

forma en que se presentan los hechos (principalmente las pruebas) y del sujeto demandante.

Asimismo, esto supone mantener el desorden de atribución de competencias en la resolución de los casos sobre materia laboral individual, lo cual se traduce en la incómoda convivencia de dos opiniones jurisprudenciales, la emitida por los juzgados ordinarios (cuya decisión final la establece la Sala Constitucional y Social –permanente o transitoria– de la Corte Suprema) y la emitida por el TC<sup>20</sup>.

Consideramos que, en virtud de la obligación establecida en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución de 1993<sup>21</sup>, resulta necesario que el TC explique en cada sentencia los motivos por los cuales resulta aplicable el precedente vinculante y en cuales no, sin hacer una simple referencia a dicha decisión, indicando en este último caso, por ejemplo, su conformidad con la opinión de alguna instancia inferior. Solamente de esa forma se podrá evitar la constante presentación de demandas de temática laboral ante los juzgados civiles, profesionales que no deberían revisar esos casos pues por algo existe una jurisprudencia especializada.

En efecto, lo antes mencionado nos lleva a reiterar la antigua solicitud enunciada por parte de la doctrina nacional sobre la necesidad de que los jueces laborales sean los competentes para resolver los procesos de amparo que tengan temática laboral. Mantener 29 juzgados especializados en Lima que no pueden ver procesos de amparo frente a 66 juzgados civiles que sí lo hacen supone una contradicción, no solo cuantitativa sino cualitativa que debe ser corregida. Caso contrario, seguirá careciendo de sentido la especialización judicial.

20 Un claro ejemplo de esta situación lo constituye la procedencia del pago de las remuneraciones devengadas durante la duración de un proceso de amparo que ordene la reposición en el empleo. Para la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ello resulta hoy procedente (ver sentencia emitida en la casación 229-2005, de fecha 27 de enero de 2006), mientras que para el TC no, dado que dicho concepto tiene naturaleza indemnizatoria (ver sentencia emitida en el exp. 4877-2005-PA/TC antes citado).

21 "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (5) la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias..."

## LA PROCEDENCIA DEL PROCESO DE AMPARO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS LABORALES

MICHAEL VIDAL SALAZAR\*

### Sumario

Introducción. I. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos laborales. 1.1. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales frente a actos de particulares. 1.2. Ampliación del listado legal de derechos laborales ante cuya violación procede el proceso de amparo. II. El requisito de preceptividad inmediata del derecho objeto de protección en vía de amparo. 2.1. El proceso de amparo y la preceptividad de los derechos laborales. 2.2. La relativización del requisito de preceptividad inmediata. III. El carácter residual del proceso de amparo y la protección de los derechos laborales. 3.1. Del modelo alternativo al modelo residual. 3.2. La determinación de la vía igualmente satisfactoria. 3.3. El tratamiento del Tribunal Constitucional a la residualidad del amparo. 3.4. Otros asuntos vinculados a la residualidad del amparo. 3.4.1. Los procesos calificados como vía igualmente satisfactoria. 3.4.2. La carga de la prueba de la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria. IV. Conclusiones. Bibliografía

### INTRODUCCIÓN

El reconocimiento constitucional de los derechos laborales permite utilizar, como mecanismos de protección ante su vulneración, a los procesos

\* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

constitucionales regulados por el ordenamiento jurídico. En el Perú, el amparo se ha constituido en el proceso constitucional más representativo para dicho fin.

En esa línea, el presente trabajo tiene como finalidad revisar el panorama sobre la procedencia del proceso de amparo para la protección de derechos laborales en el ordenamiento peruano, considerando especialmente la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la regulación legal vigente.

## I. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos laborales

Un primer tema que consideramos relevante para nuestro objeto de estudio está referido a la reafirmación del proceso de amparo como un mecanismo de protección de los derechos laborales constitucionalmente reconocidos.

Para dicho fin, el papel del Tribunal Constitucional (TC) y la legislación han sido determinantes. En el primer caso, mediante la ratificación del amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales frente a actos de particulares, y en el segundo, a través de la ampliación del listado legal de derechos laborales ante cuya violación procede el proceso constitucional bajo comentario.

### 1.1. El proceso de amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales frente a actos de particulares

La Constitución peruana señala en su artículo 200<sup>o</sup>.2 que “la acción de amparo (...) procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza (...) los derechos reconocidos en la Constitución”. Con ello se reconoce la posibilidad de utilizar el proceso de amparo como un mecanismo de protección de los derechos constitucionales frente a actos de particulares, lo que en doctrina se conoce como el amparo contra particulares, adscribiéndose en esta materia a la denominada “tesis permisiva”<sup>1</sup>.

El tema resulta interesante considerando que existen ordenamientos que prohíben la tramitación de un proceso de amparo como consecuencia directa de actos de particulares, tal como sucede en los casos de México y España, países en los que dicho proceso sólo procede contra actos de autoridades<sup>2</sup>.

1 ABAD YUPANQUI, Samuel B. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 391.

2 FERRER Mc. GREGOR, Eduardo. La acción de constitucionalidad de amparo en México y España: estudio de derecho comparado. México DF: Porrúa, 2000. p. 246.

El TC ha considerado necesario ratificar tal postura. Es así como, en la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida en Expediente N° 976-2001-AA/TC<sup>3</sup>, valiéndose de lo señalado en la Constitución, afirma que el hecho “que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privados y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos” (Fundamento 8, 2° párrafo).

Dos cuestiones merecen resaltarse de tal pronunciamiento en esta materia. La primera es que el TC llega a la conclusión citada tras reconocer que nuestro ordenamiento constitucional admite la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, tal como ya lo había sostenido en la Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC<sup>4</sup>. De acuerdo a dicha teoría, si bien existen derechos fundamentales que únicamente vinculan al Estado, podemos encontrar otros que establecen obligaciones de respeto entre los propios particulares. Tal concepción se constituye en el origen del reconocimiento del proceso de amparo como mecanismo de protección frente a la vulneración de un derecho fundamental por actos de un particular<sup>5</sup>, situación que se presenta indudablemente en el caso de los conflictos laborales (a partir de la relación empleador – trabajador). No en vano, uno de los principales exponentes de esta teoría es Hans Carl Nipperdey, destacado laboralista alemán, quien fundamenta su posición, especialmente, a partir de la situación de desigualdad que puede generarse entre particulares<sup>6</sup>, la cual es inherente a la relación laboral.

