibición reconvención	Concentración procesal	Pronta y preferente ejecución sentencia firme	Tutela cautelar adecuada	Improcedencia abandono	Tercera instancia	Cosa juzgada	Represión acto homogéneo	
Ley 26636 (ALPT)	Proceso ordinario	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ	NO	NO	NO	No es específico ni igualmente satisfactorio
	Proceso sumarísimo	NO	NO	SÍ	SÍ	NO	NO	SÍ	NO	NO	NO	No es específico ni igualmente satisfactorio
Ley 29497 (NLPT)	Proceso ordinario	NO	NO	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ	No es específico ni igualmente satisfactorio
	Proceso abreviado	NO	NO	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ	No es específico ni igualmente satisfactorio

De lo expuesto, concluimos que ninguno de los procesos laborales estudiados es una vía específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo en lo que se refiere a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración. Por la notoria disparidad entre el proceso de amparo y los procesos laborales de la ALPT, no tiene caso analizar qué necesitarían estos últimos para cumplir con lo dispuesto por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, tal indagación estimamos necesaria en el caso de los procesos ordinario y abreviado de la NLPT.

Nuevamente desde una comparación razonable, consideramos que si el legislador previera en el proceso ordinario de la NLPT un trámite preferente de las demandas que versen sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales, este proceso podría cumplir con lo que exige el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Es cierto que subsistirían algunas diferencias con el proceso de amparo, siendo la principal, en mi opinión, la forma en que se encuentra estructurada la tercera instancia en aquel proceso laboral. Sin embargo, recuérdese que el artículo 5.2 del referido Código no reclama una identidad absoluta entre los procesos.

En lo que respecta al proceso abreviado, lo mismo habría que exigirle. No obstante, existiría todavía una diferencia sustancial con el proceso de amparo en lo que se refiere a la tutela del derecho a la remuneración: la posibilidad de recurrir a una tercera instancia. Consideramos que el legislador debería preverla, quedando a su criterio la configuración respectiva.

Finalmente, es preciso señalar que existirán pretensiones referidas al contenido constitucional del derecho a la remuneración que, por su propia complejidad, no serán posibles de tramitar a través del proceso de amparo, con lo cual, necesariamente deberán formularse en un proceso laboral.<sup>312</sup> Sin embargo, esto no es producto de la residualidad del proceso constitucional. Es decir, la pretensión se discutirá en el respectivo proceso laboral no porque éste constituya un proceso específico e igualmente satisfactorio que el proceso de amparo, sino porque, simplemente, no existe ninguna otra vía apta para la dilucidación de la controversia.

---

<sup>312</sup> Piénsese, por ejemplo, en casos de lesión del derecho de las mujeres a percibir igual salario que los hombres por un trabajo diferente, pero de igual valor. En estos supuestos de discriminación salarial, donde se necesita demostrar el valor equivalente de los respectivos puestos de trabajo, el proceso de amparo no resultaría apto, principalmente, por carecer de etapa probatoria.

### 3.3.2 El proceso contencioso administrativo como vía específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo

El Decreto Supremo 013-2008-JUS (TUO de la Ley 27584) regula dos tipos de procesos contenciosos administrativos: el proceso contencioso administrativo especial (en adelante, “proceso especial”) y el proceso contencioso administrativo urgente (en adelante, “proceso urgente”). Por su mayor alcance, conviene empezar analizando el primero.

#### 3.3.2.1 Proceso contencioso administrativo especial

##### a) Análisis de especificidad

Definitivamente, no estamos ante un proceso que tutele de forma exclusiva el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de los alcances del proceso urgente, cabe señalar que el proceso especial ha sido diseñado como un proceso de tipo general, a través del cual puede cuestionarse cualquier actuación de la Administración Pública realizada en ejercicio de sus potestades administrativas, independientemente que dicha actuación afecte derechos fundamentales. Esta generalidad se mantiene en lo que respecta a las controversias derivadas de relaciones laborales de derecho público: el proceso especial admite cualquier tipo de pretensión laboral, esté o no referida al contenido constitucional de los respectivos derechos fundamentales.<sup>313</sup>

Por lo tanto, el proceso especial incumple el requisito de especificidad que exige el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

##### b) Protección sumaria

---

<sup>313</sup> El artículo 2.4 de la NLPT dispone que “[l]os juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) 4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo”. Asimismo, el artículo 4.6 del D.S. 013-2008-JUS indica que son impugnables a través del proceso contencioso administrativo las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

Sobre el particular, el proceso especial no prevé ningún trámite preferente respecto de las demandas contenciosas administrativas que versen sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Asimismo, se trata de un proceso muy poco concentrado. Los actos procesales se realizan en distintos momentos del litigio, lo que significa que existe una separación temporal entre aquellos. La expresión más evidente de esta desconcentración lo constituye la obligatoriedad de un dictamen fiscal como acto intermedio entre el saneamiento procesal o la audiencia de pruebas, según el caso, y la expedición de la sentencia.<sup>314</sup> Respecto de la intervención del Ministerio Público en el proceso, es importante tener en cuenta lo expresado por el Tribunal Constitucional a propósito de una demanda de amparo interpuesta por un Consorcio contra la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión):

“En el presente caso, este Tribunal considera que el proceso [contencioso administrativo] especial previsto en la Ley N° 27584 no puede ser calificado como la vía igualmente satisfactoria para resolver la controversia planteada, pues a diferencia de la regulación actual del proceso de amparo, incluye la participación del Ministerio Público, lo cual no asegura que dicho proceso sea verdaderamente una manifestación de la tutela de urgencia (sumarización del proceso)”.<sup>315</sup>

Es más, tampoco existe la obligación de dictar sentencia inmediatamente después de realizada la vista de la causa, acto procesal que, no obstante no ser obligatorio, casi siempre se realiza porque las partes solicitan la concesión del uso de la palabra. Por lo demás, el plazo que tiene el juez para dictar sentencia – 15 días luego de la vista de la causa – no se condice con la celeridad con que debiera de resolverse las controversias sobre derechos fundamentales.<sup>316</sup>

<sup>314</sup> El artículo 28.1 del D.S. 13-2008-JUS, que establece las reglas del proceso especial, indica que “(...) [l]uego de expedido el auto de saneamiento o de realizada la audiencia de pruebas, según sea el caso, el expediente será remitido al Fiscal para que éste emita dictamen. Con o sin dictamen fiscal, el expediente será devuelto al Juzgado, el mismo que se encargará de notificar la devolución del expediente y, en su caso, el dictamen fiscal a las partes”. Cabe resaltar que, según el artículo 16 del referido decreto supremo, “[e]n el proceso contencioso administrativo el Ministerio Público interviene de la siguiente manera: 1. Como dictaminador, antes de la expedición de la resolución final y en casación. En este caso, vencido el plazo de 15 días para emitir dictamen, devolverá el expediente con o sin él, bajo responsabilidad funcional. (...)”.

<sup>315</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de mayo de 2009 (f.j. 4). Recaída en el expediente 1387-2009-PA/TC.

<sup>316</sup> El artículo 28.1 del D.S. 13-2008-JUS señala que “(...) [a]ntes de dictar sentencia, las partes podrán solicitar al Juez la realización de informe oral, el que será concedido por el solo mérito de la solicitud oportuna”. De acuerdo con el artículo 28.2 del mismo decreto supremo, las partes tienen 3 días para solicitar informe oral, contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en el estado de dictar sentencia. Asimismo, el juez tiene 15 días para emitir sentencia, contados desde la vista de la causa.

Por lo expuesto, resulta evidente que el proceso especial es menos concentrado que el proceso de amparo.

Por otro lado, en lo que respecta a la pronta ejecución de las sentencias contenciosas administrativas, si bien el juez debe establecer un plazo para la ejecución,<sup>317</sup> el artículo 47 del D.S. 013-2008-JUS regula un procedimiento particular cuando la sentencia condene al Estado al pago de una suma de dinero, como puede ocurrir cuando la sentencia verse sobre el derecho a la remuneración.

En primer lugar, de acuerdo con la norma en mención, corresponde a la entidad administrativa respectiva, que constituye pliego presupuestario, atender el pago exigido por la sentencia con cargo a la partida presupuestaria específica señalada para tal fin, y que se encuentra en una cuenta bancaria en el Banco de la Nación.<sup>318</sup> En segundo lugar, si el requerimiento judicial supera la referida previsión presupuestaria, la deuda será atendida con las modificaciones presupuestarias que, con tal finalidad, realice el titular del pliego, siempre que éstas sean posibles.<sup>319</sup> En tercer lugar, si estos dos pasos resultan

---

<sup>317</sup> El artículo 44 del D.S. 013-2008-JUS establece que “[s]in perjuicio de lo establecido en el Artículo 122 del Código Procesal Civil, la sentencia que declara fundada la demanda deberá establecer el tipo de obligación a cargo del demandado, el titular de la obligación, el funcionario a cargo de cumplirla y el plazo para su ejecución”. Asimismo, es pertinente tener presente que el artículo 46.2 del mencionado decreto supremo indica que “[e]l responsable del cumplimiento del mandato judicial será la autoridad de más alta jerarquía de la entidad, el que podrá comunicar por escrito al Juez qué funcionario será encargado en forma específica de la misma, el que asumirá las responsabilidades que señala el inciso anterior [responsabilidades civil, penal o administrativa si califica el contenido o fundamentos de la sentencia, restringe sus efectos, interpreta sus alcances o no actúa en orden a la ejecución total de la sentencia]. / Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el Juez podrá identificar al órgano responsable dentro de la entidad y otorgarle un plazo razonable para la ejecución de la sentencia”. El subrayado es nuestro.

<sup>318</sup> El artículo 47 del D.S. 013-2008-JUS establece lo siguiente: “Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan: 47.1 La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto”. Al respecto, la Ley 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto) expresa en su artículo 70 lo siguiente: “70.1 Para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, se afecta hasta el cinco por ciento (5%) o hasta un mínimo de tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), con excepción de los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento Donaciones y Transferencias y Operaciones Oficiales de Crédito Interno y Externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de tesorería y de deuda. Esta norma comprende, entre otros, la atención de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada por adeudos de beneficios sociales. / 70.2 El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección Nacional del Tesoro Público, procederá a la apertura de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación para cada Entidad que lo solicite, en la cual la Entidad deberá depositar, mensualmente, los montos de las afectaciones presupuestales mencionadas en el numeral precedente, bajo responsabilidad del Director General de Administración o quien haga sus veces en la Entidad. / 70.3 Los pagos de las sentencias judiciales, incluidas las sentencias supranacionales, deberán ser atendidos por cada Entidad, con cargo a su respectiva cuenta bancaria indicada en el numeral precedente, debiendo tomarse en cuenta las prelación legales”.

