



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR PÚBLICO BAJO EL RÉGIMEN PRIVADO PREVIAMENTE REPUESTO POR SENTENCIA JUDICIAL ¿SE VULNERA LA COSA JUZGADA CON LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE HUATUCO?

Ana Rodriguez-Ramos

Piura, Octubre de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Rodriguez, A. (2017). *El despido de un trabajador público bajo el régimen privado previamente repuesto por sentencia judicial ¿Se vulnera la cosa juzgada con la aplicación del precedente Huatuco?* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Piura. Perú.

EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR PÚBLICO BAJO EL RÉGIMEN PRIVADO PREVIAMENTE
REPUESTO POR SENTENCIA JUDICIAL ¿SE VULNERA LA COSA JUZGADA CON LA APLICACIÓN DEL
PRECEDENTE HUATUCO?



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

ANA ANGÉLICA RODRIGUEZ RAMOS

**EL DESPIDO DE UN TRABAJADOR PÚBLICO BAJO EL
RÉGIMEN PRIVADO PREVIAMENTE REPUESTO POR
SENTENCIA JUDICIAL**

**¿SE VULNERA LA COSA JUZGADA CON LA APLICACIÓN DEL
PRECEDENTE HUATUCO?**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado.

2017

APROBACIÓN

Tesis titulada “*El despido de un trabajador público bajo el régimen privado previamente repuesto por sentencia judicial ¿Se vulnera la cosa juzgada con la aplicación del precedente Huatuco?*”, presentada por la bachiller Ana Angélica Rodríguez Ramos en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Luis Castillo Córdova.

Director de Tesis

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
 CAPITULO PRIMERO: LOS PRECEDENTES VINCULANTES.....	5
1. Consideraciones preliminares	5
2. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución	7
3. Importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	12
A. La <i>ratio decidendi</i> y el <i>obiter dicta</i> de las sentencias constitucionales	14
4. Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.....	16
A. Concepto.....	16
B. Regulación del precedente vinculante en el Código Procesal Constitucional	17
C. Precedente vinculante como <i>ratio decidendi</i>	19
D. Justificación de la existencia de los precedentes vinculantes	21
5. Diferencia entre jurisprudencia y precedente vinculante.....	23
6. ¿Es posible apartarse de los precedentes vinculantes? La técnica del <i>overruling</i> o cambio de precedente.....	25
 CAPÍTULO SEGUNDO: LA COSA JUZGADA	29
1. Antecedentes	29
2. Concepto	30
3. Regulación de la cosa juzgada en nuestro ordenando.....	34
4. La cosa juzgada formal y material	37
5. La triple identidad de la cosa juzgada.....	40
A. Excepción de cosa juzgada como medio de defensa	42

6.	¿Cuál es su fundamento? El principio de la seguridad jurídica y su relación con la cosa juzgada.....	43
----	--	----

CAPÍTULO TERCERO: APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

HUATUCO Y LA COSA JUZGADA47

1.	El Precedente Huatuco como antecedente.....	47
2.	Regímenes laborales	50
3.	La protección frente al despido arbitrario.....	52
	A. La protección frente al despido arbitrario en nuestro ordenamiento.....	52
	B. El Tribunal Constitucional frente al despido arbitrario.....	57
	C. Constitucionalidad de la norma N°18 del precedente Huatuco	60
4.	La cosa juzgada y el precedente Huatuco.....	63

CONCLUSIONES.....71

BIBLIOGRAFÍA.....75

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, en los precedentes vinculantes contenidos en el Exp. N° 05057–2013–PA/TC de fecha 16 de abril de 2015, creó normas jurídicas. Una de ellas, es la contenida en el fundamento jurídico 18 en el que se señala que, ante la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado si es que el trabajador no ingresó a través de un concurso público de méritos. Dicha norma fue modificada por otra contenida en el Exp. N° 6681–2013–PA/TC, en el que se señaló como requisito adicional para que proceda la reposición, que la plaza presupuestada a la cual haya accedido el trabajador por concurso público forme parte de la carrera administrativa. Por lo que, en caso el trabajador no haya ingresado por concurso público de méritos a una plaza presupuestada y vacante que forme parte de la carrera administrativa, solo tendrá derecho al pago de la indemnización contenida en el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 728, siendo que esta es la adecuada protección contra el despido arbitrario que estipula el artículo 27 de la Constitución.

Ahora bien, con la emisión del mencionado precedente vinculante “Huatuco”, se han suscitado en la realidad diversos supuestos de hecho, en donde es necesario determinar si es que se debe o no aplicar dicho precedente. Uno de ellos, el que va a ser objeto de análisis en esta tesis, es el caso de trabajadores públicos que fueron repuestos por sentencia judicial firme bajo un contrato a plazo indeterminado, al haberse establecido la desnaturalización de su contrato, pero que después de la vigencia del precedente vinculante “Huatuco”, se les ha cursado nuevamente cartas de despido, encontrándose frente a la pregunta de si lo

que corresponde es la reposición en virtud de la primera sentencia, o la indemnización debido a que ya se encontraba vigente el precedente “Huatuco”. A resolver este cuestionamiento se dirige la presente investigación. Para tal propósito, el trabajo se ha organizado de la siguiente manera.

En el primer capítulo de la tesis se estudiará el tema de los precedentes vinculantes, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico y como fuente del derecho; al Tribunal Constitucional, como órgano creador de los mismos; además, dar respuesta a la pregunta de si es posible apartarse de los precedentes vinculantes, lo que nos ayudará a analizar la naturaleza del precedente Huatuco y a cuáles supuestos de hecho se debe o no aplicar, atendiendo a las circunstancias que se están suscitando en el contexto actual después de su emisión.

El segundo capítulo versará sobre el tema de la cosa juzgada. Se estudiará el concepto, presupuestos, fundamentos y su relación con el principio de seguridad jurídica, a fin de determinar si se llega a vulnerar el principio de cosa juzgada de corresponder la aplicación del precedente “Huatuco”, frente a un segundo despido, en el caso de los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado, cuya condición a plazo indeterminado ya haya sido reconocida en una sentencia judicial firme.