3 Proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.

4 Proceso de amparo seguido por Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A..

5 Si bien es cierto, tal como señala De Verda y Beamonte, “se trata (...) de dos cuestiones distintas, ya que una es afirmar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (...) y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares (lesivos de un derecho fundamental) puedan ser directamente recurridos en amparo” (DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “El respeto de los derechos fundamentales como límite a la autonomía privada”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 93. Lima: Gaceta Jurídica, Agosto 2001. p. 53), no cabe duda que sin la primera afirmación no sería posible la segunda, aunque no suceda lo mismo a la inversa.

6 Al respecto, García Torres y Jiménez-Blanco señalan que “La argumentación de Nipperdey comienza por admitir que (aún) hoy una serie de derechos fundamentales (...) sólo ‘vinculan al poder público en el estricto sentido de la palabra’. No obstante, existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen relación a una esfera de libertad que proteger frente al Estado, sino que también garantiza a cada ciudadano un status socialis en sus relaciones jurídicas con los demás, y en especial, con los formidables Sozialmacht, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir conjuntamente para defender al inerme ciudadano”. (GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMÉNEZ – BLANCO. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 22.).

La segunda cuestión a destacar es el reconocimiento de los procesos ordinarios como mecanismos de protección de derechos constitucionales. En efecto, según la Sentencia emitida en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, el hecho que las denuncias contra particulares por afectación de un derecho consagrado en la Constitución puedan ser tramitadas ante la justicia constitucional, "no excluye que también puedan plantearse y resolverse en el ámbito de la justicia ordinaria" (Fundamento 9, 1° párrafo). De esta manera, se deja abierta la posibilidad de que las denuncias por afectación de derechos fundamentales por actos de particulares no se circunscriban únicamente al proceso de amparo, sino que pueda tramitarse también a través de los procesos ordinarios, lo que resultaría aún más usual considerando el carácter extraordinario del citado proceso constitucional. En el caso de los derechos laborales, las vías ordinarias disponibles serían principalmente el proceso contencioso administrativo y el proceso laboral.

## 1.2. Ampliación del listado legal de derechos laborales ante cuya violación procede el proceso de amparo

La ampliación del listado legal de derechos ante cuya violación procede el proceso de amparo resulta importante considerando el debate que en su momento generó la regulación anterior.

En efecto, la Ley N° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo), enumeraba en su artículo 24° una larga lista de derechos en defensa de los cuales procedía el proceso constitucional en cuestión, dejando abierta la posibilidad de defender por dicho mecanismo "a los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución" (numeral 22). Dentro de la lista antes mencionada el legislador consideró a la libertad de trabajo y a la sindicalización, sin hacer referencia a otro derecho laboral.

La citada norma fue dictada durante la vigencia de la Constitución de 1979, cuyo Título I estaba referido a los "Derechos Fundamentales de la Persona", y contenía entre otros, los capítulos referidos a la Seguridad Social y al Trabajo. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 la situación cambió. Los derechos laborales fueron recogidos en el Capítulo II del Título I, titulado "De los Derechos Sociales y Económicos" y no en el Capítulo I denominado "Derechos Fundamentales de las Personas". Tal situación llevó a sostener que, debido a lo establecido en el numeral 22 del artículo 24° de la Ley N° 23506, en el nuevo orden constitucional, los derechos laborales distintos a la libertad de trabajo y la

sindicalización (estos últimos además vinculados directamente a derechos reconocidos en el Capítulo I) no podían ser protegidos mediante el proceso de amparo.

La doctrina, en su mayoría rechazó tal posición, fundamentalmente por tres razones<sup>8</sup>. Primero, el carácter abierto (no taxativo) de la relación de derechos contenidos en el Capítulo titulado "De los Derechos Fundamentales de las Personas", evidenciado por lo dispuesto en el artículo 3° de la Constitución<sup>9</sup>. Segundo, la relación del derecho cuestionado con la dignidad y la libertad de la persona humana como verdadero sustento del carácter fundamental de un derecho, y no la calificación que le pueda otorgar el Estado o el nivel de protección plasmado en un ordenamiento. Y tercero, la inexistencia de un trato diferenciado por la Constitución, la cual, de acuerdo a su artículo 200°, incluye bajo la protección del amparo a todo derecho reconocido en su texto, salvo aquellos cuya protección sea posible mediante el hábeas corpus o el hábeas data.

A partir de lo antes señalado, la doctrina afirmó, incluso bajo la vigencia de la Ley N° 23506, que "basta que se vulnere o amenace alguno de los derechos reconocidos por la Constitución, no cautelados por la Acción de Hábeas Corpus o de Hábeas Data, para que proceda la Acción de Amparo"<sup>10</sup>.

Era entonces necesaria una modificación legislativa que permitiera una armonización entre la regulación Constitucional y la legal. Al respecto, el artículo 37° del CPConst. incluye en el listado de derechos materia de defensa en vía de amparo al derecho al trabajo (numeral 10) y al derecho a la remuneración (numeral 20). Asimismo, ha considerado expresamente, no sólo al derecho de sindicación, sino también a los de negociación colectiva y huelga<sup>11</sup> (numeral 11). Finalmente, extiende tal protección a "los demás derechos que reconoce la Constitución", (numeral 25), dejando de lado la referencia a "derechos fundamentales" consignada en la Ley N° 23506, y origen de tantos debates.

7 El artículo 2° de la Constitución (ubicado en el Capítulo I del Título I) consagra los derechos "a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley" (numeral 13) y "a trabajar libremente, con sujeción a ley" (numeral 15); el primero, íntimamente ligado a la sindicalización, y el segundo, consagración expresa de la libertad de trabajo.

8 Debidamente formuladas por Toyama Miyagusuku al analizar la situación de la estabilidad laboral (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Estabilidad Laboral y Acción de Amparo". En: Derecho & Sociedad. N° 13. Lima, 1998. p. 99).

9 "Artículo 3°.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza...".

10 MORALES CORRALES, Pedro G. "Acción de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data en materia laboral". En: Revista Themis N° 34, Segunda Época. Lima, 1996. p. 106.

11 Si bien la sola referencia al derecho de sindicación, podría haber comprendido también a los derechos de negociación colectiva y huelga, la mención expresa de estos últimos resulta sumamente saludable.