<sup>319</sup> El artículo 47.2 del D.S. 013-2008-JUS indica lo siguiente: “En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las

insuficientes para el pago, la entidad debe comprometerse a pagar la deuda en el año siguiente, para lo cual debe destinar hasta el 3% de la asignación presupuestal que corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios.<sup>320</sup> Finalmente, si transcurridos 6 meses de la notificación de la sentencia, no se ha iniciado el pago o, en todo caso, la entidad deudora no se ha comprometido a su pago, de acuerdo con el procedimiento que se ha señalado, procede entonces la respectiva ejecución forzosa sobre los bienes de dominio privado del Estado.<sup>321</sup>

Desde luego, por la magnitud de la deuda interna que mantiene el Estado, lo común será el pago fraccionado (proporcional) de la deuda, según un cronograma diseñado por el propio Estado.<sup>322</sup> En ese sentido, el acreedor recibirá su pago, pero no de forma inmediata ni en un solo acto. Eso sí, la deuda debe terminarse de pagar completamente en un plazo máximo de cinco años, es decir, cinco ejercicios presupuestales.<sup>323</sup>

De acuerdo con lo expuesto, el proceso especial no garantiza una pronta ejecución de las sentencias que condenan al Estado al pago de una suma de dinero. Sin duda, esta situación repercute negativamente en el derecho a la remuneración del trabajador quien,

---

modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente”.

<sup>320</sup> El artículo 47.3 del D.S. 013-2008-JUS prevé lo siguiente: “De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, harán de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios. / El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Normalización Previsional, según sea el caso, calcularán el tres por ciento (3%) referido en el párrafo precedente deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales”.

<sup>321</sup> El artículo 47.4 del D.S. 013-2008-JUS prevé lo siguiente: “Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 47.1, 47.2 y 47.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el Artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al Artículo 73 de la Constitución Política del Perú”.

<sup>322</sup> El artículo 70.4 de la Ley 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto) establece lo siguiente: “En caso de que los montos de los requerimientos de obligaciones de pago superen el porcentaje señalado en el numeral 70.1 del presente artículo, la Entidad debe cumplir con efectuar el pago en forma proporcional a todos los requerimientos existentes de acuerdo a un estricto orden de notificación, hasta el límite porcentual”. Siguiendo la misma línea, el artículo 5 del D.S. 175-2002-EF, decreto que precisa el artículo 47 del D.S. 13-2008-JUS, indica lo siguiente: “En caso que los montos de los requerimientos de obligaciones de pago superen el porcentaje señalado en el Numeral 42.3 del Artículo 42 de la Ley N° 27584 [actual artículo 47.3 del D.S. 13-2008-JUS], el Pliego Presupuestal deberá cumplir con efectuar el pago en forma proporcional a todos los requerimientos existentes de acuerdo a un estricto orden de notificación, hasta el límite porcentual establecido por Ley, debiendo programarse en caso necesario el pago del saldo de acuerdo a lo contemplado en el primer párrafo del Artículo 3 del presente Decreto [año siguiente]”.

<sup>323</sup> El artículo 70.5 de la Ley 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto) expresa que “[l]os requerimientos de pago que superen los fondos públicos señalados en el numeral 70.1 del presente artículo se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes”.

por ejemplo, tendrá que seguir el procedimiento descrito para satisfacer su acreencia por horas extras impagas, no obstante existir una sentencia judicial firme que la reconozca.<sup>324</sup>

Finalmente, en lo que respecta a la ejecución preferente de las sentencias, el proceso especial no ordena al juez ningún tipo de ejecución prioritaria de las sentencias que resuelvan la afectación de derechos fundamentales por parte de la Administración Pública. Y si la condena al Estado es pecuniaria, lo que podría suceder cuando el juez tutele algún aspecto constitucional del derecho a la remuneración, se ha previsto que tengan prioridad en el pago las deudas contenidas en los expedientes más antiguos.<sup>325</sup> Como es obvio, y en lo que a nosotros interesa, este criterio (antigüedad del expediente) tampoco garantiza un cumplimiento prioritario, por el Estado, de las sentencias que restituyen el derecho a la remuneración del trabajador.<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> El Tribunal Constitucional ha confirmado, en general, la constitucionalidad de que sea el Estado (deudor) quien decida cómo pagar, es decir, considera válido la existencia de un procedimiento para la ejecución de sentencias que lo condenan: "La necesidad de seguirse un procedimiento administrativo, con posterioridad a la expedición de la sentencia condenatoria contra el Estado, no constituye, *per se*, un privilegio que el Legislador haya creado *ex novo*, y sin sustento constitucional alguno a favor de los órganos estatales. Se deriva, por el contrario, de los alcances del principio de legalidad presupuestaria en los gastos de ejecución de las sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero. Si bien una resolución judicial firme produce la exigibilidad de la obligación de pago de una suma de dinero determinada, ello no quiere decir que ésta sea inmediatamente ejecutable. (...) El principio de autotutela ejecutiva de la administración en el cumplimiento de las sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero al Estado debe entenderse, necesariamente, como una actividad de los órganos administrativos encaminada a la satisfacción de lo resuelto judicialmente. En el Estado Constitucional de derecho, la autotutela ejecutiva de la administración en el cumplimiento de las resoluciones judiciales es servicial e instrumental al cumplimiento de las sentencias, y se justifica de cara al principio de legalidad presupuestaria, como antes se ha indicado". Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de enero de 2004 (ff.jj. 45, 46 y 48). Recaída en el expediente 15-2001-AI/TC.

Cabe resaltar que, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional también señaló la constitucionalidad de lo que hoy es el artículo 47 del D.S. 013-2008-JUS, es decir, se ha confirmado la validez del concreto procedimiento de ejecución que hemos descrito.

<sup>325</sup> El artículo 70.6 de la Ley 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto) indica lo siguiente: "Precisase que la prelación legal [en el pago por sentencias judiciales], implica que las deudas se cancelan y/o amortizan bajo responsabilidad, priorizando la antigüedad del expediente que contiene el monto adeudado, así como la presentación de la documentación sustentatoria".

<sup>326</sup> En nuestra opinión, el criterio de antigüedad es constitucional sólo si se complementa con el privilegio salarial previsto en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución. En ese sentido, de todas las deudas (comerciales, indemnizatorias, salariales, etc.) que el Poder Judicial obligue pagar al Estado, éste deberá priorizar el pago de las deudas remunerativas y, entre éstas, de las que obren en los expedientes más antiguos. Nótese que no estamos afirmando que, en virtud del artículo 24 de la Constitución, el juez deba tramitar primero la ejecución de determinadas sentencias: el artículo 24 no tiene tal función, pues no se trata de una norma procesal. El artículo 24 se aplica en un segundo momento, esto es, la integración de la sentencia como parte de la deuda interna del Estado.

Y consideramos exigible el respeto al privilegio salarial porque la particularidad de la ejecución contra el Estado así lo amerita. En efecto, a ningún otro vencido en juicio se le permite condicionar a su capacidad financiera – incluso sin consentimiento del acreedor – el cumplimiento de una condena pecuniaria; a ningún otro se le permite programar el pago, de forma que la sentencia se cumpla progresivamente y en un plazo máximo de 5 años; a ningún otro se le protege decididamente contra la ejecución forzada de sus bienes. En este contexto, poco importa la llamada "presunción de solvencia" del Estado: el pago prioritario de las deudas remunerativas debe vincularlo. Por lo demás, este privilegio constitucional no afecta el principio de legalidad presupuestaria, sólo le imprime una determinada dirección, de cuño social.

Por lo tanto, en lo que respecta a la característica en estudio (pronta y preferente ejecución de sentencias), no existe coincidencia entre el proceso de amparo y el proceso especial.

Finalmente, al igual que en el proceso de amparo, en el proceso especial no procede formular reconvencción (artículo 28.1 del D.S. 013-2008-JUS). A la luz de todo lo expuesto, esta única coincidencia entre ambos procesos resulta insuficiente para considerar al proceso especial como un proceso sumario.

c) Igual nivel de protección

Habíamos afirmado antes que la tutela cautelar adecuada es un primer criterio para evaluar si un proceso ordinario tutela un derecho fundamental con igual intensidad que el proceso de amparo. Al respecto, en el proceso especial se prevé la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, se permite las medidas cautelares antes de proceso y, además, se dispone la especial procedencia de las medidas cautelares de innovar y no innovar, lo que significa que éstas pierden su carácter excepcional.<sup>327</sup>

Tomando en cuenta que en el proceso de amparo no se permiten las medidas cautelares antes de proceso, que las medidas de innovar y de no innovar son excepcionales (sin perjuicio de la medida específica de suspensión del acto) y que la aplicación supletoria del Código Procesal Civil es restringida (pues no se conceden medidas cautelares para futura ejecución forzada), consideramos que el proceso especial ofrece una mejor tutela cautelar.<sup>328</sup>

<sup>327</sup> El artículo 38 del D.S. 013-2008-JUS señala que en el proceso contencioso administrativo “[!]a medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. / Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley”. Asimismo, el artículo 40 de la misma norma indica que “[s]on especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar”. Sobre esto último, se ha afirmado que “la disposición de la ley que regula el proceso contencioso-administrativo, conforme a la cual las medidas cautelares de innovar y de no innovar no son excepcionales, determina también que para el dictado de estas medidas en un proceso contencioso-administrativo no se requiere que el daño que con ellas se desea evitar tenga el carácter de irreparable [como exige el Código Procesal Civil]. Mantener la exigencia de irreparabilidad del daño como característica del peligro en la demora en estos casos, no sería sino contrariar lo dispuesto en el artículo 40 del TUO de la ley (...)”. PRIORI POSADA, Giovanni F. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Cuarta edición. Lima: ARA Editores, 2009, p. 259.