El tercer capítulo se ocupará de desarrollar los regímenes laborales –tanto públicos como privados– y la protección por la que nuestro ordenamiento ha optado frente al despido arbitrario, haciéndose también mención concretamente a la norma jurídica sobre la estabilidad laboral de los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado, la misma que fue creada por el Tribunal Constitucional en el precedente Huatuco. Se responderá así a la siguiente interrogante: ¿Se vulnera la cosa juzgada si se aplica el precedente Huatuco al caso de un trabajador cuya estabilidad laboral ya ha sido reconocida judicialmente?

Ante esta incógnita, es posible adoptar dos posturas. La primera de ellas es que sí se vulnera la institución jurídica de la cosa juzgada, porque la condición de trabajador a plazo indeterminado ha sido reconocida en una sentencia judicial firme y consentida, por lo que se deben respetar los términos de dicha resolución. En tal sentido, correspondería la reposición del trabajador.

La segunda se refiere a que es posible alegar que dicho despido constituye un hecho nuevo, el mismo que ha ocurrido cuando ya se había emitido el precedente Huatuco, en donde se ha puntualizado que la protección frente al despido arbitrario al que se refiere el artículo 27 de la Constitución, es la indemnización y no la reposición en los casos en que el trabajador no haya ingresado a laborar por concurso público para plaza vacante y presupuestada que forma parte de la carrera administrativa. Por ende, no podría hablarse de la vulneración al principio de la calidad de cosa juzgada. Así, en este capítulo, se analizará cada una de estas dos posturas, para finalmente adoptar una de ellas.

Se cierra esta investigación con la presentación de las principales conclusiones a las que es posible arribar como consecuencia del estudio y análisis realizado a la largo de este trabajo de investigación.

CAPITULO PRIMERO

LOS PRECEDENTES VINCULANTES

1. Consideraciones preliminares

Antes de desarrollar el tema concerniente a este capítulo, considero necesario hacer referencia al concepto de persona humana y su dignidad, que constituye el fundamento de nuestro ordenamiento jurídico, como también de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional; tal es así que el artículo 1 de la Constitución establece que: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*"

Según el profesor Castillo Córdova¹, la persona humana es una unidad ontológica, lo que significa que el ser de la persona humana es una realidad que a pesar de su diversidad y complejidad, no es un ente incoherente ni mucho menos contradictorio en su esencia. La radical y esencial unidad de la persona humana desencadena al menos las siguientes dos consecuencias. La primera es que el concepto de persona del cual parte el Derecho deberá ser siempre un concepto completo, que abarque todas las dimensiones en las que puede manifestarse la naturaleza humana. Una antropología incompleta es un mal punto de partida para el Derecho. La persona humana no es solamente cuerpo o

¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2008) "Fundamentación filosófica de los derechos humanos. La persona como inicio y fin del derecho". En. CÁCERES, J. *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional* Arequipa. Editorial Adrus. (265–286). [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1918/Fundamentacion_filosofica_derechos_humanos.pdf?sequence=1. p. 4.

espíritu, individuo o sociedad, ella es siempre esas cuatro realidades juntas y simultáneas. La segunda consecuencia es que a pesar de esta compleja fisonomía de la naturaleza humana, los distintos ámbitos de realización se encuentran siempre en una situación de armonioso complemento.

Desde una perspectiva jurídica, la persona humana puede ser definida como depositaria de una dignidad, significa sus derechos fundamentales (o derechos humanos); es así que el respeto y favorecimiento de estos derechos son considerados la base y fundamento de muchas realidades necesarias para la existencia del género humano².

En esta línea podemos decir que los derechos humanos son "el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana, en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propias y efectivamente humanas"³. Éstos derechos humanos una vez que son recogidos en la Constitución, pasan a ser denominados derechos fundamentales.

Martínez Pujalte, ha definido al derecho fundamental como "el ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que le otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consistente al menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la acción de los poderes públicos –especialmente el legislador–, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido judicialmente"⁴.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que: "El concepto de derechos fundamentales comprende 'tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de

² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2008) *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Grijley, Lima, p. 5.

³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Fundamentación filosófica de los derechos humanos. La persona como inicio y fin del derecho". Ob. cit., p. 6.

⁴ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. (2010) *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría General e implicaciones prácticas*. Palestra Editores, Lima, pp. 68–69.

autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.' (...). Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio–derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)"⁵.

2. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución

Como se ha señalado precedentemente, la Constitución recoge los derechos fundamentales de las personas, por tanto, podemos inferir, en palabras de Castillo Córdova, que nos encontramos ante un medio para realizar, en la mayor medida de lo posible, la consecución de un fin: la plena realización de la persona a través del pleno cumplimiento de sus derechos fundamentales. De esta forma, la persona no solo es inicio del Derecho (de los derechos humanos), sino también su fin⁶.

La Constitución, dentro de un modelo neo constitucionalista, puede definirse como una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder político y los particulares. Esta norma jurídica es la base del entero ordenamiento jurídico del Estado, de modo que se convierte en la norma suprema situada por encima del resto de normas⁷; lo que implica que todos los órganos del Estado deben someterse a su actuación; y que las normas infra constitucionales son válidas en cuanto se mantengan dentro de los márgenes establecidos en

⁵ EXP. N° 1417–2005–AA/TC, del 08 de julio de 2005, F.J. 11–12.

⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2012) "La Constitución como objeto de control constitucional", en *Gaceta Constitucional*, Lima, p. 275.

⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2008) "La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional". En CASTILLO, José Luis y CASTILLO, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, ARA Editores (175–233) [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1920/Jurisprudencia_vinculante_Tribunal_Constitucional.pdf?sequence=3; p. 4.

ella; por lo que podemos afirmar que constituye fuente y fundamento de las demás normas jurídicas. Es así que el artículo 51 de la Constitución de 1993 señala: *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.”*

La Constitución está compuesta por un doble contenido: uno material y otro formal. El contenido material está conformado por los derechos fundamentales, principios y valores en torno a los cuales gira nuestra Constitución, los cuales norman al estar recogidos en normas abiertas. Mientras que el contenido formal, es el que regula la existencia, organización y desenvolvimiento del poder público. Ambos contenidos, al estar regulados de forma abstracta como todos los que se encuentran en la Constitución, necesitan ser interpretados y concretados. Asimismo, es de verse que las disposiciones constitucionales tiene un ámbito normativo que está conformado por normas directamente estatuidas y por normas adscriptas a estas, las cuales son producto de la interpretación constitucional.

Con relación a las **normas directamente estatuidas**, Castillo Córdova⁸ señala que son aquellas que se formulan directamente a partir del texto de las disposiciones consideradas como integrantes de una unidad. Señala que ello implica al menos dos criterios de interpretación: el literal y el sistemático. El primero de ellos es cuando de la disposición o disposiciones solo es posible concluir un significado jurídico, o más de un significado que son complementarios pero no opuestos entre sí. El segundo, es aquel en el que desde la literalidad de una disposición es posible sostener al menos dos significados jurídicos que son contrapuestos entre sí, lo que implica que se debe escoger solo uno de ellos.

En cuanto a las **normas constitucionales adscriptas a una norma constitucional directamente estatuida**, el mismo profesor indica que se tratan de concreciones de la norma directamente estatuida –que necesariamente tendrán la naturaleza jurídica del objeto concretado, es decir el ser norma de rango constitucional–, ya que estas por lo general poseen una estructura abierta e indeterminada que requiere ser especificada para operar efectivamente. Sin embargo, es importante

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2015) *"Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional"*, en *Gaceta Jurídica*, pp. 17–23.

señalar que las normas constitucionales adscriptas si bien son concreciones, no son el mero reconocimiento de una norma preexistente, sino que han de ser tenidas como verdaderas creaciones jurídicas, pues antes de su formulación no existían en el mundo jurídico.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce al Tribunal Constitucional la calidad de supremo intérprete y supremo controlador de la Constitución, la justificación la encontramos en su artículo 201, el cual dispone que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”. “Un controlador para ser efectivamente tal necesita la posibilidad real de enfrentar con éxito el potencial descontrol de los actos públicos o privados. (...), entonces será pacífico admitir que necesariamente el controlador necesita una *energía correctora*, la cual precisamente le permitirá corregir el descontrol^{9,10}; dicha energía correctora está compuesta por las atribuciones que se le han reservado al Tribunal Constitucional en el artículo 202.

Junto al Tribunal Constitucional, están los jueces del Poder Judicial, quienes también gozan de esta energía correctora; sin embargo, en comparación con las atribuciones del Tribunal Constitucional, se trata de una energía correctora de menor intensidad, razón por la que solo le corresponde al Tribunal Constitucional la calidad de supremo controlador de la constitucionalidad.

Ahora bien, ser controlador de la constitucionalidad exige necesariamente tener un parámetro respecto del cual realizar el control, y en este caso, tal parámetro es nuestra Constitución. Esta, como lo hemos visto, está compuesta en su mayoría por disposiciones abiertas, las cuales al ser concretadas por el Tribunal Constitucional dan lugar a la creación de normas constitucionales adscriptas a una norma constitucional directamente estatuida; ejerciendo de esta forma el Tribunal Constitucional la labor de supremo intérprete de la Constitución.

⁹ “Una definición básica de ‘descontrol’ es la siguiente: una situación tal en la que una determinada realidad que, debiendo sujetarse a las determinaciones de una concreta fuerza, se aleja de ella y actúa al margen o de manera contraria a lo que por tal fuerza viene exigiendo o determinando.” CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Constitución como objeto de control constitucional”. Ob. cit., p. 274.

¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2011) “Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional* N° 37, p. 24.

Por tanto, estas dos atribuciones, tanto la de supremo intérprete como la de supremo contralor de la Constitución están estrechamente relacionadas, y es que “al órgano que se le haya encargado la defensa de la constitucionalidad de la Constitución, necesariamente se le ha atribuido la función de interpretar vinculantemente a la Constitución de modo supremo, desde que no es posible realizar control de constitucionalidad sin interpretación vinculante de la Constitución.”¹¹ Ambas facultades están reconocidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal, Ley N° 28301, el cual dispone que: “*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (...)*”. Por tanto, podemos afirmar que “el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (Artículo 201) y, por ende, supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo.”¹²

En esta línea, el tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional señala: “*(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*”. Además, es de verse que de acuerdo con lo establecido en el artículo VII del mismo cuerpo legal, el Tribunal Constitucional puede plasmar normas adscriptas producto de la interpretación de una norma directamente estatuida en sentencias declaradas precedentes vinculantes, siendo necesario recalcar que, como desarrollaremos más adelante, no todas las normas adscriptas constituyen precedentes vinculantes.

De lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que las interpretaciones que de la Constitución realice el Tribunal Constitucional son verdaderas normas; y es que, “cuando el Tribunal Constitucional interpreta una disposición constitucional, lo hace vinculantemente y además de modo supremo. Tal interpretación permite ser reconocida como una norma que es concreción inmediata de la norma directamente estatuida por el Constituyente, es decir, permite ser reconocida como una norma constitucional adscripta. Desde aquí es posible sostener que toda interpretación que de la Constitución formule el Tribunal Constitucional, es una norma, la cual tendrá el rango de la norma directamente

¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*, Ob. cit., p. 23.

¹² EXP. N° 0030-2005-PI/TC, del 02 de febrero de 2006, F.J. 46.

concretada a la cual se adscribe y existe adherida a ella.”¹³

Asimismo, es de precisar que las interpretaciones que realice el Tribunal Constitucional si bien serán formalmente constitucionales – norma constitucional adscripta–, pueden no serlo materialmente; y ello dependerá de que dichas interpretaciones tengan sustento en la Constitución, y en el respeto a la dignidad de la persona humana, contribuyendo de esta manera a su perfeccionamiento.