## II. EL REQUISITO DE PRECEPTIVIDAD INMEDIATA DEL DERECHO OBJETO DE PROTECCIÓN EN VÍA DE AMPARO

Una condición que durante años fue considerada como requisito para que un derecho constitucional fuera objeto de protección mediante el proceso de amparo, en especial en el ámbito laboral, fue el referido a su preceptividad inmediata o directa. Se dejó así fuera del ámbito de protección del citado proceso constitucional a los derechos reconocidos en la Constitución contenidos en disposiciones programáticas o a aquéllos que gozaban de preceptividad mediata, diferida o aplazada.

### 2.1. El proceso de amparo y la preceptividad de los derechos laborales

La doctrina considera como disposiciones programáticas a aquéllas “que pretenden vincular a los poderes del Estado – principalmente el Legislativo y el Ejecutivo – para la realización de determinados programas en materia económica y social que creen las condiciones para la cabal realización de aquellos”<sup>12</sup>. Tales disposiciones “no son propiamente, en sentido jurídico, ‘derechos públicos subjetivos’, respecto de los cuales es posible exigir al Estado, incluso en vía jurisdiccional, una tutela directa e inmediata, sino que se configuran, antes bien, como normas meramente programáticas de cuya futura regulación podrá nacer un derecho en sentido estricto”<sup>13</sup>. Es así como se ha afirmado que no es posible la tramitación de un proceso de amparo como consecuencia de la violación de una disposición de tal naturaleza<sup>14</sup>.

De esta manera, la defensa a través de un proceso de amparo quedaría limitada a las disposiciones preceptivas. Pese a ello, la doctrina ha señalado también que, no todo desconocimiento o agravio a una disposición preceptiva podría ser objeto de defensa en dicha vía. Así pues, se ha diferenciado a los derechos de preceptividad inmediata de aquellos de preceptividad mediata, diferida o aplazada. En el primer grupo se considera a los derechos que, con su sola consagración constitucional, pueden ser ejercidos, sin necesidad de reglamentación o desarrollo legal alguno. Por su parte, los derechos de preceptividad aplazada son aquellos que para ser ejercidos es necesario que exista un desarrollo infraconstitucional.

12 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales”. En: AAVV. Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, 1993. p. 34.

13 Ibid. p. 35.

14 MORALES CORRALES, Pedro G., Op. cit. p. 106. ELÍAS MANTERO, Fernando. “La Acción de Amparo como Instrumento de Defensa de los Derechos Laborales”. En: Revista de Actualidad Laboral. Lima, Mayo, 1996. p. 24.

En tal sentido, se ha sostenido que, únicamente los derechos de preceptividad inmediata pueden ser tutelados a través de un proceso de amparo<sup>15</sup>. Ello debido a que los derechos de preceptividad aplazada “requieren de una norma legal, de desarrollo constitucional, la misma que establezca el contenido esencial y los límites del derecho en cuestión”<sup>16</sup>.

En materia laboral, algunas disposiciones contenidas en la Constitución podrían ser calificables como programáticas, quedando así – de acuerdo a la posición antes citada – fuera del ámbito de protección del proceso de amparo. Como ejemplo tenemos el artículo 23º, en sus dos primeros párrafos<sup>17</sup>, en los que se establece la obligación del Estado de proteger a ciertos grupos de trabajadores por sus características especiales y de promover condiciones para el progreso social y económico.

Un caso materia de controversia hasta nuestros días, es el del artículo 22º de la Constitución<sup>18</sup>. Esta disposición fue calificada durante muchos años por parte de la doctrina nacional como meramente programática o, incluso, principista<sup>19</sup>. Sin embargo, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el TC ha considerado que la citada disposición constitucional tiene un doble contenido que comprende el “acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho de no ser despedido sino por causa justa” (Fundamento 12). Dicho pronunciamiento, a nuestro entender, llena de contenido preceptivo al artículo 22º. De esta forma, el TC recoge la posición de algunos autores para lo que el artículo 22º tiene un contenido complejo, gozando incluso, en algunos de sus componentes, de preceptividad inmediata<sup>20</sup>.

15 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. cit. p. 101.

16 GUZMÁN ÑAPURI, Christian. “La utilización del proceso de amparo para la protección de derechos laborales”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 17. Lima, Julio 2002. p. v.

17 “Artículo 23º.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. (...)”.

18 “Artículo 22º.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

19 MORALES CORRALES, Pedro. Op. cit. p. 107; PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El trabajo en la Constitución”. En: Revista Ius et Veritas, N° 7. Lima, 1993. p. 28.

20 Según lo señalado por Neves Mujica, el citado artículo reconoce el derecho al trabajo que, a su vez, contiene el derecho a acceder a un empleo y el derecho a conservarlo. En el primer caso, puede referirse a un puesto genérico, en cuyo caso la preceptividad de la norma es diferida, o a un puesto específico, supuesto en que la norma tendría preceptividad inmediata. En cuanto a la conservación del empleo, coincide parcialmente con uno de los sentidos de la estabilidad laboral: la prohibición del despido injustificado (estabilidad de salida), prohibición que alcanzaría incluso a cualquier otra forma de extinción de la relación laboral no surgida de la voluntad del trabajador (jubilación forzosa, por ejemplo). En este campo, el artículo 22º consagraría el derecho al trabajo con preceptividad inmediata. (NEVES MUJICA, Javier. “Libertad de trabajo, derecho de trabajo y estabilidad en el trabajo”. En: Asesoría Laboral. Lima: Mayo, 2002. p. 11-12).

En relación a los derechos de preceptividad aplazada, la principal discusión ha girado en torno al artículo 27° de la Carta Magna<sup>21</sup>. La citada norma contiene, a decir de varios autores, el derecho a la estabilidad laboral, el mismo que tendría preceptividad aplazada, en tanto, el artículo bajo comentario sólo establece la obligación de la ley de otorgar una adecuada protección contra el despido arbitrario. En tal sentido, para que el derecho contenido en el artículo 27° sea ejercitado por su titular, es necesario recurrir al desarrollo legal. Siendo ello así, no sería posible interponer una demanda de amparo con el objeto de evitar o remediar la afectación de lo dispuesto en el artículo 27°.

La preceptividad diferida del artículo 27°, y la visión que se tenía del derecho al trabajo consagrado en el artículo 22°, pudieron haber dejado fuera del ámbito del proceso de amparo todo tema relacionado a la impugnación del despido.