<sup>328</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, y como en ningún otro de los procesos estudiados, la afectación al interés público es un elemento a considerar para la concesión de una medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. En efecto, el artículo 39 del D.S. 013-2008-JUS, sin apartarse de los requisitos que comúnmente se exigen (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación), expresa que para otorgar una medida cautelar “(...) se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada”. Sin embargo, esto no significa que no procede la tutela cautelar

El segundo criterio que corresponde analizar es si el proceso especial permite la conclusión del proceso por abandono del mismo. Al respecto, el D.S. 013-2008-JUS guarda silencio. En ese sentido, podría argumentarse que estamos ante un “caso no previsto”, según la terminología empleada por la propia norma, que debería ser regulado supletoriamente por el Código Procesal Civil.<sup>329</sup> Sin embargo, consideramos que, por lo menos en lo que respecta a las controversias laborales seguidas a través del proceso especial, tal aplicación supletoria no es procedente por ser incompatible con la efectiva tutela de los derechos (incluidos los laborales) que proclama perseguir el propio D.S. 013-2008-JUS.<sup>330</sup>

Es cierto que los procesos contencioso administrativo y laboral pueden estar informados por principios distintos. Sin embargo, no puede obviarse que cuando a través del primero se dilucida una controversia laboral estamos, materialmente, frente a un proceso de trabajo, sustanciado, por ello, por un juez laboral. Entonces, siempre que lo permita la ley que regula el proceso contencioso administrativo, consideramos que el juez de trabajo tiene la obligación de “laboralizar” el procedimiento respectivo. Por tanto, el juez laboral deberá decantarse por la improcedencia del abandono en el proceso contencioso administrativo, hasta que una norma expresa disponga lo contrario.<sup>331</sup>

---

cuando perjudica al interés público (como se podría malinterpretar), sino que tal afectación sólo debe ser la necesaria para salvaguardar preventivamente el derecho del demandante. Tal como expresa Priori Posada: “(...) [L]a adecuación también supone proporcionalidad en la medida cautelar solicitada y dispuesta; y el TUO de la Ley ha establecido ello al considerar que (aunque de modo errado al colocarlo en la parte correspondiente a la verosimilitud y no a la adecuación) ‘Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causará al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada’. De este modo, la medida cautelar, en concreto, debe ponderar, es decir, deberá equilibrar la necesidad de tutela cautelar del demandante con la afectación al interés público. Ello no quiere decir de modo alguno que siempre que esté en juego el interés público se debe negar la medida cautelar, pues entonces jamás se concedería en un contencioso administrativo, sino que sólo se quiere decir que se debe tener en consideración los dos intereses en juego para no afectar más allá de lo estrictamente necesario el interés público o los intereses de terceros”. *Ibidem*, p. 263.

<sup>329</sup> De acuerdo con la primera disposición final del D.S. 13-2008-JUS, “[e]l Código Procesal Civil es de aplicación supletoria en los casos no previstos en la presente Ley”.

<sup>330</sup> El artículo 1 del D.S. 13-2008-JUS señala que “[l]a acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. / Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo” (el subrayado es nuestro). No cabe duda que esta efectiva tutela debe predicarse también de los derechos laborales que se ventilan en el proceso contencioso administrativo.

<sup>331</sup> Por lo demás, recuérdese que, según el artículo 5 del D.S. 17-93-JUS (TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial), “[l]os Magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio, salvo reserva procesal expresa. (...)”. Esto nos permite inferir que la conclusión del proceso por abandono tiene naturaleza excepcional y, por tanto, para su aplicación en una determinada vía procesal, se necesita de una norma que lo autorice expresamente. En la misma línea se encuentra el Código Procesal Civil que, en el artículo II de su Título Preliminar, prevé que “(...) [e]l Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora

Circunscribiendo la comparación en los términos expuestos, afirmamos que existe coincidencia entre el proceso especial y el proceso de amparo respecto de la improcedencia del abandono como forma de conclusión del proceso.

El tercer criterio para determinar si el proceso especial protege los derechos fundamentales con igual intensidad con que lo efectúa el proceso de amparo consiste en la existencia de un órgano superior que revise la sentencia de segunda instancia, en caso ésta haya sido desfavorable para el demandante. Sobre el particular, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema cumple tal función en el caso del proceso especial, a través de su sentencia casatoria.<sup>332</sup> Sin embargo, al igual que en los procesos laborales ordinarios de la ALPT y NLPT, la configuración de esta tercera instancia difiere de la propia del proceso de amparo.

Prácticamente, se repiten las mismas diferencias que se señalaron en la comparación entre el proceso laboral y el proceso de amparo. En efecto, para que el trabajador de la Administración Pública pueda acceder a la Corte Suprema, a través del respectivo recurso de casación, también debe haber apelado, previamente, la sentencia adversa de primera instancia.<sup>333</sup> Igualmente, existe una limitación de cuantía que, si bien tiene un reducido ámbito de aplicación, es un requisito que no se prevé, en ningún caso, para la procedencia del recurso de agravio constitucional.<sup>334</sup> Finalmente, el recurso de casación no está reservado al trabajador, pues el Estado (empleador) también puede interponerlo,

---

ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código”.

<sup>332</sup> El artículo 35 del D.S. 013-2008-JUS dispone lo siguiente: “En el proceso contencioso administrativo proceden los siguientes recursos: (...) 3. El recurso de casación contra las siguientes resoluciones: 3.1 Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes Superiores; Los autos expedidos por las Cortes Superiores que, en revisión, ponen fin al proceso. (...)”.

<sup>333</sup> El artículo 36 del D.S. 013-2008-JUS indica que “[l]os recursos [que proceden en el proceso contencioso administrativo] tienen los mismos requisitos de admisibilidad y procedencia regulados en el Código Procesal Civil. (...)”. Al respecto, el artículo 388.1 del Código Procesal Civil señala como requisito de procedencia del recurso de casación “[q]ue el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso”. Cabe resaltar que si bien el incumplimiento de este requisito da lugar a la improcedencia del recurso de casación en el proceso contencioso administrativo, opinamos que, en aplicación supletoria del artículo 392-A del Código Procesal Civil, la Corte Suprema, excepcionalmente, puede concederlo si es que considera que al resolverlo cumplirá con algunos de los fines del recurso de casación, esto es, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformización de la jurisprudencia nacional. Desde luego, la Corte debe fundamentar adecuadamente tal procedencia excepcional.

<sup>334</sup> El artículo 35 del D.S. 13-2008-JUS expresa lo siguiente: “El recurso de casación procede en los casos que versen sobre pretensiones no cuantificables. Tratándose de pretensiones cuantificables, cuando la cuantía del acto impugnado sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (U.R.P) o cuando dicho acto impugnado provenga de autoridad de competencia provincial, regional o nacional; y, por excepción, respecto de los actos administrativos dictados por autoridad administrativa distrital, cuando la cuantía sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (U.R.P)”.

lo que resulta doblemente perjudicial porque esta impugnación suspende la ejecución de la sentencia de segunda instancia (emitida por la Corte Superior) favorable al trabajador.<sup>335</sup>

Como para interponer un recurso de agravio constitucional (en busca de tutela por parte del Tribunal Constitucional) sólo se exige una sentencia desfavorable en segunda instancia, no se establece ninguna limitación de cuantía y, además, se prevé que sólo el agraviado (demandante) puede presentarlo, es evidente que el proceso especial es menos protector que el proceso de amparo, en lo que respecta al criterio en análisis.

Sobre el cuarto criterio, consistente en la configuración de la institución de la cosa juzgada, al seguir el proceso especial las reglas generales que el Código Procesal Civil establece sobre la materia (por carecer de regulación propia), consideramos aplicable a este proceso lo afirmado respecto de los procesos laborales estudiados.<sup>336</sup> Por lo tanto, el Código Procesal Constitucional, al disponer en su artículo 6 que sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo, hace del proceso de amparo uno más protector que el proceso especial.

Finalmente, el quinto criterio consiste en la regulación de algún procedimiento sumario que reprima actos homogéneos al que fue declarado, de forma definitiva, lesivo de un derecho fundamental en un primer proceso. Al respecto, consideramos que el proceso especial no prevé ninguna técnica de este tipo.

Es cierto que el segundo párrafo del artículo 45 del D.S. 13-2008-JUS señala que “[l]os conflictos derivados de actuaciones administrativas expedidas en ejecución de la sentencia serán resueltos en el propio proceso de ejecución de la misma”, lo que coincide parcialmente con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal Constitucional, que dispone que la represión de los actos homogéneos está a cargo del juez de ejecución del primer proceso de amparo. Sin embargo, que ambas normas deleguen en un mismo órgano jurisdiccional (juez de ejecución) la sustanciación de determinados conflictos no significa que estos versen sobre lo mismo.

---

<sup>335</sup> El artículo 393 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso administrativo, señala lo siguiente: “La interposición del recurso [de casación] suspende los efectos de la resolución impugnada. / En caso de que el recurso haya sido presentado ante la Sala Suprema, la parte recurrente deberá poner en conocimiento de la Sala Superior este hecho dentro del plazo de cinco días de interpuesto el recurso, bajo responsabilidad”.

<sup>336</sup> Véase supra, p. 179.

En efecto, vale leer completamente lo dispuesto por el artículo 45 del D.S. 13-2008-JUS:

**“Artículo 45.- Ejecución de la sentencia**

La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente al Juzgado o Sala que conoció del proceso en primera instancia. En caso de que la ejecución corresponda a una Sala ésta designará al Vocal encargado de la ejecución de la resolución.

Los conflictos derivados de actuaciones administrativas expedidas en ejecución de la sentencia serán resueltos en el propio proceso de ejecución de la misma. Antes de acudir al Juez encargado de la ejecución, el interesado, si lo considera conveniente, podrá solicitar en vía administrativa la reconsideración de la actuación que originó el conflicto”.

Como se aprecia, esta norma trata sobre el órgano encargado de la ejecución de las sentencias contenciosas administrativas y sobre su competencia para atender controversias surgidas durante la etapa de ejecución. Dado que el contexto del artículo 45 es el cumplimiento de la sentencia, debemos entender que estas controversias derivan de actuaciones administrativas que impiden o dificultan la ejecución del mandato judicial. Es decir, los conflictos surgidos en aquella etapa no versan sobre actos homogéneos al sancionado por la sentencia, sino sobre actos contrarios a su cumplimiento, lo que es distinto. El Tribunal constitucional ha enfatizado esta diferencia, indicando que el cumplimiento de una sentencia es un presupuesto necesario para la procedencia de la solicitud de represión de actos homogéneos:

“Si el mandato de dar, hacer o no hacer establecido en una sentencia no se cumple, corresponde aplicar los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional. Si una vez cumplido el fallo, se reitera el acto que fue considerado como lesivo de un derecho fundamental, recién corresponderá solicitar la represión de actos lesivos homogéneos. Es por ello que, el cumplimiento de lo ordenado en una sentencia previa de condena constituye un presupuesto para dar inicio al procedimiento previsto en el artículo 60º del Código Procesal Constitucional”.<sup>337</sup>

Que el segundo párrafo del artículo 45 del D.S. 13-2008 JUS está pensado para actos de incumplimiento de una sentencia – y no, en estricto, para actos lesivos de un mismo derecho que fue restablecido a través del cumplimiento de una sentencia previa – se confirma si leemos dicha disposición conjuntamente con el artículo 49. Esta norma señala que “[s]on nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas”. Siendo esto así, consideramos que el legislador del proceso

<sup>337</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4878-2008-PA/TC, citada, f.j. 23.

contencioso administrativo no ha regulado una técnica de represión de actos homogéneos; sólo ha implementado un trámite célere para impugnar actuaciones administrativas que impidan el cumplimiento de un mandato judicial.<sup>338</sup>

Si bien hay que destacar la intención del legislador de impedir que la propia Administración retarde injustificadamente el cumplimiento de una sentencia, es necesario recordar que, por lo menos cuando ésta imponga un pago económico, la demora del cumplimiento está cuasi asegurada. Por lo tanto, en lo que respecta a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración, no vemos gran utilidad en la garantía que surge de los artículos 45 y 49 del D.S. 13-2008-JUS.