El Tribunal Constitucional no es el único intérprete de la Constitución; todos podemos interpretarla, pero no todos podremos hacerlo de modo vinculante. Sí lo hará, por ejemplo, el legislador al aprobar una norma que es una concreción de la Constitución (norma constitucional directamente estatuida); también lo hará el juez ordinario en todos los procesos en los que haya un asunto de relevancia Constitucional, y lo hace para poder concretizar la norma al supuesto planteado y a su vez corroborar que ninguna norma infra constitucional la vulnere.

Por tanto, si bien los preceptos constitucionales pueden ser interpretados por diversidad de sujetos, son los jueces, el legislador y el Tribunal Constitucional quienes pueden hacerlo de modo vinculante.¹⁴ Pero sin embargo, a pesar que todos ellos interpretan de modo vinculante la Constitución, solo es el Tribunal Constitucional quien cuenta con una posición preferente respecto a la interpretación que puedan formular los jueces del Poder Judicial¹⁵, posicionándolo así como supremo intérprete de la Constitución.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2014). “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”, en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* N° 77, pp. 28–29.

¹⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., p. 22.

¹⁵ CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. (2008) *El precedente judicial y el precedente constitucional*, en ARA Editores, Lima, p. 181.

3. Importancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Roger Rodríguez señala que la jurisprudencia constitucional es “una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y Tribunales de la República”¹⁶.

En este mismo sentido, Sáenz Dávalos refiere que la jurisprudencia constitucional está constituida por aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal Constitucional, cuyo reconocimiento generalmente suele evidenciarse tras su reiteración en un número indeterminado de casos.¹⁷

De acuerdo a estas definiciones y al criterio de Castillo Alva, quien afirma que “la jurisprudencia es la doctrina *reiterada* establecida por la Corte Suprema al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”¹⁸, se muestra como un factor característico de la jurisprudencia la necesidad de reiteración en las resoluciones, lo cual da a entender que una sentencia del Tribunal Constitucional por muy justa y bien fundamentada que esté, mientras se quede en solo un único caso particular no puede llegar a ser considerada jurisprudencia, lo cual como desarrollaré en este apartado, es erróneo.

El valor de la jurisprudencia no puede descansar en la reiteración de las sentencias constitucionales, pues eso es irrelevante. Debemos tener presente lo que se viene desarrollando hasta el momento, y es que la Constitución es un conjunto de valores generales y abiertos; los cuales, al ser interpretados y concretados en cada caso por el Tribunal Constitucional, dan lugar a normas constitucionales adscriptas a una norma constitucional directamente estatuidas. Mediante esta labor el Tribunal Constitucional, que es quién cuenta con la interpretación

¹⁶ RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. (2007). “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra, Lima, p. 59.

¹⁷ SAENZ DAVALOS, Luis R. (2014) “Aplicación del Código Procesal Constitucional a diez años de su vigencia. El camino del precedente constitucional vinculante”, en *Gaceta Jurídica* Tomo 83, Lima, p. 41.

¹⁸ CASTILLO ALVA, Jose Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ob. cit., pp. 18–24.

preferente de la Constitución, manifiesta su labor de control y vigilancia de la Constitución.

Así, la jurisprudencia puede ser definida como el “conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la súperlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad”¹⁹, a las cuales ha llegado en su labor de garante y supremo intérprete de la norma constitucional.

Castillo Córdova reconoce tres razones en las que descansa el valor y la vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento: la primera, es la posición preferente de interpretación que ostenta el Tribunal Constitucional, la cual nos lleva necesariamente a reconocer una vinculación frente a las interpretaciones que de la Constitución realice; la segunda, es la necesidad de certeza, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, pues de lo contrario podríamos llegar a tener tantos significados como jueces hayan; y la tercera razón, es que es posible concluir una *regla de decisión* de toda sentencia en la que el Tribunal Constitucional resuelva una controversia, permitiendo aplicar esta regla a todos los futuros casos en los que concurran las características que los hagan sustancialmente semejantes. Sin embargo, cabe resaltar que si bien todas las sentencias constitucionales vinculan, el grado podrá variar entre fuerte o absoluta y débil o relativa. Será fuerte cuando los operadores jurídicos no puedan actuar al margen de la interpretación que el Tribunal Constitucional formule, estando obligados a seguirla; y será débil, cuando se permita un apartamiento, pero solo siempre y cuando haya de por medio un procedimiento argumentativo que lo justifique.²⁰

Queda demostrado entonces que no hay necesidad de reiteración para que las sentencias constitucionales cobren importancia y vinculen, ya que estas siempre surtirán efectos desde un primer momento de modo efectivo.

¹⁹ EXP. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección fundamentos, subtítulo “La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante.

²⁰ CASTILLO ALVA, Jose Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ob. cit., pp. 181-184.

A. La *ratio decidendi* y el *obiter dicta* de las sentencias constitucionales

Las sentencias constitucionales que emite el Tribunal Constitucional poseen en su estructura interna decisiones, las cuales constan de dos partes, la primera es el fallo que contiene la decisión de la demanda, y la segunda son los fundamentos jurídicos de esta, donde se encuentran los criterios de interpretación realizados por el supremo intérprete; los que a su vez se dividen en *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Diferenciarlos y reconocer su importancia es necesario, pues tienen relación directa con la naturaleza vinculante que ostentan las sentencias constitucionales.

El Tribunal Constitucional define a la *ratio decidendi* o “razón suficiente” como aquella parte de la sentencia constitucional que “expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*”.²¹

Los *obiter dicta*, o llamados también por el Tribunal Constitucional “razón subsidiaria o accidental”, son definidos como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan”.²² Por tanto, podemos concluir que la vinculación de los poderes públicos y de los particulares a los fundamentos del fallo de una sentencia, alcanza primero y con más intensidad a la *ratio decidendi* o razones suficientes, antes que a los *obiter dicta* o razones subsidiarias.

²¹ EXP. N° 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección Fundamentos, subtítulo “Las sentencias en materia constitucional”.

²² *Ibidem*.