Sin embargo, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, además de llenar de contenido preceptivo al artículo 22°, el TC amplía sus alcances a lo señalado en el artículo 27°, otorgándoles, de alguna manera, en conjunto, una preceptividad inmediata<sup>22</sup>. De esta manera, para el citado órgano, el desarrollo legislativo de la protección contra el despido arbitrario debe respetar el derecho al trabajo, por lo que el TC afirma que es necesario determinar si “la fórmula acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo” (Fundamento 12).

En ese mismo sentido, y dentro del esquema de amparo alternativo previsto en la entonces vigente Ley N° 23506, en la Sentencia emitida en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, el TC calificó como supuestos en los que procedían los efectos restitutorios que caracterizan al amparo, al despido nulo, al despido incausado y al despido evidentemente fraudulento, señalando que en dichos casos “la competencia y actuación de la vía jurisdiccional - ordinaria o constitucional - y los alcances de la protección jurisdiccional - reposición o indemnización - dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados” (Fundamento 19).

Tal posición ha sido después recogida, bajo los criterios establecidos por el TC con relación a la residualidad del amparo consagrada en el Código Procesal

21 “Artículo 27°.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.”

22 Al respecto, Neves Mujica ya había señalado que la estabilidad laboral estaba consagrada tanto en el artículo 22° (como parte del derecho al trabajo) como en el artículo 27° de la Carta Magna, y que, considerando la naturaleza del primero (preceptividad inmediata) debía preferirse frente al segundo (preceptividad aplazada) debido a que “si dos preceptos constitucionales tienen contenidos parcialmente superpuestos y uno de ellos resulta exigible inmediatamente mientras el otro no, este segundo no puede contagiarse de su cualidad al primero” (NEVES MUJICA, Javier. Op cit. p. 12).

Constitucional<sup>23</sup> (CPConst.), en la Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005 emitida en el Expediente N° 206-2005-PA/TC<sup>24</sup>, en la cual se considera a los supuestos de despido antes citados como materias que pueden ser tratadas en un proceso de amparo, por supuesto, siempre que para dicho fin no sea necesaria la existencia de una etapa probatoria compleja.

## 2.2. La relativización del requisito de preceptividad inmediata

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, en materia de derechos laborales, tanto el carácter programático de la disposición constitucional que contiene el derecho, como la preceptividad de éste, han sido factores determinantes para la viabilidad del proceso de amparo como mecanismo de protección constitucional. Sin embargo, tal situación se habría visto relativizada debido a importantes pronunciamientos del TC.

En relación a las disposiciones programáticas, en la Sentencia de fecha 20 de abril de 2004 emitida en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC<sup>25</sup> el TC se pronuncia en contra de una posición absolutista sobre la improcedencia del proceso de amparo para la protección de derechos contenidos en disposiciones calificadas como programáticas<sup>26</sup>. Al respecto, acerca del derecho a la salud, recogiendo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia (STC N° T-499), el TC afirma que, cuando su vulneración “compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo” (Fundamento 6). Tal conclusión es realizada a partir de considerar al derecho a la salud dentro de los derechos económicos y sociales, sobre los cuales la Sentencia citada señala que “derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población” (Fundamento 12). Es así como el órgano supremo concluye que “el reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción

23 Ley N° 28237.

24 Proceso de amparo iniciado por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y Víctor Manuel Hacén Bernaola.

25 Proceso de amparo seguido por Azanca Alhelí Meza García contra el Estado Peruano.

26 En ese mismo sentido, se ha pronunciado en la Sentencia de fecha 05 de octubre de 2004 emitida en el Expediente N° 2016-2004-AA/TC (proceso de amparo seguido por José Luis Correa Condori contra el Estado Peruano).

programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho" (Fundamento 14).

El análisis realizado por el TC en la sentencia citada, es extensible al derecho al trabajo (en su parte calificada como programática), cuya inclusión dentro de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) ha sido ampliamente admitida por la doctrina<sup>27</sup>.

Es así como, a partir de lo señalado por el TC, no se podrían admitir tesis que sostengan la prohibición absoluta de tramitar en vía de amparo un reclamo basado en la afectación de un derecho contenido en una disposición calificada como programática, como sucede con parte del contenido del derecho al trabajo. Al respecto, en la Sentencia de fecha 08 de junio de 2005 emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC<sup>28</sup>, el TC ha señalado que "en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta" (Fundamento 15).

Y es que la calificación de "programática" que se le asigna a algunas disposiciones de la Constitución ha llevado incluso a que se cuestione el carácter vinculante de este cuerpo normativo. En tal sentido, la posición asumida por el TC apuntaría de alguna manera a eliminar esta calificación, o por lo menos, dejar de lado la concepción de que los derechos contenidos en disposiciones "programáticas" no pueden, en ningún caso, ser protegidos mediante el proceso de amparo.

La posición del TC se vería reforzada además con la inclusión en el listado de derechos que pueden ser protegidos mediante el proceso de amparo, contenida

27 Para Gosepath, los derechos sociales "se entienden como los derechos de previsión, el trabajo, la vivienda y la educación, es decir, los derechos a prestaciones en sentido estricto" (GOSEPATH, Stefan. Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales. En: AAVV. Ciudadanía y derechos humanos sociales. Medellín: Instituto sindical de Cooperación al Desarrollo – Junta de Andalucía, 2001. p. 17). Por su parte, De Castro Cid señala que, incluso "para varios autores los derechos económicos sociales y culturales son los derechos de los trabajadores, es decir, los derechos de los que corresponden a los hombres en cuanto son miembros de ese sector de la sociedad cuya existencia depende de la realización de un trabajo asalariado." (DE CASTRO CID, Benito. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos. León: Universidad de León, 1993. pág. 24).

28 Proceso de amparo iniciado por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

29 Debemos indicar que la citada sentencia parece confundir el carácter programático de una disposición constitucional con la preceptividad diferida del derecho, en tanto señala que "cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos" (Fundamento 13). En todo caso, debemos indicar que, a nuestro entender, y tal como se expone en el presente trabajo, estas últimas categorías no son coincidentes.

en el artículo 37° del CPConst., de derechos consagrados en disposiciones constitucionales calificadas tradicionalmente como programáticas, como por ejemplo el derecho al trabajo (numeral 10) y el derecho a la salud (numeral 24).