Por lo expuesto, en lo que respecta a la característica en estudio, no existe coincidencia ni proximidad entre el proceso especial y el proceso de amparo.

Hemos terminado el análisis sobre si el proceso contencioso administrativo especial es un proceso específico e igualmente satisfactorio que el proceso de amparo en lo que respecta a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración. Corresponde ahora sintetizar lo expuesto y formular nuestras conclusiones a través del siguiente cuadro comparativo.

---

<sup>338</sup> Priori Posada, si bien a propósito del cumplimiento de las sentencias que condenan al Estado a pagar una suma de dinero, ha interpretado estas dos normas en el mismo sentido: "Si durante el trámite de la ejecución de la sentencia, se dicta algún acto o disposición que tienda [a] evitar o complicar el cumplimiento o la ejecución misma, dicho acto es nulo de conformidad a lo dispuesto expresamente por el artículo 44 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo [actual artículo 49 del D.S. 13-2008-JUS]. Ahora bien, cabe señalar que la disposición establecida en esta norma no determina que se deba seguir con todo un procedimiento administrativo destinado a cuestionar el acto administrativo que ha sido dictado contraviniendo las normas sobre ejecución de sentencias, ni que se deba iniciar un nuevo proceso contencioso administrativo que tenga por finalidad cuestionar el acto administrativo que pretenda eludir el cumplimiento de las sentencias; pues, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 45 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, 'los conflictos derivados de actuaciones administrativas expedidas en ejecución de la sentencia serán resueltos en el propio proceso de ejecución de la misma'. PRIORI POSADA, Giovanni F. Comentarios a la Ley (...). Op.cit., p. 303.

CUADRO COMPARATIVO: TUTELA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN PROCESO DE AMPARO vs. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL												
Características del proceso de amparo		Específico	Sumariedad				Nivel de protección					Conclusión
		Tutela exclusiva	Trámite preferente	Prohibición reconvencción	Concentración procesal	Pronta y preferente ejecución sentencia firme	Tutela cautelar adecuada	Improcedencia abandono	Tercera instancia	Cosa juzgada	Represión acto homogéneo	
D.S. 13-2008-JUS	Proceso contencioso administrativo especial	NO	NO	SÍ	NO	NO	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	No es específico ni igualmente satisfactorio

De lo expuesto, concluimos que el proceso especial no es una vía específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo en lo que se refiere a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración. Por la notoria disparidad con el proceso de amparo, no tiene caso analizar qué necesitaría el proceso especial para cumplir con lo dispuesto por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Por ello, más vale concentrarnos en el otro tipo de proceso contencioso administrativo que, dada su configuración, bien podría acercarse al tipo de tutela que brinda el proceso de amparo. Nos referimos al proceso urgente.

### 3.3.2.2 Proceso contencioso administrativo urgente

Al proceso urgente hemos querido evaluarlo aparte porque, más que sujetarlo al esquema de características esbozado, deseamos estudiarlo desde dos perspectivas: i) como superación del proceso contencioso administrativo especial; y ii) como el único proceso ordinario en todo el ordenamiento jurídico peruano al que se le ha encargado la tutela particular del denominado “contenido esencial” de un derecho fundamental.

Respecto de lo primero, conviene empezar diciendo que el proceso urgente es menos general que el proceso especial. El artículo 26 del D.S. 13-2008-JUS indica que “[s]e tramita como proceso urgente únicamente las siguientes pretensiones: 1. El cese de cualquier actuación material que no se sustente en acto administrativo. 2. El cumplimiento por la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme. 3. Las relativas a materia previsional en cuanto se refieran al contenido esencial del derecho a la pensión”.<sup>339</sup>

Asimismo, dependiendo de cuál de las tres pretensiones antes referidas se tramite, el proceso urgente se diferencia del proceso especial en lo siguiente: a) existen reglas particulares para el tránsito de la vía administrativa, de forma que no es necesario agotarla;<sup>340</sup> b) el proceso tiene un trámite sumario, que prescinde de la participación del

<sup>339</sup> Adicionalmente, esta norma señala que “[p]ara conceder la tutela urgente se requiere que del mérito de la demanda y sus recaudos, se advierta que concurrentemente existe: a) Interés tutelable cierto y manifiesto, b) Necesidad impostergable de tutela, y c) Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado”. Desde luego, este último requisito debe entenderse respecto del proceso contencioso administrativo especial y no de los procesos constitucionales, pues, por definición, un proceso que se ventila en sede ordinaria (como el urgente) no puede ser residual respecto de otro que se tramita en sede constitucional.

<sup>340</sup> El artículo 21 del D.S. 013-2008-JUS señala que “[n]o será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos: 1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley. 2. **Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del Artículo 5 de esta Ley [ordenar a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la**

Ministerio Público como dictaminador,<sup>341</sup> c) el requisito del peligro en la demora no es exigible para el otorgamiento de una medida cautelar,<sup>342</sup> y d) si la sentencia de segunda instancia confirma la de primera instancia, que amparó la pretensión del demandante, entonces aquella se convierte en inimpugnable y, por tanto, no procede el recurso de casación del vencido.<sup>343</sup>

Sin embargo, por no tener una regulación completamente diferenciada, el proceso urgente asume algunas características del proceso especial, en su perjuicio. Siguiendo los criterios para calificar a un proceso como específico e igualmente satisfactorio que el proceso de amparo, podemos afirmar que, principalmente, el proceso urgente tampoco prevé una tramitación preferente de las causas que comprende, sus sentencias carecen de una ejecución pronta y preferente (esto último, por ejemplo, respecto de las sentencias emitidas en el proceso especial) y no contempla ninguna técnica de represión de actuaciones administrativas homogéneas. Si bien nuestro análisis de los procesos siempre ha seguido la línea de la comparación razonable y, por tanto, no reclamamos una identidad absoluta entre el proceso urgente y el proceso de amparo, no podemos obviar estas carencias del proceso urgente, que repercuten negativamente en la efectiva tutela del contenido constitucional de los derechos fundamentales susceptibles de ser sustanciados a través de él. Por ello, consideramos que el proceso urgente no cumple con lo exigido por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

---

**ley o en virtud de acto administrativo firme].** En este caso, el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliera con realizar la actuación administrativa, el interesado podrá presentar la demanda correspondiente. 3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada. **4. Cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa**". La negrita es nuestra.

<sup>341</sup> El artículo 27 del D.S. 013-2008-JUS señala lo siguiente: "Cualquiera de las [tres] pretensiones a que se refiere el presente artículo [26] será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el Juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días. / El plazo para apelar la sentencia es de cinco días, contados a partir de su notificación y se concede con efecto suspensivo. / Las demandas cuyas pretensiones no satisfagan los requisitos para la tutela urgente, se tramitarán conforme a las reglas establecidas para el proceso especial".

<sup>342</sup> El artículo 39 del D.S. 013-2008-JUS prevé lo siguiente: "La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante: (...) 2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. **No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.** (...)". La negrita es nuestra.

<sup>343</sup> El artículo 35 del D.S. 013-2008-JUS señala que "(...) [e]n los casos a que se refiere el artículo 26 [proceso urgente] no procede el recurso de casación cuando las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, en caso de amparar la pretensión. (...)".

Finalmente, corresponde efectuar algunos comentarios acerca del proceso urgente desde la segunda de las perspectivas indicadas. Sobre el particular, la mención del contenido esencial de un derecho fundamental (en este caso, el derecho a la pensión) como objeto particular de protección de un proceso ordinario (en este caso, el proceso urgente) no tiene precedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin duda, en esto ha influido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (principalmente, lo previsto en la Sentencia Anicama). Si bien es positivo que el legislador vaya perfeccionando la tutela procesal ordinaria de los derechos fundamentales a la par del tratamiento jurisprudencial de los mismos, ¿acaso sólo el derecho a la pensión tiene un “contenido esencial” que debe protegerse a través de un proceso “urgente”? Empleando la categoría jurídica que defendemos, ¿no tienen también los demás derechos fundamentales, que transitan por la vía contenciosa administrativa, un contenido constitucional que igualmente debe merecer una protección particular en sede ordinaria?

Independientemente que el proceso urgente no sea un proceso específico e igualmente satisfactorio que el proceso de amparo, el tratamiento legislativo de la tutela procesal del derecho a la pensión demuestra que el legislador sí está en la capacidad de mejorar la protección del contenido constitucional de los derechos fundamentales en sede ordinaria. Siendo esto así, esta tutela diferenciada del “contenido esencial” del derecho a la pensión, respecto del contenido constitucional de los demás derechos fundamentales, susceptibles de protección a través del proceso contencioso administrativo, es una opción legislativa injusta.

Concretamente, por ejemplo, ¿por qué tiene que ser distinta la tutela procesal del “contenido esencial” del derecho a la pensión y la del contenido constitucional del derecho a la remuneración? ¿Acaso es razón suficiente el tratamiento jurisprudencial que ha recibido la primera? Repárese, incluso, que existe una estrecha relación entre el derecho a la pensión y el derecho a la remuneración. En esa línea, por ejemplo, el propio Tribunal Constitucional, citando a la Corte Constitucional colombiana, ha considerado en la Sentencia Anicama que la pensión es una especie de salario diferido:

“(…) la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral

y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales”.<sup>344</sup>

Es más, el propio legislador reconoce tal vinculación. Por ello, no es casualidad que, en la lista de derechos tutelables por el proceso de amparo que obra en el Código Procesal Constitucional, ambos derechos se encuentren previstos en un mismo inciso (inciso 20 del artículo 37 del referido Código). Al respecto, si bien refiriéndose a la pensión de jubilación, Castillo Córdova nos explica esta opción legislativa:

“[E]l reconocimiento que el Código Procesal Constitucional hace del derecho a la pensión junto al derecho a la remuneración, como objeto de protección del amparo, se explica convenientemente en la medida que se ha de considerar a la pensión como sustituto de la remuneración una vez que el trabajador ha alcanzado la jubilación”.<sup>345</sup>

El ejemplo expuesto evidencia que el grado de tutela ordinaria del contenido constitucional de los diferentes derechos fundamentales no puede depender de la mera voluntad del legislador. El contenido constitucional de los derechos fundamentales no admite que, según el derecho, se le otorgue mayor protección en unos casos y peor resguardo en otros. Repárese, no estamos en contra de que el legislador diseñe una tutela especial de aquel contenido en sede ordinaria, pero sí estamos en desacuerdo con que dicho proceder sea únicamente a favor de determinados derechos fundamentales. En este contexto, resulta urgente el completo desarrollo legislativo del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, es decir, el diseño de una tutela ordinaria del contenido constitucional de todos los derechos fundamentales que sea específica e igualmente satisfactoria a la prevista por el proceso de amparo.