Después de lo expuesto parecería lógico afirmar, que al ser el Tribunal Constitucional quien emite las sentencias constitucionales, será el único encargado de diferenciar los fundamentos, sin embargo esto no siempre es así. Podemos estar ante dos opciones, o el Tribunal Constitucional se ha pronunciado realizando la diferenciación –mediante los precedentes vinculantes, punto que se desarrollará más adelante–, o no se ha pronunciado al respecto. Ante esta segunda opción, les corresponde a los operadores jurídicos la labor de diferenciación, y es que la sentencia una vez emitida adquiere independencia y autonomía, correspondiéndoles a ellos la interpretación y aplicación. Aquí, la diferenciación la realizan en base a un criterio objetivo, que es la intensidad de la relación entre las razones a ser calificadas de necesarias o accesorias con la decisión contenida en el fallo de la sentencia constitucional²³, evitándose así cualquier problema de discrecionalidad.

Es importante señalar que si bien la vinculación y obligatoriedad alcanza primero y con mayor intensidad a la *ratio decidendi* –vinculación absoluta–, lo cual significa que los operadores jurídicos deberán de conducirse según sus interpretaciones; eso no implica que se deba seguir dicho criterio a toda costa, ya que al afirmar esto estaríamos condenando al juez a aplicar siempre un mismo criterio jurisprudencial al margen de la circunstancia concreta expuesta ante él. No debemos pasar por alto el hecho de que los jueces tienen reconocida la capacidad de examinar las circunstancias del caso que se llevan ante él, a fin de determinar si se debe o no aplicar la *ratio decidendi*.

En el caso de los *obiter dicta* o razones subsidiarias, al tener una naturaleza puramente orientativa o persuasiva²⁴, el operador

²³ CASTILLO ALVA, Jose Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ob.cit., p. 197.

²⁴ Bien dice el Tribunal Constitucional que “Dicho ‘vigor convincente’, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional”. EXP. N° 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección Las sentencias en materia constitucional.

jurídico tiene la facultad de discutir su contenido – vinculación relativa–, de lo contrario no tendría más opción que seguirlo, convirtiéndose la persuasión en obligación, y la orientación en vinculación necesaria.

Por tanto, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta* no ostentan el mismo grado de vinculación, ya que “a diferencia de lo que ocurre con la *ratio decidendi* en la que el juez se vinculaba necesariamente al criterio interpretativo de modo que no podía discutirlo, (...) en el caso del *obiter dicta* el juez podrá cuestionar la interpretación contenida y alejarse de ella”.²⁵

4. Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional

A. Concepto

El Tribunal Constitucional ha reconocido para sí mismo dos funciones básicas: “por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros”.²⁶

El precedente vinculante en términos generales se define como “una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial. Estas reglas no solo asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante), sino que su reconocimiento nace a la luz de un caso concreto que es el que normalmente les otorga soporte, no solo en atención a sus particularidades sino y por sobre todo, en atención a su trascendencia”.²⁷

²⁵ CASTILLO ALVA, Jose Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ob. cit., p. 191.

²⁶ EXP. N° 3741–2004–AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, F.J. 36.

²⁷ SAENZ DAVALOS, Luis R. "Aplicación del Código Procesal Constitucional a diez años de su vigencia. El camino del precedente constitucional vinculante". Ob. cit., p. 26.

Por su parte, el Tribunal Constitucional define al precedente constitucional vinculante como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”²⁸. Asimismo, ha señalado que “la naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.²⁹

Así, si bien la decisión resolverá una controversia en unas circunstancias concretas y por ello estará llamado solo a afectar a las partes del proceso, el Tribunal Constitucional podrá dar valor general (con efectos *erga omnes*) a los fundamentos de la sentencia siempre que los formule como precedentes vinculantes, de modo que el juez se vincule a estos como si se vinculase a la Constitución misma. En este sentido, “el precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”³⁰.

B. Regulación del precedente vinculante en el Código Procesal Constitucional

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante encuentra su sustento en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual establece lo siguiente: “*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el*

²⁸ EXP. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección Fundamentos, subtítulo “La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante”.

²⁹ EXP. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección Fundamentos, subtítulo “Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante”.

³⁰ EXP. N° 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección Fundamentos, subtítulo “La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante”.

extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresa los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparte del precedente”.

De este dispositivo legal podemos extraer cuatro consideraciones principales: la primera es que el Tribunal Constitucional es el único que genera precedente vinculantes, dado que es el supremo intérprete de la Constitución; la segunda es que se debe dar de forma objetiva y expresa, pues es el propio Tribunal Constitucional quien debe precisarlo expresamente en sus sentencias; la tercera es que el precedente vinculante siempre debe precisar sus efectos normativos, los cuales serán desde su puesta en vigencia (estos no podrían ser retroactivos y disminuir la protección de derechos fundamentales, ya que más que favorecer, implicaría una perversión al ordenamiento que tanto busca proteger el mismo Tribunal); y finalmente la cuarta, es que el precedente vinculante puede ser cambiado o dejado sin efecto por el Tribunal, siempre que motive su decisión.³¹

Ahora bien, con relación al establecimiento de un precedente vinculante, el Tribunal Constitucional considera cinco presupuestos, los cuales son:³²

- a) Cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

³¹ SAENZ DAVALOS, Luis R. “Aplicación del Código Procesal Constitucional a diez años de su vigencia. El camino del precedente constitucional vinculante”. Ob. cit., pp. 30–37.

³² EXP. N° 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2015. Sección Fundamentos, subtitulado “Los presupuesto básicos para el establecimiento de un precedente vinculante”.

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

Sáenz Dávalos incluye un presupuesto más, y se presenta en aquellos casos en los que se aprecia que una conducta individualmente considerada como inconstitucional, termina afectando a un número bastante amplio de personas, y para evitar emitir un número indeterminado de sentencias repetitivas, el Tribunal Constitucional opta por la generación de un precedente vinculante.³³

Por tanto como es de verse, el Código Procesal Constitucional ha delimitado el órgano creador de precedentes vinculantes, estableciendo también la forma de cómo éstos se deben generar, y los presupuestos que son necesarios cumplir para ello.