De otro lado, la exclusión del ámbito del amparo de los derechos de preceptividad diferida o aplazada también ha sido relativizada por el TC. En efecto, en la ya citada Sentencia emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, tras hacer referencia expresa al artículo 27° de la Constitución (Fundamento 11), el TC señala que "los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución" (Fundamento 12).

Más adelante, la Sentencia señala que "si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios (...) lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el Fundamento 11 y ss supra, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a él directamente vinculados, no tiene sustento directo en la fuente legal, sino justamente, en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental" (Fundamento 27).

En ese sentido, ya con anterioridad, el TC había señalado que "cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará 'adecuada protección contra el despido arbitrario', debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional" (Fundamento 12 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC).

La posición del TC se sustenta, en resumen, en la diferencia entre la creación de derechos a nivel legal y la concretización en dicho nivel de un derecho reconocido en la Constitución. En el primer caso, el derecho no tendría un sustento constitucional directo (tal como lo exige el artículo 38° del CPConst.<sup>30</sup>), mientras en el segundo sí. No cabe duda que existirán derechos reconocidos en la Constitución cuya configuración puede ser materializada en la ley, y que a su

30 "Artículo 38°.- No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo".

vez generan una serie de derechos cuyo origen es meramente legal (como sucede en el caso del derecho a la pensión, objeto de la Sentencia emitida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC). En el primer caso, el desarrollo legal formará parte del contenido constitucionalmente protegido a que hace referencia el artículo 5° del CPConst.<sup>31</sup>, en el segundo no.

Lo cierto es que, de acuerdo a todo lo señalado, el desarrollo legal de un derecho constitucional de preceptividad diferida o aplazada, como el derecho a la protección contra el despido arbitrario, no puede estar exento de un control de constitucionalidad, incluso a través de un proceso de amparo, teniendo en cuenta además su necesaria vinculación con el derecho al trabajo. Obviamente, ello tampoco perjudica la posibilidad que tiene el afectado de recurrir a los procesos ordinarios existentes.

### III. EL CARÁCTER RESIDUAL DEL PROCESO DE AMPARO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

Es probable que la novedad más importante, en nuestro ordenamiento, en materia de protección constitucional de los derechos laborales sea la consagración del amparo residual y sus consecuencias prácticas. A continuación haremos referencia a tal tema.

#### 3.1. Del modelo alternativo al modelo residual

El artículo 6°, numeral 3, de la Ley N° 23506 señalaba que las acciones de garantía, entre ellas el amparo, no procedían en aquellos casos en que "el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". Es así como la citada norma consagraba el modelo de amparo alternativo, dentro del cual es posible recurrir al proceso de amparo aún cuando exista un proceso ordinario que tenga como fin proteger el mismo derecho.

Este modelo no está exento de críticas, especialmente de aquellos que defienden el modelo residual, según el cual, el proceso de amparo sólo procede ante la falta de un proceso ordinario que proteja adecuadamente el derecho constitucional afectado. Este último modelo se basa en la naturaleza

31 "Artículo 5°.- No proceden los procesos constitucionales cuando:

1) Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos de forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

"excepcional" del amparo<sup>32</sup>, y tiene como principal fundamento la inseguridad jurídica y la ruptura del orden procesal que se produce al permitirse que, ante cualquier afectación o amenaza de un derecho constitucionalmente consagrado, y pese a existir vías "ordinarias" para su defensa, se recurra al proceso constitucional en cuestión.

Con la promulgación del CPConst., se ha reconocido en el ordenamiento peruano el modelo de amparo residual. En efecto, de acuerdo al artículo 5° (numeral 2), los procesos constitucionales sólo proceden "cuando no existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado".

#### 3.2. La determinación de la vía igualmente satisfactoria

Considerando el texto del artículo 5° del CPConst., corresponde entonces determinar cuando nos encontramos ante una vía igualmente satisfactoria. Dicha tarea consiste en "determinar si los procesos judiciales, ordinarios o especiales, resultan hábiles para proteger con eficiencia el derecho o garantía constitucional vulnerado o sí, por el contrario, es sólo el amparo la vía procesal apta para ello"<sup>33</sup>.

Al respecto, tanto la doctrina como el derecho comparado han coincidido que el citado análisis debe realizarse "caso por caso"<sup>34</sup>. En tal sentido, se ha afirmado que "... la procedencia de la tutela está condicionada a la ausencia de 'otro medio de defensa judicial'. La disponibilidad de dicho medio debe ser apreciada en cuanto a su eficacia para proteger cada caso concreto"<sup>35</sup>. Asimismo, se sostiene que "el juez tendrá que examinar en cada caso concreto si la urgencia a tutelar un derecho fundamental puede ser eficazmente cubierta por un proceso distinto al amparo"<sup>36</sup>.

De esta manera, no sólo se considera que la vía más satisfactoria debe ser determinada en cada caso en concreto, sino que, como consecuencia de ello, es el juez el encargado de resolver si procede el amparo o debe recurrirse a la vía ordinaria. En tal sentido, en el modelo residual, "corresponde a la jurisprudencia deslindar cuando es que hay una vía paralela"<sup>37</sup>.

32 SAGUÉS, Néstor. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Buenos Aires: Astrea, 1988. p.16.

33 MORELLO, Augusto M. y Carlos A. VALLEFIN. El Amparo - Régimen Procesal. Cuarta Edición. La Plata: Platense, 2000. p. 30.

34 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005. p. 153.

35 CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. "La acción de tutela colombiana". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad - Adenauer - Stiftung / CIEDLA, 1999. p. 116.

36 ABADYUPANQUI, Samuel. Op. Cit. p. 268.

37 BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las Garantías Constitucionales. Lima: GRIJLEY, 1996. p. 99.

Ahora bien, no hay un solo criterio para determinar si existe una vía igualmente satisfactoria. En todo caso, entre los más utilizados se encuentra, por ejemplo, la gravedad e irreparabilidad del daño en que podría sufrir el demandante si no recurre al amparo, criterio que ha sido determinante tanto en la jurisprudencia argentina<sup>38</sup> como en la colombiana<sup>39</sup>. Otro criterio recurrido es la situación de urgencia del demandante, según el cual, el juez debe considerar las circunstancias especiales en que puede encontrarse quien exige la protección del derecho supuestamente vulnerado<sup>40</sup>.