#### 4. Consecuencias

La inexistencia de vías ordinarias específicas que sean igualmente satisfactorias que el proceso de amparo, en lo que respecta a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración, determina la inaplicabilidad del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y, por tanto, la subsistencia del principio de alternatividad para estos casos. Tal como afirma Castillo Córdova:

<sup>344</sup> Sentencia T-608 de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional colombiana, de fecha 13 de noviembre de 1996 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). Citada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de julio de 2005 (f.j. 37.b), recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC.

<sup>345</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo II. Segunda edición. Lima: Palestra, 2006, p. 821.

“Es dentro de este contexto que se puede hablar de alternatividad en los procesos constitucionales. Si el afectado en su derecho constitucional no encuentra un proceso judicial ordinario igualmente satisfactorio que el proceso constitucional, es decir, si el agraviado tiene a su disposición para la defensa de su derecho constitucional, un proceso judicial más largo y complicado, en definitiva, menos sumario y eficaz que la vía constitucional, entonces, el agraviado tiene la opción de elegir si tramitar su pretensión constitucional a través del proceso constitucional o a través del proceso judicial ordinario menos eficaz. Sólo en este supuesto, para el agraviado en su derecho constitucional permanece la opción de elegir una vía u otra, es decir, para él el proceso constitucional sigue siendo alternativo”.<sup>346</sup>

Desde luego, esto no significa que cualquier pretensión referida al contenido constitucional del derecho a la remuneración será procedente en el proceso de amparo. Es necesario, además, que el demandante tenga la calidad de titular del derecho a la remuneración y que la lesión de aquel contenido constitucional sea manifiesta, es decir, los hechos que configuran la violación no deben ser controvertidos. Estos dos últimos requisitos (titularidad y lesión manifiesta) obedecen a que el proceso de amparo carece de etapa probatoria.<sup>347</sup>

<sup>346</sup> Ibídem, pp. 317-318. Siendo aun más crítico, no sin razón, Castillo Córdova pronostica un retorno general al régimen de alternatividad del proceso de amparo: “No debe haber duda alguna que después de algún tiempo de vigencia de esta causal 5.2 CPCConst., se hará necesaria una reforma legal anulándola a fin de volver a la alternatividad que recogía la ley 23506. La intención que animó a este legislador [creador de la ley 23506] –reconocida por la comisión que redactó el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional– fue ‘facilitar la procedencia del amparo y del hábeas corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, *arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían ‘otras vías’ judiciales disponibles y más apropiadas*’. De esta manera, el juez pasará del extremo de ‘amparizarlo’ todo, a no amparizar más que aquello que materialmente –por las circunstancias y no por cumplimiento del mandato constitucional– pueda llegar amparar. De esta manera se crean las condiciones de desamparo que en un su momento fue determinante para que el legislador se decidiera por implantar la alternatividad como regla general en los procesos constitucionales (ley 23506). De manera que se pase de ‘desamparizarlo’ todo a ‘amparizarlo’ todo. Y se seguirá en este círculo vicioso si es que no se apunta a la verdadera cuestión del problema, que sin duda está referida a la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Una vez más hay que insistir que los procesos constitucionales sólo proceden frente a agresiones claras y manifiestas del contenido constitucional de un derecho fundamental”. Ibídem, pp. 303-304. La cursiva es del autor.

<sup>347</sup> Es interesante lo que, al respecto, menciona el Tribunal Constitucional: “[E]s correcto afirmar que en el amparo no existe estación probatoria. (...) No es ese, desde luego, el problema, sino, esencialmente, determinar cuándo la inexistencia de la susodicha estación probatoria impide que el juez constitucional pueda expedir una sentencia sobre el fondo del asunto. A juicio del Tribunal, no existe estación probatoria en el amparo porque en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sí sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El amparo (...) sólo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tiene una finalidad eminentemente restitutoria. Lo que significa que, teniendo el recurrente la calidad de titular del derecho constitucional, el amparo se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es o no lesivo de aquel atributo subjetivo reconocido por la Norma Suprema del Estado. (...) En el amparo no se discuten cuestiones atinentes a la titularidad de un derecho –así sea este constitucional–, sino el modo de restablecer su ejercicio, si acaso éste resultó lesionado. De ahí que en la jurisprudencia de este Tribunal se haya sostenido que para que esa tarea pueda llevarse a cabo es preciso que el acto cuestionado sea manifiestamente arbitrario. Pero la arbitrariedad o no del acto no es un asunto que, por lo general, pueda determinarse en una estación de pruebas, sino, esencialmente, un problema que se atiene a su valoración judicial de cara al contenido constitucionalmente protegido del derecho” (sentencia de fecha 15 de octubre de 2002, f.j. 5. Recaída en el expediente 410-2002-AA/TC). En nuestra opinión, habría que matizar la última oración, pues, por definición, una etapa probatoria es útil para demostrar la configuración de la arbitrariedad (lesividad). De ahí que la inexistencia de aquella determine que la violación del derecho tenga que ser manifiesta a efectos de obtener un pronunciamiento de fondo.

Por tanto, afirmamos nuestra discrepancia con el Tribunal Constitucional que, a través de la Sentencia Baylón, y sobre la base de un errado e insuficiente análisis del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, determinó el desamparo constitucional del derecho a la remuneración y derivó su protección a vías ordinarias que no son específicas ni igualmente satisfactorias que el proceso de amparo. En el estado actual de la cuestión, reivindicamos completamente el artículo 37.20 del Código Procesal Constitucional, que establece la procedencia del proceso de amparo para la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración; defendemos el régimen alternativo del amparo para estos casos; e invocamos un tratamiento legislativo y jurisprudencial más consciente y responsable sobre la residualidad de los procesos constitucionales.



## CONCLUSIONES

1. El derecho constitucional a la remuneración es, a la vez, un derecho fundamental y humano en el ordenamiento jurídico peruano. Este dato es relevante porque el contenido constitucional del derecho a la remuneración (ya sea que se entienda como “contenido esencial” o como “contenido constitucionalmente protegido”) no puede configurarse al margen de la concreta posición jurídica de éste.
2. Para determinar si el contenido constitucional del derecho a la remuneración se trata del denominado “contenido esencial” de los derechos fundamentales o del llamado “contenido constitucionalmente protegido”, es clave analizar la relación existente entre ambas figuras jurídicas en nuestro sistema constitucional. Al respecto, existen tres posiciones en torno al tema. La primera postula una relación de identidad entre ambas categorías. La segunda, una relación de *todo a parte*. Finalmente, una tercera posición centra su análisis en los límites immanentes de los derechos fundamentales.
3. No es posible afirmar una relación de identidad entre el “contenido esencial” y el “contenido constitucionalmente protegido” porque ambas categorías persiguen finalidades distintas. La finalidad del “contenido esencial” consiste en establecer una frontera infranqueable que proteja al derecho (o, en estricto, a un componente de él) de las restricciones respectivas que quisiera practicar el legislador. En cambio, en el ordenamiento jurídico peruano, ésta no es la finalidad que cumple primariamente el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Éste se configura como un requisito de procedibilidad en los procesos constitucionales de la libertad y, en ese sentido, la finalidad de su regulación no es otra que resolver el problema de la amparización del proceso peruano.

Por lo demás, asumiendo que “el contenido esencial” es una garantía implícita en el ordenamiento peruano (tal como lo hace, erróneamente, el Tribunal Constitucional), la relación de identidad debe ser descartada completamente porque, de lo contrario, existirían dos categorías jurídicas que significan lo mismo (duplicidad), lo que es repulsivo a toda lógica jurídica.

4. Según la posición que defiende una relación de *todo a parte*, el contenido constitucionalmente protegido se presenta como una categoría más amplia. El contenido esencial formaría parte de dicho contenido, pero no lo agotaría. Siendo

esto así, el contenido constitucionalmente protegido sería aquello del derecho que la Constitución tutela *inicialmente*, pero que en virtud de límites proporcionados, derivados de la propia Constitución, puede ser restringido *hasta* el contenido esencial del mismo. Entonces, desde esta perspectiva, el contenido esencial es el contenido constitucional resultante de las restricciones que se han permitido sobre el derecho o, si se quiere, el contenido constitucional *definitivamente* protegido de éste.

5. La relación de *todo a parte* debe descartarse completamente. Sostener que el contenido esencial es el contenido constitucional del derecho luego de efectuada la restricción sobre éste implica afirmar que sólo una parte del contenido constitucional del derecho vincula verdaderamente al legislador, pues la parte restante puede ser sacrificada en virtud de límites que ostentan una supuesta justificación constitucional (por ejemplo, la “protección” de otros bienes constitucionales). Esto, en definitiva, representa una vulneración al principio de fuerza normativa de la Constitución.
6. De acuerdo con la teoría de los límites inmanentes, los derechos fundamentales poseen sólo límites internos que delimitan sus contenidos. Según la jurisprudencia, estos límites derivan de la naturaleza y configuración del derecho respectivo. Estamos, entonces, ante un único contenido constitucional, todo él fuertemente vinculante, configurado a través de la determinación de los límites internos del derecho fundamental. Por tratarse de un único contenido, carece de sentido teorizar sobre el modo de relación entre el “contenido constitucionalmente protegido” y el “contenido esencial”.
7. Si bien la tercera postura, al asumir esta teoría, supera el problema de la relación entre las dos categorías antes referidas, cabe resaltar que la teoría de los límites inmanentes presenta cuatro problemas significativos, lo que impide adoptar esta tercera posición.

El primer problema es la propia idea de unos límites internos, esto es, integrantes del contenido de los derechos fundamentales. Por definición, los límites siempre son externos y presuponen la existencia del contenido del derecho. Por lo tanto, límites y contenido no pueden ser lo mismo.