C. Precedente vinculante como *ratio decidendi*

Como se ha mencionado, en la sentencia constitucional podemos identificar dos partes, el fallo y los fundamentos del fallo (interpretación); dentro de los fundamentos del fallo están las razones suficientes, también denominadas *ratio decidendi*; y las razones subsidiarias o llamadas también *obiter dicta*.

Como se apuntó antes, la razón suficiente, o *ratio decidendi* es definida por el Tribunal Constitucional, como aquella consideración determinante para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional, esta “puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.”³⁴ Entonces podemos decir que la *ratio decidendi* es la base de la decisión, la cual debe ser aplicada por los jueces ante otras situaciones similares. También, el Tribunal define a la

³³ SAENZ DAVALOS, Luis R. “Aplicación del Código Procesal Constitucional a diez años de su vigencia. El camino del precedente constitucional vinculante”. Ob. cit., pp. 37–39.

³⁴ EXP. N° 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección Fundamentos, subtítulo “Las sentencias en materia constitucional”.

razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*) como “aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias, que no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas”.³⁵

Habiendo mostrado las definiciones y principales características de cada uno de los tipos de fundamentos previos al fallo, considero conveniente detenerme a desarrollar las razones por las que es la *ratio decidendi* y no los *obiter dicta* de las sentencias constitucionales, los fundamentos que se constituyen como precedente vinculante por el Tribunal.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional al establecer que “Las sentencias de Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante *cuando así lo exprese la sentencia(...)*”, parecería dejarle al Tribunal Constitucional una gran discreción para elegir dentro de sus fundamentos cuáles serán las razones suficientes y cuáles las subsidiarias sobre las que formula el precedente; sin embargo, como lo señala Castillo Córdova, el Tribunal Constitucional se ha decantado por una interpretación restrictiva, por la cual los precedentes solo pueden formularse desde las razones suficientes (*ratio decidendi*) y no desde las razones subsidiarias (*obiter dicta*)³⁶ porque a través de la *ratio decidendi*, el Tribunal Constitucional formula una interpretación o concreción normativa del contenido de la Constitución, la cual luego aplicará para resolver el caso concreto, de modo que sin una tal interpretación o concreción no se podrá entender el fallo (concepto de *ratio decidendi*). Por tanto, aunque de forma expresa en su artículo no especifique que fundamentos pueden considerarse normativos, solo lo serán los fundamentos jurídicos que recojan las interpretaciones que de la Constitución ha realizado el Tribunal.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. “El precedente judicial y el precedente constitucional”. Ob. cit., pp. 212–213.

Esto queda reforzado y confirmado cuando el mismo Tribunal afirma que una de las condiciones que sustenta el uso del precedente vinculante es la existencia de una relación entre el caso y el precedente, con lo cual podemos concluir que los precedentes vinculantes solo se pueden formular de las razones directamente relacionadas con el fallo, es decir, de las *ratio decidendi*.

Para finalizar, es necesario mencionar que las *obiter dictum* si bien están compuestas por razones subsidiarias, estas no necesariamente contienen una argumentación irrelevante; puede ser una interpretación relevante pero no necesaria para la resolución del caso en concreto. Tal interpretación incluso puede llegar a conformar una norma constitucional adscripta, aunque finalmente no se emplee para la solución del caso respecto de la cual se formula.

Por tanto, podemos concluir que la vinculación de los poderes públicos y de los particulares a los fundamentos del fallo de una sentencia, alcanza primero y con más intensidad a la *ratio decidendi* o razones suficientes, antes que a los *obiter dicta* o razones subsidiarias.

D. Justificación de la existencia de los precedentes vinculantes

Puede parecer extraño, pero es posible llegar a cuestionar la necesidad de contar realmente con precedentes vinculantes; y es que como se ha venido desarrollando, la *ratio decidendi* o razones suficientes de los fundamentos del fallo de una sentencia poseen una vinculación y obligatoriedad que alcanza primero y con mayor intensidad –vinculación absoluta– a los poderes públicos y particulares respecto de los *obiter dicta* o razones subsidiarias, lo que significa que los operadores jurídicos deberán de conducirse según esas interpretaciones.

Igual sucede con los precedentes vinculantes, que son una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial, las cuales asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante). En ambos casos es del Tribunal Constitucional de quien emanan las interpretaciones jurídicas de la

Constitución, razón por la que están dotadas de gran vinculación y obligatoriedad. Por tanto, podría llegar a parecer vana la distinción entre una *ratio decidendi* declarada precedente vinculante y una *ratio decidendi* no declarada precedente vinculante.

El Tribunal Constitucional al emitir sus sentencias, no en todos los casos realiza la diferenciación de fundamentos entre *ratio decidendi* u *obiter dicta*, cuando no lo hace, esta labor corresponde a los operadores jurídicos, y serán ellos quienes en base a un criterio objetivo deban determinar cuáles de las razones conforman los fundamentos que son *ratio decidendi* y cuáles no; pero cuando no son los jueces, sino el propio Tribunal Constitucional quien lo realiza, lo hace por medio de los precedentes vinculantes.

Por tanto, como menciona Castillo Córdova, es posible argumentar que al ser declarada como precedente vinculante la razón suficiente de una sentencia constitucional se generan dos consecuencias. La primera es que cuando el operador jurídico conozca de un caso semejante al que dio origen al precedente, en el momento que determine cuáles son los fundamentos suficientes y fundamentos subsidiarios, si bien puede encontrar otras razones suficientes, deberá necesariamente considerar como razones suficientes aquellas que ya fueron declaradas como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional. La segunda consecuencia de declarar una razón suficiente como precedente vinculante es que necesariamente será una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos, consecuencia no necesaria en las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculante en una sentencia constitucional; esto último permite ir con claridad y seguridad más allá de los efectos inter partes propios de una sentencia, ya que se les atribuye la eficacia *erga omnes* aunque inicialmente tuviese solo una *inter partes*.³⁷

³⁷ *Idem.*, pp. 216–217.