Un criterio que consideramos interesante y que ha sido introducido en la doctrina nacional es aquel referido al tipo de sentencia con que el demandante quiere contar<sup>41</sup>. Si el actor busca el pago de una indemnización o el pago de una deuda, es claro que, definitivamente, la vía adecuada no es el amparo, por lo que la vía ordinaria, sería la llamada a servir de vehículo para conseguir la pretensión del demandante.

La existencia de medidas cautelares en el proceso ordinario también constituye un criterio para definir la procedencia del amparo. En tal sentido, algunos autores han señalado que una adecuada regulación de medidas cautelares en un proceso común es motivo suficiente para denegar la tramitación de una demanda de amparo<sup>42</sup>. 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 a dicha vía per se 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<sup>43</sup>. En todo caso, se trata de un criterio que puede ser aplicado conjuntamente con otros elementos.

38 Aberasturi cita una sentencia de la Corte Argentina de 31 de marzo de 1982, según la cual la vía del amparo resulta excepcional, procediendo únicamente cuando no se encuentren otros medios idóneos para la protección de las garantías constitucionales, ya sea por que no existen o porque el tiempo que tomaría seguirlos podría causar un grave perjuicio (ABERASTURY, Pedro. "Derecho de Amparo - Antecedentes de la acción de amparo en la República de Argentina". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad - Adenauer - Stiftung / CIEDLA, 1999. p. 26).

39 Cepeda Espinosa hace referencia a la Sentencia T-554/98, emitida por la Corte Constitucional colombiana, según la cual el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior (CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. "La acción de tutela colombiana". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad - Adenauer - Stiftung / CIEDLA, 1999. p. 117).

40 SAGUÉS, Néstor. "El rol subsidiario de la acción de amparo". En: Prudente Iuris. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires, Mayo 1993. p. 54.

41 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA. Eloy. Op. cit. p. 153.

42 LAZZARINI, José Luis. EL Juicio de Amparo. Buenos Aires: La Ley, 1967 p. 134.

43 CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: ARA, 2004. p. 182.

De otro lado, la clara ilegitimidad o arbitrariedad del acto denunciado, también ha sido considerado como un requisito para poder acceder a la jurisdicción constitucional, y de alguna manera como un criterio para determinar si debe recurrirse a la vía ordinaria. La doctrina señala al respecto que "la ilegitimidad o arbitrariedad del acto motivo del amparo debe ser clara y manifiesta. Si de esto no se trata (...) debe llevarse el debate al proceso ordinario"<sup>44</sup>. Este tema se encuentra muy vinculado a la necesidad de una etapa probatoria para determinar si hubo violación del derecho invocado. Debe recordarse pues que, debido a su naturaleza ultra sumarísima, y a diferencia de los procesos comunes, el proceso de amparo no admite (salvo casos muy excepcionales) la actuación de medios probatorios, razón por la cual las partes únicamente pueden presentar documentos.

En consecuencia, si la arbitrariedad del acto denunciado no puede acreditarse a través de medios probatorios de esa naturaleza debe recurrirse a la vía ordinaria. Por nuestra parte, coincidimos con aquellos autores que consideran que la improcedencia del amparo como consecuencia de la necesidad de una etapa probatoria no está relacionado a su residualidad, en tanto, así no existieran una vía igualmente satisfactoria no procedería la tramitación del amparo para solucionar un conflicto que hace necesaria la actuación de medios probatorios distintos a los documentales<sup>45</sup>.

Otro factor a tener en consideración en esta materia es lo complejo o dilatado que puede resultar el proceso regulado como vía ordinaria<sup>46</sup>. Este factor resulta, por lo menos en lo que se refiere a la demora en la tramitación, sumamente discutible. En todo caso, se trata de un criterio que debe ser aplicado conjuntamente con otros elementos (por ejemplo, con la situación del demandante). El sólo hecho que un proceso resulte complejo o se presuma su demora, no puede justificar la procedencia del amparo. En ese sentido, se ha señalado que no es suficiente que el demandante estime que un trámite resulta lento, toda vez que, las demoras ordinarias en la sustanciación no tiene por qué subsanarse mediante el amparo<sup>47</sup>.

Finalmente, además de la aplicación de los criterios antes señalados y otros que puedan existir, el juez debe tener presente que, frente a la dilucidación sobre

44 LAZZARINI, José Luis. Op. cit. p. 136.

45 ABAD YUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 273.

46 Al respecto, SALGADO haciendo referencia a la jurisprudencia argentina "aunque haya un remedio hay que entender que él no protege adecuadamente el derecho o la garantía violada cuando por su complejidad o lentitud no brinda una tutela razonable inmediata" (SALGADO, Alf Joaquín. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad. Buenos Aires: ASTREA, 1987. p. 32)

47 SAGUÉS, Néstor Pedro. "El rol subsidiario...". p. 54.

la procedencia del amparo debido a la existencia de vías ordinarias, en caso de duda, debe optar por dar trámite al citado proceso constitucional. Es así como, "...de existir una `duda razonable' (...) podría ser aplicable el principio de favorabilidad - `favor processum' o 'pro actione' - y, por tanto, dar cabida al amparo"<sup>48</sup>.

### 3.3. El tratamiento del Tribunal Constitucional a la residualidad del amparo

Basado en el carácter residual del amparo, consagrado en el artículo 5º, numeral 2, del CPCConst., en la Sentencia emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, el TC ha seleccionado las materias de naturaleza laboral que pueden ser objeto de un proceso de amparo, excluyendo a otras de tal mecanismo de protección.

Al respecto, un primer tema que debe ser objeto de comentario es que la selección contenida en la Sentencia 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. Debe observarse que otros órganos supremos como la Corte Constitucional Colombiana o la Corte Suprema Argentina han colaborado en la determinación de tales criterios, pero aplicándolos a casos concretos, a fin de ir señalando una tendencia unitaria. A diferencia de ello, el TC ha aplicado algunos criterios pero de manera general, utilizándolos para calificar las materias que pueden ser conocidas en vía de amparo.

Con relación al régimen laboral privado, en el caso del despido incausado, del despido fraudulento y del despido nulo, el TC ha utilizado como criterio el resultado del proceso señalando que "en los casos en que no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición" (Fundamento 8).