El segundo problema consiste en que la teoría de los límites inmanentes, en mi opinión, no logra explicar satisfactoriamente los casos en que la propia Constitución

delega en el legislador ordinario la limitación del derecho. Afirmar que a través de las sendas reservas de ley previstas para la limitación de estos derechos el legislador sólo descubre unos límites preexistentes que aquellos guardan en su contenido equivale a afirmar que tales reservas son meramente declarativas, es decir, no autorizan a crear restricciones. Esto resulta difícil de sostener, pues la labor del legislador en materia de derechos fundamentales quedaría prácticamente reducida a una tarea interpretativa de estos, independientemente que se trate de un derecho con reserva o no.

Consideramos artificioso sostener que legislador tiene una simple competencia de interpretación allí donde la propia Constitución lo autoriza expresamente a establecer límites a los derechos fundamentales. No nos cabe la menor duda de que cuando la norma respectiva autoriza al legislador a intervenir en estos le otorga una competencia para restringirlos. Por lo demás, tal previsión no resulta lesiva del derecho materia de reserva, pues obedece a una expresa regulación constitucional.

Un tercer problema es que la forma en que la teoría de los límites inmanentes asume la existencia de límites internos en los derechos fundamentales sienta las bases para una restringibilidad general de estos. Desde el momento en que se acude a la ponderación de bienes como técnica a utilizar para concretizar tales límites, estos dejan de ser parte del contenido del propio derecho para convertirse en verdaderas restricciones externas, dado que esta técnica tiene como base un conflicto entre derechos fundamentales (o entre estos y otros bienes jurídicos constitucionales). Siendo esto así, el legislador, sin necesidad de una habilitación constitucional expresa, tiene carta abierta para restringir los derechos fundamentales bajo el pretexto de identificar los límites que brotan del contenido de estos (los límites internos).

Finalmente, el cuarto problema deriva del tratamiento jurisprudencial de los límites inmanentes por parte del Tribunal Constitucional del Perú. Este colegiado predica de los derechos fundamentales una dualidad de límites: límites inmanentes y restricciones externas. Si por los límites inmanentes los derechos nacen ya limitados, pero por las restricciones externas se presupone lo contrario, asumir que los derechos fundamentales tienen límites internos y externos significa sostener, simultáneamente, que aquellos son limitados e ilimitados, lo que resulta contradictorio.

8. La aplicación jurisprudencial de la teoría del contenido esencial para configurar el contenido constitucional de los derechos fundamentales ha sido inconsistente y contradictoria. En esto ha influido el hecho de que los órganos jurisdiccionales no se han percatado que la vocación general de aquella teoría es defensiva y no configuradora de tal contenido. En ese sentido, esta teoría no conduce a una aproximación integral sobre el contenido constitucional de los derechos fundamentales, sino básicamente a un análisis sobre la validez de las restricciones supuestamente aplicables en estos.
9. Las falencias de las tres posturas que pretendían dar una respuesta al tipo de relación entre “el contenido esencial” y el “contenido constitucionalmente protegido” y la deficiencia en el tratamiento jurisprudencial de la teoría del contenido esencial nos llevan a concluir que el “contenido constitucionalmente protegido” es una categoría autónoma respecto del denominado “contenido esencial” de los derechos fundamentales.

Es más, no existe función alguna atribuida al “contenido esencial” que la categoría del “contenido constitucionalmente protegido” no pueda cumplir. Por consiguiente, la figura del contenido constitucionalmente protegido debe desempeñar en el ordenamiento peruano tres funciones: i) configurarse como parámetro del control de constitucionalidad sobre toda actuación supuestamente lesiva de los derechos fundamentales; ii) ser un requisito de procedibilidad de los procesos constitucionales de la libertad; y iii) aunque parezca sobreentendido, denotar el contenido total de los derechos fundamentales derivado directamente de la Constitución.

Entonces, al ser suficiente esta categoría, considero que la teoría del contenido esencial debe ser completamente abandonada por la jurisprudencia peruana.

10. De acuerdo con lo expuesto, el contenido constitucional del derecho a la remuneración se trata del denominado “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos fundamentales y no del llamado “contenido esencial” de estos. Por tanto, el derecho a la remuneración posee un contenido constitucionalmente protegido y no un contenido esencial.
11. Para determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración no es adecuado aplicar alguna de las tres teorías que se han esbozado

para identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Nos referimos a las teorías absoluta, relativa e institucional.

12. De acuerdo con la teoría absoluta del contenido esencial, el derecho a la remuneración tendría un contenido esencial intangible (por ejemplo, el derecho al pago de una remuneración mínima vital) y un contenido no esencial o accidental, claudicante ante los límites impuestos por el legislador sobre la base del principio de proporcionalidad (por ejemplo, el derecho a la integridad del monto remunerativo, que podría ceder ante descuentos legales justificados).
13. La dificultad de configurar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración desde la teoría absoluta es notable. ¿Cómo podemos dividir – incluso teóricamente – tal contenido en dos partes (una esencial y otra no esencial)? Además, si esto fuera posible, ¿por qué sólo una parte del contenido constitucionalmente protegido (y no todo este contenido) vincularía de modo fuerte al legislador? Lo primero siempre resultaría arbitrario; y lo segundo, inconstitucional por desconocer la propia fuerza normativa de la Constitución.
14. Desde la perspectiva de la teoría relativa del contenido esencial, el legislador puede establecer restricciones al derecho a la remuneración, siempre y cuando éstas se justifiquen en un bien jurídico constitucional y respondan al principio de proporcionalidad. Por lo tanto, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración nunca será uno previamente establecido, sino que resultará de la ponderación de este derecho con el bien jurídico constitucional que justifica la limitación impuesta. Esta restricción puede eliminar incluso la vigencia del derecho en el caso concreto. Se observa, entonces, que el derecho a la remuneración puede quedar permanentemente restringido por cualesquiera bienes jurídicos constitucionales, bastando para ello la proporcionalidad de la limitación.
15. Son tres las razones por las cuales no es idóneo utilizar la teoría relativa para determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración:
  - a) la teoría relativa desconoce la posición central que tiene el derecho a la remuneración en la configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho y, por tanto, le sustrae su carácter de fundamental; b) esta teoría no tiene un verdadero límite en su aplicación: el derecho a la remuneración podría ser restringido hasta el punto de suprimirse completamente en el caso concreto. Esto, por

lo menos, representa un verdadero riesgo para la vigencia del derecho constitucional a una remuneración mínima (artículo 24, tercer párrafo, de la Constitución); y c) la teoría relativa cambia el enfoque de análisis, pues para evaluar la constitucionalidad del acto supuestamente vulnerador del derecho a la remuneración poco importa determinar previamente el contenido constitucional de este derecho, siendo más relevante verificar la proporcionalidad de la restricción practicada sobre él.

16. De acuerdo con la teoría institucional, los derechos fundamentales resultan restringibles, pero no suprimibles. Distanciándose de la teoría relativa, la teoría institucional afirma la existencia de un ámbito absolutamente tutelado en aquellos (lo que resta del derecho fundamental luego de su ponderación con otros bienes constitucionales). Sin embargo, y diferenciándose de la teoría absoluta, expresa que tal ámbito se encuentra garantizado por los denominados límites inmanentes del derecho.

Asimismo, la teoría institucional postula que los derechos fundamentales tienen un doble carácter: a) son derechos subjetivos (carácter subjetivo individual); y b) constituyen ordenamientos jurídicos objetivos que diseñan las condiciones de vida en la que se ha de desenvolver el individuo. Esto último implica la existencia de los respectivos conjuntos normativos (carácter institucional). Por consiguiente, existe un contenido esencial del derecho como derecho subjetivo y un contenido esencial del derecho como instituto. Eventualmente, el primero puede ser vulnerado (cuando la ponderación de bienes practicada por el legislador conduzca en casos particulares a la supresión integral del derecho); en cambio, el segundo resulta completamente intangible para el legislador. Esto significa que el ámbito absolutamente tutelado del derecho, que preconiza la teoría institucional, ha de predicarse más del contenido esencial del derecho como instituto que del contenido esencial del derecho como derecho subjetivo.

17. La teoría institucional no resulta adecuada para determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración por las siguientes razones: a) la tutela absoluta de sólo el núcleo del derecho significa desconocer la vinculación total del legislador al contenido constitucional completo de los derechos fundamentales (principio de fuerza normativa de la Constitución); b) la teoría de los límites inmanentes presenta serios problemas en su formulación, tal como hemos expuesto anteriormente; y c) al permitir la supresión integral del derecho en casos

particulares, la teoría institucional desconoce que los derechos fundamentales son, ante todo, derechos del individuo.

18. Lo expuesto evidencia que, más que el empleo de una teoría en particular, la configuración del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración exige la utilización de sendos *criterios de delimitación*. Así, será la norma constitucional específica que reconoce el derecho, su interpretación sistemática con otras normas constitucionales, su interpretación conforme a las respectivas normas internacionales vinculantes para el Estado peruano, el tratamiento jurisprudencial del derecho (principalmente, por parte del Tribunal Constitucional), entre otros criterios propuestos por la doctrina, los que deben emplearse para determinar el contenido constitucional del derecho a la remuneración.
19. La determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración tiene como punto de partida el cuarto párrafo del artículo 23 de la Constitución. Esta norma, al disponer que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución, establece una vinculación directa entre la remuneración (especie del género “retribución”) y el servicio prestado (en este caso, en condiciones de subordinación). Es decir, el artículo 23 señala el carácter contraprestativo del salario. Por ello, utilizando las palabras de un reconocido autor, consideramos que la Constitución define a la remuneración como la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado.
20. Por las características de “suficiencia” y “equidad” que el artículo 24 de la Constitución le imprime al salario, es más didáctico referirse, por un lado, al derecho a una remuneración suficiente y, por el otro, al derecho a una remuneración equitativa. En esta línea, y si bien el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración es uno sólo, preferimos hablar del contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente y del contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa.
21. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente implica la tutela del monto salarial acordado en el contrato de trabajo. Por ello, sólo serán constitucionales determinados tipos de descuentos y reducciones de salarios.

Serán constitucionales i) los descuentos previstos en la ley, que tengan un sustento constitucional directo y que sean proporcionales; y ii) los descuentos aceptados por escrito por el trabajador que no impliquen una percepción inferior a la respectiva remuneración mínima legal. Se descarta, por lo tanto, cualquier descuento que opere por la sola voluntad del empleador, con excepción de los descuentos unilaterales por concepto de sanción, siempre que se cumpla con el principio de legalidad en materia sancionadora y la sanción guarde proporcionalidad con la falta cometida y con los fines disciplinarios que persigue.