5. Diferencia entre jurisprudencia y precedente vinculante

De lo expuesto hasta el momento podemos afirmar que la jurisprudencia vinculante y el precedentes vinculante poseen “una relación propia del todo a la parte: la jurisprudencia vinculante es el conjunto de normas constitucionales adscriptas creadas por el TC; los precedentes vinculantes son esa parte de normas constitucionales adscriptas creadas por el TC, a la cual se le ha revestido de un ropaje especial meramente formal e irrelevante a la hora de definir su esencia normativa”.³⁸

No obstante del reconocimiento de esta relación, el Tribunal Constitucional considera que “la incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Organiza del Tribunal Constitucional, N°. 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican leyes y reglamentos conforme las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”.³⁹

Respecto de los efectos jurídicos, la diferencia entre jurisprudencia constitucional (razones suficientes o *ratio decidendi* no declaradas precedentes vinculantes, y razones subsidiarias u *obiter dicta*) y precedente vinculante, es que el Tribunal Constitucional a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto, otorgándole efectos *erga omnes* a los fundamentos, de modo que los jueces se vinculan a estos como si se

³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2016). “Validez y eficacia de los precedentes vinculantes”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 97, p. 18.

³⁹ EXP. N° 03741–2004–AA/TC, del 14 de noviembre de 2015, F.J. 42.

vincularan a la Constitución misma.

El profesor Hakansson Nieto⁴⁰ señala que el precedente constitucional es una regla jurídica establecida expresamente por el Tribunal Constitucional que tiene la capacidad de convertirse en un parámetro normativo para los órganos judiciales, y que por eso tiene efectos normativos generales. En cambio, si bien la jurisprudencia constitucional también vinculan a los jueces, son ellos los que, prudentemente, adecuarán los fundamentos de aquellas resoluciones del Tribunal Constitucional que sean aplicables al caso concreto; con lo cual nos encontramos con una diferencia en cuanto a la forma y efectos jurídico.

Sin embargo, tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional, al poseer una relación propia del todo a la parte, tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, “el Tribunal [Constitucional] a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”⁴¹.

Como podemos ver, realmente “no existe ninguna diferencia esencial entre la interpretación de la Constitución que aparece con las formas previstas en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, y la interpretación que aparece sin estas formas, en ambos casos estamos ante efectivas normas constitucionales adscriptas”.⁴²

⁴⁰ HAKANSSON NIETO, Carlos. (2009) “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Una aproximación”, Repositorio Institucional Pirhua, Universidad de Piura, Piura, p. 20 [en línea]

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1625/Principios_de_interpretacion_y_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1

⁴¹ EXP. N° 03741–2004–AA/TC, del 14 de noviembre de 2015, F.J. 43.

⁴² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Validez y eficacia de los precedentes vinculantes”. Ob. cit., p. 18.

6. ¿Es posible apartarse de los precedentes vinculantes? La técnica del *overruling* o cambio de precedente

A pesar de todo lo anteriormente señalado, no podemos pasar por alto el hecho de que vivimos en una sociedad cambiante, en la que constantemente surgen nuevas necesidades que el derecho busca proteger (por primera vez o solo mejorar la protección ya brindada), por tanto, el precedente no puede convertirse en una verdad absoluta por siempre –no es un dogma de fe, pero tampoco está para cambiarse todos los días⁴³–, en el sentido de que sea aplicable siempre en todos los tiempos sin posibilidad de variación. Este nunca es definitivo, pues siempre tiene la posibilidad de variar, tal como lo hacen las relaciones humanas en el día a día.

El precedente vinculante, en cuanto son interpretaciones o concreciones que de la Constitución formula el Tribunal Constitucional, puede estar ajustado o desajustado con la norma constitucional directamente estatuida que pretende concretar. Si se trata de una interpretación desajustada a la Constitución, ha de ser tenido como un precedente vinculante inconstitucional. Y es que el Tribunal Constitucional, como órgano constituido que es, puede incurrir en inconstitucionalidad material.

Es por esta razón que el Juez no puede comportarse como un autómatas frente a un precedente vinculante. Esto quiere decir que, antes de aplicarlo en el caso concreto que resolverá, el Juez debe necesariamente preguntarse si el precedente es o no una norma constitucionalmente válida, de modo que si no lo es, no lo ha de emplear para resolver el caso; es decir, lo inaplicará porque en ningún caso podrá dejarlo sin efecto. Naturalmente, esta inaplicación requiere que el Juez presente una justificación especialmente fuerte y correcta que permita apreciar con claridad las razones por las cuales se ha de tener como inconstitucional a la norma que significa el precedente vinculante creado por el Tribunal Constitucional. No cabe apartarse de manera injustificada, ya que se afectaría la seguridad jurídica. No se puede olvidar que la jurisprudencia lo que busca es dar un orden, y seguridad, por tanto un

⁴³ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. (2014) “Rechazo liminar del recurso de agravio constitucional: Nuevo precedente del TC. Justificación y alcances del nuevo precedente del TC”, en *Gaceta Jurídica* Tomo 82, Lima, p. 23.

cambio siempre debe ser bien fundamentado.⁴⁴

Si bien las exigencias de seguridad jurídica reclaman una continuidad y uniformidad, no imponen la existencia de un sistema jurídico inmóvil o estático⁴⁵. Los precedentes se pueden modificar o abandonar siempre y cuando haya razones objetivas y fundamentos racionales que sustenten tal cambio. Que esto pase es totalmente lógico, pues como lo hemos mencionado vivimos en una sociedad que constantemente está cambiando, apareciendo por tanto nuevas realidades que el derecho busca proteger.

Ahora bien, en caso sea el Tribunal Constitucional, y no el juez, quien considere necesario apartarse del precedente en sus resoluciones, puede hacerlo en la medida que pueda argumentar esta necesidad bajo una especial justificación. Si se diese este caso, a diferencia del Juez que solamente podía inaplicarlo, el Tribunal Constitucional sí puede dejar sin efecto un precedente vinculante, es decir, podrá sacarlo del ordenamiento jurídico. En estos casos el cambio de criterio jurisprudencial significará el nacimiento de una nueva norma constitucional adscripta, contraria a la que deja sin efecto.