Este mismo criterio es recogido también por el TC para excluir del ámbito de protección del proceso de amparo a los supuestos de impugnación de despido de trabajadores sujetos al régimen laboral público, por considerar que la vía idónea para ello "es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares" (Fundamento 21).

48 ABADYUPANQUI, Samuel. Op. cit. p. 268.

Se recoge así la postura de algunos autores en relación a que la vía ordinaria no puede ser considerada como vía igualmente satisfactoria cuando a través de ella se obtiene un resultado distinto (indemnización) que el que se obtendría mediante el amparo (reposición)<sup>49</sup>, cuya naturaleza es restitutoria<sup>50</sup>.

Puede observarse que este criterio no ha sido muy utilizado en el derecho comparado, lo que no obsta para que en un panorama como el que nos presenta el ordenamiento peruano pueda ser aplicado. Ahora resulta discutible si en este caso nos encontramos ante una vía que pueda ser calificable como "igualmente satisfactoria", o si simplemente, el único mecanismo para proteger el derecho constitucional vulnerado es el amparo. En este último caso, la aplicación del citado criterio con carácter general (y no caso por caso) habría sido correcta.

En relación al despido nulo, el TC señala además que, en los casos de despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación (Fundamento 14), la discriminación (por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole) y la condición de impedido físico o mental (Fundamento 15), siempre procede el amparo. Ello pese a que, en varios de estos supuestos, la tramitación de una demanda en la vía ordinaria tendría el mismo resultado (la reposición). Para ello ha aplicado el criterio de urgencia (Fundamento 16). A nuestro entender, tal criterio, más que cualquier otro, debe ser utilizado en cada caso concreto, y no de manera general, mediante una presunción de urgencia.

De otro lado, el TC excluye de la protección que brinda el proceso de amparo a distintas materias. En el caso de los trabajadores del sector privado dicha exclusión alcanza a la impugnación del despido que tiene por objeto un resultado distinto a la reposición, el cese de actos de hostilidad, el incumplimiento de disposiciones y normas labores de cualquier naturaleza y el pago de remuneraciones y beneficios sociales (Fundamentos 17 y 18). Asimismo, se excluye a los supuestos de cuestionamiento de la causa del despido (aún cuando lo que se solicite sea la reposición del trabajador) cuando verse sobre hechos

49 En ese sentido, Donayre Montesinos afirma que "si yo busco ante cualquier despido que considero vulnera un (o algunos) derecho(s) protegido(s) constitucionalmente que se me restituya en el empleo, y no estoy en aquellos supuestos para los que sí está prevista dicha consecuencia de seguir en el proceso ordinario laboral, indudablemente recurriré al amparo en lugar del proceso ordinario ya que sólo a través de aquél podré encontrar satisfecha mi pretensión (DONAYRE MONTESINOS, Christian. "El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional Peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005. p. 189).

50 Al respecto, Blancas Bustamante, citando a Fix Zamudio, afirma que "la naturaleza meramente resarcitoria de la medida reparadora del despido no es compatible, ni equivalente, con la naturaleza restitutoria inherente a los procesos constitucionales de protección de derechos humanos" (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional". En: Derecho & Sociedad N° 21. Lima, 2003. p. 162).

controvertidos o se requiera de la actuación de medios probatorios para determinar su calificación (Fundamento 19). En tales supuestos, el TC deriva la tramitación del reclamo al proceso laboral

En relación a los trabajadores del régimen laboral público, la exclusión resulta casi absoluta, pues a la impugnación del despido antes citada, se suman todas las pretensiones derivadas de conflictos jurídicos individuales que cuestionen la actuación administrativa sobre el personal del servicio de la administración pública y que derivan de derechos reconocidos por ley (Fundamento 23), las mismas que deben ser tramitadas en la vía del proceso contencioso administrativo.

Como excepción a las reglas de exclusión antes citadas, el TC ha señalado que, únicamente ante la imposibilidad de recurrir a la vía ordinaria, o atendiendo a la urgencia o la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que dicha vía no es la idónea para conocer su reclamo, procederá el amparo (Fundamento 20 y 24).

Desde nuestro punto de vista, estas limitaciones pueden atentar contra el derecho del afectado de recurrir al proceso de amparo cuando se vulnera 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 soluciona el presente problema al convertir la regla (análisis caso por caso) en una excepción.

Por último, debemos mencionar lo discutible que resulta la decisión del TC de otorgar la calidad de precedente vinculante inmediato a la Sentencia (Punto 3 de la Parte Resolutiva), ordenando que se declare la improcedencia de demandas de amparo en trámite al momento de su publicación, y su remisión al juez competente de la vía ordinaria. Tal situación constituiría una violación del derecho que le asiste al demandante a recurrir al proceso de amparo, cuyo sustento jurídico lo encontraríamos en los artículos 8<sup>o51</sup> y 25<sup>o52</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, que habilitaría a los afectados a recurrir a las

51 "Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

52 "Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo (...), que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, (...)

2. Los Estados Partes se comprometen: (...)

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial (...)".

instancias supranacionales correspondientes (Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos).

### 3.4. Otros asuntos vinculados a la residualidad del amparo

La Sentencia emitida en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, nos deja como temas sobre la mesa la idoneidad de los procesos calificados como vías igualmente satisfactorias y la carga de la prueba para acreditar la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria.

#### 3.4.1. Los procesos calificados como vía igualmente satisfactoria

En relación al proceso contencioso administrativo, si bien ha sido objeto de una importante reforma, que ha mejorado indudablemente su estructura, mantiene serias limitaciones en materia de política jurisdiccional, tal como la ausencia de juzgados suficientes para conocer este tipo de casos<sup>53</sup>.

En relación al proceso laboral como opción frente al amparo, el tema es aún más complicado, pues a los problemas de política jurisdiccional se suman limitaciones propias de su estructura<sup>54</sup>. Como ejemplo de ello, la Ley N° 26636 (Ley Procesal de Trabajo), que regula el proceso laboral, reconoce expresamente un número limitado de medidas cautelares (artículo 96° y siguientes), 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.

Considerando lo antes señalado, la calificación de estos procesos como opciones frente al amparo obliga a plantearnos nuevamente la necesidad de revisar la regulación correspondiente a efectos de facilitar su tramitación. Mientras ello no suceda, las circunstancias presentadas, acompañadas de otros

53 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Lima: Palestra, 2004. p. 209.