Será constitucional la reducción unilateral de salario, siempre que ésta se justifique en una crisis económica que ponga en peligro la continuidad de la empresa. No obstante, para la ejecución de este tipo de reducción se requiere, necesariamente, de una ley que, observando el principio de proporcionalidad, regule tal acto. Por lo tanto, reclamamos un tratamiento legal de las modificaciones sustanciales de las condiciones salariales.

La reducción de remuneraciones acordada por escrito entre trabajador y empleador será constitucional si es que no significa la percepción de un monto inferior a la respectiva remuneración mínima legal, en aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos.

22. El contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente garantiza que el trabajador, por lo menos, perciba por sus servicios el salario mínimo legal.

Gozarán de este derecho los trabajadores que, remunerados en función al tiempo de trabajo, laboren 4 horas diarias o más. Este requisito es constitucional por estar relacionado con el valor de la prestación, que es un criterio de fijación de salarios mínimos reconocido por las normas internacionales del trabajo.

En el caso de los trabajadores comisionistas, es inconstitucional sujetar el pago de la remuneración mínima legal a la exclusividad de la prestación laboral, pues restringe la libertad de trabajo de los comisionistas (en su aspecto de libertad de pluriempleo). En esa línea, estos trabajadores tienen garantizado su derecho a la remuneración mínima, sin condicionamiento alguno. Por ello, el empleador tiene la responsabilidad de pactar una jornada laboral que, razonablemente, le asegure que no tendrá que completar la diferencia entre lo obtenido por comisiones y la remuneración mínima

por entenderse que el trabajador, dentro de dicha jornada, podrá sumar las comisiones suficientes que superen la valla del salario mínimo.

En el caso de los trabajadores a destajo, es inconstitucional condicionar el pago del salario mínimo al cumplimiento de la jornada máxima legal. Sí es constitucional, en cambio, sujetar dicho pago i) al cumplimiento de la jornada pactada en el contrato; y ii) a una eficiencia y puntualidad normales. Lo primero, porque permite la percepción del salario mínimo sin necesidad de laborar la jornada máxima legal, ya que la jornada contractual puede ser inferior. Lo segundo, porque la exigencia de una eficiencia y puntualidad normales deriva del propio deber de diligencia del trabajador. Por ello, los trabajadores a destajo tendrán derecho a una remuneración mínima siempre que, cumpliendo su jornada contractual, laboren con una eficiencia y puntualidad normales. Corresponde al legislador definir claramente en qué consiste este último requisito.

23. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a una remuneración suficiente proscribiera el trabajo impago. El reconocimiento constitucional de la contraprestatividad del salario (artículo 23, cuarto párrafo, de la Constitución) determina a favor del trabajador un derecho constitucional al pago de la remuneración por el cumplimiento de su prestación laboral. Este derecho al pago de la remuneración marca el inicio del ámbito tutelado por el derecho a una remuneración suficiente. Será inconstitucional, entonces, cualquier negativa de pago, pura y simple, del empleador.
24. Frente a problemas económicos (temporales o permanentes) que impiden el pago de la remuneración, la Constitución refuerza el derecho constitucional al pago de la remuneración al indicar que el abono del salario es prioritario respecto de las demás obligaciones del empleador (artículo 24, segundo párrafo, de la Constitución).
25. Atendiendo a su desarrollo jurisprudencial, la prioridad en el pago debe ser interpretada de forma amplia. Es decir, este pago preferente no sólo debe aplicarse frente a un concurso de acreedores (ventilados en sede judicial, administrativa e incluso privada), sino también en los casos en que el empleador cargue con simples deudas aún no reclamadas. Esto último significa que, en situaciones de insolvencia económica, el empleador, durante la relación laboral, debe cumplir primero su prestación salarial y después pagar las demás deudas exigibles.

26. Para que opere la prioridad salarial antes indicada, deberán cumplirse ciertos requisitos. Consideramos que dos son los generales: la exigibilidad del crédito salarial (no tiene sentido predicar un pago prioritario respecto de conceptos no exigibles); y la imposibilidad temporal o permanente del empleador de satisfacer, simultáneamente, la totalidad de sus obligaciones de pago. Esto, sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos específicos correspondientes a cada supuesto en que se pretende aplicar el mencionado privilegio (por ejemplo, la certeza del crédito y la ausencia de bienes libres en los procesos de tercería preferente de pago; o los establecidos por la Ley General del Sistema Concursal para el reconocimiento administrativo de créditos laborales).
27. En los supuestos de los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 856, la prioridad en el pago del salario se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio del empleador. La persecutoriedad laboral es una verdadera garantía constitucional porque brota directamente del segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución. Si bien su aplicación debe sujetarse a los requisitos previstos por la legislación, el carácter restrictivo de su configuración legal ha derivado en decisiones administrativas y judiciales que empiezan a interpretarla de forma más amplia. Sin embargo, para que este activismo no sea contrario al bien jurídico constitucional de la seguridad jurídica, es necesario que este avance jurisprudencial en la optimización de la prioridad salarial se consolide en una modificación del Decreto Legislativo 856.
28. El contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente implica la protección del salario ante el cobro de las deudas que el trabajador mantiene impagas frente a terceros distintos del empleador. Esto es así porque el derecho a una remuneración suficiente se nutre de la garantía constitucional de la intangibilidad del salario.
29. Es tarea del legislador desarrollar esta garantía constitucional. Al respecto, la intangibilidad debe preservar el carácter alimentario del salario. En ese sentido, sería constitucional, por ejemplo, una ley que disponga la afectación del salario (embargos, compensaciones, etc.) sólo por el monto que exceda la canasta básica familiar. Una regulación completa sobre la intangibilidad del salario resulta urgente porque, a través de aquella, se determinarán los concretos alcances del derecho a una remuneración suficiente en el terreno extralaboral.

30. Como todo derecho fundamental, el derecho a la remuneración se compone de una dimensión prestacional, que implica la obligación estatal de garantizar la plena vigencia del derecho en la realidad. Específicamente, esta dimensión prestacional se hace presente en el derecho a una remuneración suficiente, a través de determinados beneficios sociales.
31. Serán los beneficios sociales de origen heterónimo y carácter remunerativo los que compongan la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente. Sin embargo, no todos integrarán el contenido constitucionalmente protegido de este derecho. Es decir, la labor legislativa en torno a los beneficios sociales puede conducir a desarrollar el contenido constitucional del derecho a una remuneración suficiente o a establecer contenidos legales en este derecho.
32. Para discernir cuándo los beneficios sociales heterónomos y remunerativos integrarán el contenido constitucional o el contenido legal del derecho es preciso diferenciar aquello que guarda una correspondencia directa con el concepto constitucional de remuneración y aquello que sólo la mantiene por decisión del legislador ordinario.
33. La Constitución indica que el salario es la contraprestación por la prestación de servicios del trabajador. Los beneficios sociales heterónomos pueden ser remunerativos por dos razones: i) por tener naturaleza contraprestativa de la prestación de servicios del trabajador; o ii) porque, no teniendo tal naturaleza, el legislador, discrecionalmente, les otorga carácter salarial. Entonces, en los primeros, la correspondencia con el concepto constitucional de remuneración es directa. En cambio, en los segundos, esta correspondencia depende de la voluntad del legislador, en tanto es su decisión y no la naturaleza de estos beneficios el factor principal que determina su carácter remunerativo.
34. Por tanto, en virtud de la dimensión prestacional del derecho a una remuneración suficiente, formarán parte del contenido constitucionalmente protegido de este derecho los beneficios sociales de origen heterónimo y naturaleza contraprestativa. Asimismo, los beneficios sociales de origen heterónimo sin naturaleza contraprestativa, pero a los que el legislador les ha conferido discrecionalmente carácter salarial, integrarán el contenido legal del derecho a una remuneración suficiente.

35. El derecho a una remuneración equitativa se sustenta en el derecho constitucional a la igualdad de trato en la relación laboral. Esto es así porque el término “equitativo(a)” proviene del latín “aequitas”, que significa “igualdad”. Entonces, desde un punto de vista semántico, el derecho a una remuneración equitativa significa *igualdad de remuneración*, esto es, *igualdad de trato en materia salarial*.
36. La igualdad de trato en materia salarial debe predicarse respecto de trabajos iguales y de trabajos de igual valor. Por tanto, el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa consiste en la igualdad de remuneración por un trabajo igual y por un trabajo de igual valor.
37. Tal como lo reconocen las normas internacionales que vinculan al Estado peruano, el principal sujeto protegido por el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa serán las mujeres que sufren discriminación salarial por su condición de tal. Sin embargo, nada impide que este contenido constitucional proscriba también cualquier otra situación (sistemática o no) de discriminación salarial basada en motivos prohibidos distintos del sexo (origen, raza, edad, etc.).
38. Incluso, por la forma en que ha quedado configurado, el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa alcanza a proteger a todo trabajador de cualquier acto de diferenciación simplemente arbitrario en materia remunerativa, como podría ser pagar, sin una justificación objetiva y razonable, distinto salario a dos trabajadores de la empresa que realizan una misma labor.
39. En la jurisprudencia, el derecho a una remuneración equitativa, como tal, no tiene presencia alguna. Sin perjuicio de ello, existen pronunciamientos que tutelan, por ejemplo, el derecho del trabajador a percibir igual remuneración que los demás por un trabajo igual. No obstante, la aplicación por aplicación de cualquiera de los componentes constitucionales del derecho a una remuneración equitativa, sin una referencia a éste (que los contiene), representa más una ignorancia judicial del derecho que una defensa implícita de éste en el proceso. Esto no es banal porque se trata de la propia eficacia del artículo 24 de la Constitución en la realidad.
40. A nivel normativo, el Estado peruano hace poco para conseguir la más urgente finalidad del derecho a una remuneración equitativa, esto es, la protección de la mujer contra la discriminación salarial por razón de sexo. A tal efecto, es necesaria una ley

que desarrolle el principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor. Mientras tanto, serán los jueces los que deban suplir la omisión inconstitucional del legislador, a través de su activismo judicial. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial del derecho a una remuneración equitativa no debe limitarse sólo a uno de sus componentes constitucionales (como podría ser la igualdad salarial por trabajo de igual valor, sin discriminación por sexo), sino abarcar, de acuerdo a los casos judiciales que se presenten, los demás aspectos constitucionales de aquel derecho.

41. De acuerdo con la Constitución y el Código Procesal Constitucional, el contenido constitucional del derecho a la remuneración goza de una tutela procesal de nivel constitucional. Esto es así porque ambas normas incluyen a este derecho dentro del ámbito de garantía del proceso de amparo. Sin embargo, a través de la Sentencia Baylón, el Tribunal Constitucional ha dispuesto lo contrario al establecer, como regla general, que las pretensiones sobre pago de remuneraciones o, en fin, los cuestionamientos relativos a remuneraciones deben transitar por las vías judiciales ordinarias.
42. La exclusión del contenido constitucional del derecho a la remuneración, del ámbito de tutela del proceso de amparo, se hace evidente si se repara que, ante la vulneración de los componentes de aquel contenido, la pretensión procesal que se formule en la demanda de amparo respectiva será, comúnmente, una de pago de remuneraciones o significará un cuestionamiento relativo a remuneraciones, materias que ahora, en virtud de la Sentencia Baylón, se encuentran impedidas de transitar por la jurisdicción constitucional.
43. El Tribunal Constitucional fundamenta esta exclusión en el carácter residual del proceso de amparo, dispuesto por el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. Es decir, sostiene que no procede el proceso de amparo para la protección del contenido constitucional del derecho a la remuneración porque existen en la vía ordinaria procesos específicos e igualmente satisfactorios. Estos serían el proceso laboral y el proceso contencioso administrativo.
44. Tomando como referencia las características del proceso de amparo, existirá un proceso específico cuando en la vía ordinaria que corresponda (civil, mercantil, laboral, etc.) se estructure un proceso particular de tutela del contenido constitucional

de los derechos fundamentales. La particularidad vendrá definida por la exclusividad del proceso, de forma que a través de él no pueda atenderse pretensiones que no correspondan a tal contenido o que simplemente estén relacionadas con derechos infraconstitucionales.

45. Asimismo, el proceso ordinario específico resultará igualmente satisfactorio que el proceso de amparo si es sumario e igualmente protector.

Lo primero requiere, entre otros aspectos, que las demandas canalizadas a través del proceso específico gocen de un trámite preferente respecto de las demás que el juez tenga a su cargo en la vía ordinaria; que el demandado no tenga la oportunidad de reconvenir contra el demandante; que el proceso sea concentrado, de forma que, por ejemplo, en una sola audiencia se actúen las pruebas y se dicte sentencia; y que se prevea una pronta ejecución de las sentencias firmes, con preferencia sobre la ejecución de las sentencias dictadas en otros procesos ordinarios de competencia del mismo juez.

Lo segundo exige, por ejemplo, que el proceso específico brinde una tutela cautelar adecuada; que prohíba la conclusión del proceso por abandono de éste; que permita recurrir a una instancia superior en caso en la segunda se haya desestimado el reclamo; que prevea la configuración de la cosa juzgada sólo cuando exista una decisión final que se pronuncie sobre el fondo; y que regule algún mecanismo sumarísimo de represión de actos similares y posteriores en el tiempo al que fue declarado, de manera definitiva, lesivo en un primer proceso de la misma clase. Desde luego, el proceso específico debe proteger el derecho constitucional de la misma forma en que lo hace el proceso de amparo, esto es, impidiendo que la amenaza se consuma o restituyendo al demandante en el pleno goce de su derecho conculcado, esto último, a través de la reposición de las cosas al estado anterior a la lesión.

46. Definida de esta forma lo que debe entenderse por “proceso específico e igualmente satisfactorio que el proceso de amparo”, estimamos que los procesos laborales regulados por la Ley 26636 (en estricto, el proceso ordinario y el proceso sumarísimo) y por la Ley 29497 (en particular, el proceso ordinario y el proceso abreviado) no son de aquel tipo, por lo menos en lo que respecta a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración. En primer lugar, porque ninguno de estos procesos

laborales es específico, ya que no tutelan de forma exclusiva el contenido constitucional de los derechos fundamentales laborales. Y, en segundo lugar, porque si bien pueden compartir algunas características con el proceso de amparo en lo que se refiere a una tutela “igualmente satisfactoria”, ninguno de estos procesos laborales alcanza a prestar al derecho a la remuneración el tipo de protección que le brinda el proceso de amparo.

Por estas mismas dos razones, el proceso contencioso administrativo (en estricto, el proceso especial y el proceso urgente) no es una vía específica e igualmente satisfactoria que el proceso de amparo.

47. La inexistencia de vías ordinarias específicas e igualmente satisfactorias que el proceso de amparo, en lo que respecta a la tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración, determina la inaplicabilidad del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y, por tanto, la subsistencia del principio de alternatividad para estos casos.
48. Desde luego, no cualquier pretensión referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración podrá ser vista a través del proceso de amparo. Es necesario, además, que el demandante tenga la calidad de titular del derecho a la remuneración y que la lesión de aquel contenido constitucional sea manifiesta, es decir, los hechos que configuran la violación no deben ser controvertidos. Estos dos últimos requisitos (titularidad y lesión manifiesta) obedecen a que el proceso de amparo carece de etapa probatoria.
49. En virtud de lo expuesto, discrepamos con el Tribunal Constitucional que, a través de la Sentencia Baylón, y sobre la base de un errado e insuficiente análisis del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, determinó el desamparo constitucional del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración y derivó su tutela a vías ordinarias que no son específicas ni igualmente satisfactorias que el proceso de amparo. En este contexto, es urgente que el legislador mejore la regulación del proceso laboral y del proceso contencioso administrativo, a fin de que el contenido constitucional del derecho a la remuneración goce de una tutela adecuada en sede ordinaria. Mientras tanto, reivindicamos el régimen alternativo del proceso de amparo en lo que respecta a la protección de este derecho fundamental.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel B. Residualidad y vías paralelas en el proceso de amparo. Análisis de su desarrollo jurisprudencial. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 15, N°130, 2009, pp. 72 - 84.

— El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

ABANTO REVILLA, César. “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N° 6, 2006, pp. 405 - 440.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Colección “El Derecho y la justicia”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARCE ORTIZ, Elmer G. Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Primera edición. Lima: Palestra, 2008.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

BLUME MOORE, Iván. Igualdad salarial entre mujeres y hombres en el Perú: de la construcción teórica a la aplicación práctica. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

BOZA PRÓ, Guillermo y Cecilia GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER. El pago a cuenta a los trabajadores de la participación en las utilidades de la empresa. En: Revista Ius et veritas, año IX, N°16, pp. 114 - 122.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Constitucionalidad abstracta e injusticia concreta. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 15, N°133, 2009, pp. 51 - 57.

— Comentarios al Código Procesal Constitucional. 2 tomos. Segunda edición. Lima: Palestra, 2006.

— Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Colección “Tesis & Monografías en Derecho”. Segunda edición. Lima: Palestra, 2005.

— Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. En: Revista Actualidad Jurídica, N° 139, 2005, pp. 144 - 149.

CONSEJO NACIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Proyecto de Ley General de Trabajo.

[http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNTPE/proyecto\\_ley\\_general\\_de\\_trabajo\\_consolidado\\_de\\_articulos.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNTPE/proyecto_ley_general_de_trabajo_consolidado_de_articulos.pdf)

COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración, 1951. Primera edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1986.

DE BUEN LOZANO, Néstor y Emilio MORGADO VALENZUELA (coords.). Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Serie G: Estudios Doctrinales, N° 188. Primera edición. México D.F: AIADTSS - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco J. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En: Revista Ius et Veritas, Año VIII, N° 15, pp. 63 - 72.

GACETA JURÍDICA S.A. Software “Data 40,000 Jurisprudencias”. Periodo 2009-2010.

[http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates\\$fn=default.html](http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates$fn=default.html)

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de

Bonn. Colección “Estudios Constitucionales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado constitucional. Traducción de Carlos Ramos. Serie “Clásicos del Derecho Constitucional”. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. La austeridad salarial en el Estado: ¿constitucionalmente viable? En: Foro empresarial. Revista de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año I, N° 1, 2007, pp. 207 - 221.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. “Metodología del Cambio de Año Base 2009 del Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana”. Dirección Técnica de Indicadores Económicos. Lima, febrero 2010.

□<http://www.inei.gob.pe/web/Metodologias/Attach/9944.pdf> □

LAROUSSE EDITORIAL S.L. Diccionario Vox Esencial Latino. Segunda edición. Barcelona: SPES, 2002 (reimpresión).

LOPEZ BASANTA, Justo. “El salario”. En De Buen Lozano y Morgado Valenzuela 1997: 445 - 470.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo e Ignacio DE OTTO Y PARDO. Derechos fundamentales y Constitución. Colección “Cuadernos Civitas”. Primera edición. Madrid: Civitas, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Lima: Tabla XIII, 2005.

MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Primera edición. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

— Derechos de la persona. Dogmática constitucional. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004.

MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006–2010. Primera edición. Lima: MIMDES, 2005.

□ [http://www.mimdes.gob.pe/files/PROGRAMAS%20NACIONALES/PNCVFS/planes/pio2006\\_2010\\_vf.pdf](http://www.mimdes.gob.pe/files/PROGRAMAS%20NACIONALES/PNCVFS/planes/pio2006_2010_vf.pdf) □

NEVES MUJICA, Javier. Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Tribunal Constitucional del Perú. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Lima: Palestra, 2006, pp. 337 - 342.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 1999.

— Los derechos fundamentales. Colección “Temas clave de la Constitución española”. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1991.

PIZARRO DÍAZ, Mónica. La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral. Primera edición. Lima: Estudio Gonzáles & asociados. Consultores Laborales S.C., 2006.

PRIORI POSADA, Giovanni y otros. Comentarios a la nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: ARA Editores, 2011.

— Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Cuarta edición. Lima: ARA Editores, 2009.

QUIÑONES INFANTE, Sergio Arturo. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Colección Derecho PUCP N°3. Primera edición. Lima: Palestra, 2007.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.

□ <http://www.rae.es/rae.html> □

SACO BARRIOS, Raúl. A propósito de las relaciones entre normas: vínculos entre la Ley Procesal del Trabajo y el Código Procesal Civil. En: AA.VV. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Primera edición. Lima: Grijley, 2009, pp. 509 - 535.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. El proceso laboral: principios informadores. En De Buen Lozano y Morgado Valenzuela 1997: 823 - 834.

SOLUCIONES LABORALES. Aplicación práctica de los plenos jurisdiccionales laborales. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

SOSA SACIO, Juan Manuel. Notas sobre el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. En: Revista Actualidad Jurídica, N° 134, 2005, pp. 146 - 149.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

VIDAL SALAZAR, Michael. La procedencia del proceso de amparo para la protección de derechos laborales. En: Revista Asesoría Laboral, Año XVII, N° 193, 2007, pp. 9 - 17.

VINATEA RECOBA, Luis y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis normativo. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

ZAVALA COSTA, Jaime. Remuneraciones y Jornada de Trabajo. En: Revista Asesoría Laboral, año IV, N° 37, 1994, pp. 21 - 23.