54 Al respecto, Espinosa-Saldaña Barrera afirma que "deviene en indispensable efectuar importantes modificaciones en la legislación procesal laboral, además de aumentar significativamente el número de jueces especializados en asuntos laborales, para poder así atender siquiera mínimamente los requerimientos que pronto van a plantearse" (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código... Op. cit. p. 147).

criterios, podrían ser consideradas al momento de evaluar si dichos procesos resultan ser una "vía igualmente satisfactoria".

### 3.4.2. La carga de la prueba de la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria

En la Sentencia bajo comentario, el TC ha señalado que corresponde 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" (Fundamento 6). Tal criterio ha sido también asumido para efectos de superar la presunción de improcedencia en los casos excluidos de la vía del amparo por la citada Sentencia (Fundamentos 20 y 24). En todo caso, tal situación puede resultar coherente con la calidad de requisito de procedencia atribuido a la inexistencia de una vía específica igualmente satisfactoria.

Sin perjuicio de lo antes señalado, coincidimos con aquellos autores que sostienen que "no debería exigirse (...) una prueba concluyente para tal efecto, sino prima facie"<sup>55</sup>, toda vez que "exigirle al demandante pruebas concluyentes en esta materia puede conducir en muchos casos a situaciones de indefensión o desamparo"<sup>56</sup>. En tales supuestos, la labor del juez y el principio a favor del proceso juegan un papel trascendental.

## IV. CONCLUSIONES

1. La procedencia del amparo frente a la vulneración de derechos laborales ha sido reafirmada en el ordenamiento peruano. Para dicho fin, partiendo del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el TC ha sostenido la viabilidad del amparo contra particulares. Asimismo, a nivel legislativo, con la promulgación del CPCConst., se ha armonizado el reconocimiento legal con el reconocimiento constitucional de los derechos laborales como objeto de protección del proceso de amparo.
2. La exigencia de preceptividad inmediata del derecho constitucional vulnerado como requisito para la procedencia del amparo ha sido relativizada fundamentalmente a partir de la jurisprudencia del TC, la cual se ha apartado

<sup>55</sup> DONAYRE MONTESINOS, Christian. Op cit. p. 186.

<sup>56</sup> Ibid.

de aquellos planteamientos que, de manera absoluta, descalifican tal vía en los supuestos de vulneración de disposiciones constitucionales programáticas o de derechos de preceptividad diferida o aplazada.

3. A partir del reconocimiento de un modelo residual de amparo contenido en el CPCConst., el TC ha calificado de manera general las materias de naturaleza laboral que pueden ser objeto del citado proceso. Ello resulta contrario al tratamiento caso por caso que debe recibir la determinación de la vía igualmente satisfactoria, además de limitar la utilización de criterios distintos a aquellos basados en el resultado del proceso y la urgencia de tutela.
4. El proceso contencioso administrativo y el proceso laboral, tienen problemas tanto a nivel de estructura como de política jurisdiccional. En tal sentido, su calificación como vías igualmente satisfactorias obliga a revisar nuevamente la necesidad de reformular la regulación correspondiente a efectos de facilitar su tramitación.
5. La prueba exigida al demandante sobre la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria no puede ser concluyente, sino prima facie. En esta materia la labor del juez y el principio a favor del proceso juegan un papel trascendental.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. El Proceso Constitucional de Amparo. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- ABERASTURY, Pedro. "Derecho de Amparo - Antecedentes de la acción de amparo en la República de Argentina". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad - Adenauer - Stiftung / CIEDLA, 1999.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales". En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Lima: Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, 1993.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional". En: Derecho & Sociedad N° 21. Lima, 2003.
- BOREA ODRÍA, Alberto. Evolución de las Garantías Constitucionales. Lima: GRIJLEY, 1996.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima: ARA, 2004.

- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. "La acción de tutela colombiana". En: AA.VV. La Protección Constitucional del Ciudadano. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung / CIEDLA, 1999.
- DE CASTRO CID, Benito. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos. León: Universidad de León, 1993.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "El respeto de los derechos fundamentales como límite a la autonomía privada". En: Actualidad Jurídica. Tomo 93. Lima: Gaceta Jurídica, Agosto 2001.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian. "El carácter residual del amparo en el Código Procesal Constitucional Peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005.
- ELÍAS MANTERO, Fernando. "La Acción de Amparo como Instrumento de Defensa de los Derechos Laborales". En: Revista de Actualidad Laboral. Lima, Mayo 1996.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones". En: AA.VV. Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Lima: Juristas, 2005.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Lima: Palestra, 2004.
- FERRER Mc. GREGOR, Eduardo. La acción de constitucionalidad de amparo en México y España: estudio de derecho comparado. México DF: Porrúa, 2000.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMENEZ – BLANCO. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
- GOSEPATH, Stefan. Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales. En: AAVV. Ciudadanía y derechos humanos sociales. Medellín: Instituto sindical de Cooperación al Desarrollo – Junta de Andalucía, 2001.
- GUZMÁN ÑAPURI, Christian. "La utilización el proceso de amparo para la protección de derechos laborales". En: Revista Peruana de Jurisprudencia N° 17. Lima, Julio 2002.
- LAZZARINI, José Luis. El Juicio de Amparo. Buenos Aires: La Ley, 1967.
- MORALES CORRALES, Pedro G. "Acción de Hábeas Corpus, Amparo y

- Hábeas Data en materia laboral". En: Revista Themis N° 34, Segunda Época. Lima, 1996.
- MORELLO, Augusto M. y Carlos A. VALLEFIN. El Amparo – Régimen Procesal. Cuarta Edición. La Plata: Platense, 2000.
- NEVES MUJICA, Javier. "Libertad de trabajo, derecho de trabajo y estabilidad en el trabajo". En: Asesoría Laboral. Lima, Mayo 2002.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El trabajo en la Constitución". En: Revista Ius et Veritas, N° 7. Lima, 1993.
- SAGUÉS, Néstor. Derecho procesal constitucional. Acción de amparo. Buenos Aires: Astrea, 1988.
- SAGUÉS, Néstor. "El rol subsidiario de la acción de amparo". En: Prudente Iuris. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires, Mayo 1993.
- SALGADO, Alí Joaquín. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad. Buenos Aires: ASTREA, 1987.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Estabilidad Laboral y Acción de Amparo". En: Derecho & Sociedad. N° 13. Lima, 1998.