El *prospective overruling* (eficacia prospectiva del precedente vinculante) es una técnica mediante la cual el Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituye uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos⁴⁶. Aquí, el Tribunal por medio de sus sentencias, dispone de manera excepcional que la aplicación de un precedente cambie, pero no de forma cambio brusca, pues lo que busca es un periodo de adecuación al nuevo precedente.

⁴⁴ CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. “El precedente judicial y el precedente constitucional”. Ob. cit., pp. 65–70.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁶ EXP. N° 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005. Sección Fundamentos, subtítulo “Eficacia prospectiva del precedente vinculante”.

En este sentido, el artículo VII del Código Procesal Constitucional dota al propio Tribunal de la posibilidad de apartarse del precedente si llega a la firme convicción de que contiene una interpretación incorrecta, un desarrollo del derecho no fundamentado suficientemente, o si la cuestión que fue correctamente resuelta de acuerdo su contexto, tiene que ser resuelta de otro modo en el momento actual a causa de un cambio de situación.

Entonces, resulta lógico que siendo el Tribunal Constitucional el único generador de precedentes constitucionales, evidente sea él el único legitimado para optar por su modificación o desaparición. En todos estos casos se requiere siempre de una motivación cualificada y una buena calidad de argumentos.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA COSA JUZGADA

1. Antecedentes

En relación directa a lo expuesto en el capítulo anterior, referente a los precedentes vinculantes, se encuentra la institución de la cosa juzgada, que debido a su gran importancia y no obstante su larga data, nunca ha dejado de ser materia de investigación por parte de los estudiosos del derecho y en especial, claro está, de los procesalistas.

Como es sabido, en la vida del hombre, el derecho desde siempre ha tomado un papel muy importante, pues al ser social por naturaleza, necesita de una herramienta que lo ayude a regular sus relaciones en sociedad, a fin de evitar y resolver los conflictos que entre ellos se presenten, logrando una convivencia ordenada. Tal como lo afirma Guilherme Marinoni “la sociedad necesita la jurisdicción, no apenas porque los ciudadanos no tienen condiciones de resolver por sí mismo sus conflictos, sino porque una sociedad, en la que están presentes los conflictos, no tiene condiciones de desarrollarse armónicamente. Por ello, la jurisdicción no es solo el medio para resolver litigios, sino fundamentalmente es una manifestación estatal enfocada a eliminarlos, mejor dicho, a solucionarlos definitivamente, haciendo que los involucrados reconozcan el fin”.⁴⁷

⁴⁷ GUILHERME MARINONI, Luiz. (2008) *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. COMMUNITAS, Lima, p. 58.

Es claro que, si bien el derecho desde siempre ha tomado un papel muy importante en la vida del hombre, no todas sus instituciones son antiguas, pero sin embargo las que sí lo son, como la cosa juzgada, encuentran su origen muchos años atrás.

Jordi Nieva considera que el primer antecedente legal –hasta el momento– de la cosa juzgada formal lo podemos encontrar en el precepto VI, s5 del Código Hammurabi, el cual fue mandado a formar por el rey de Babilonia hacia el año 1753 a.C, recopilación que se encuentra prácticamente completa en el Museo de Louvre (Paris), y dispone que: *“Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso”*. Se buscaba reprimir un fraude, evitar el abuso de los jueces en uso de conductas que atenten contra la seguridad jurídica.⁴⁸ Mediante este precepto, lo que se buscaba era asegurar la invariabilidad de las resoluciones judiciales por parte del juez una vez que las dictaba.

Como vemos, ésta institución ha estado presente desde muchos años atrás, lo cual ha permitido que se generen numerosos estudios e investigaciones que han dado lugar a marcadas teorías y posturas, las cuales en el presente capítulo no desarrollaremos, no porque no sean importantes, sino que al ser un tema de basto contenido, considero oportuno enfocarme solamente en el aporte e importancia que tiene para el derecho.

2. Concepto

Frente a la pregunta general de ¿qué es la cosa juzgada?, muchas personas como primera impresión llegarían a dar una definición muy general de su concepto, afirmando que se habla de cosa juzgada cuando el juez pone fin a las controversias con su pronunciamiento. Y, aunque en mi opinión no es una idea del todo errada, sí dista mucho de su significado jurídico real.

⁴⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. (2016) *La cosa juzgada*. Alterier, Barcelona, pp. 25–30.

Saavedra Dioses, define la cosa juzgada como “la calidad inmutable y definitiva que la ley otorga a las sentencias y algunas otras resoluciones judiciales que sustituyen a aquella⁴⁹; otorgándosele la fuerza que el ordenamiento jurídico da a los resultados obtenidos en un proceso y que conlleva que sean inalterables y obligatorios para las partes, esto es, inatacables.”⁵⁰

La cosa juzgada es una de las instituciones más importantes en Derecho Procesal por los efectos de certeza que entrega respecto del asunto sometido a su conocimiento, es por eso que Monroy Gálvez afirma que “para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompañan a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de *cosa juzgada*...”⁵¹.

En este sentido podemos afirmar que la resolución que goza de este efecto de cosa juzgada, proyecta su inmutabilidad, evitándose la posibilidad de discutir nuevamente el asunto, entre las mismas partes, y por la misma causa, en el mismo juicio o en uno posterior; y es que como Guilherme Marinoni sostiene, “en el caso que los conflictos, una vez resueltos, pudiesen ser rediscutidos, o si la solución del juez pudiese ser negada, de nada serviría la jurisdicción. De modo que, la decisión, debe imponerse, tornándose inmutable e indiscutible”⁵², ya que “una solución que no se torna inmutable e indiscutible es una mera ‘opinión’ sobre un conflicto, que podría –salvando distancias– ser emitida por cualquier

⁴⁹ Sobre esto, es necesario precisar que nuestro Código Procesal Civil atribuye a algunas instituciones la calidad de cosa juzgada, es así que, entre otros, tenemos que en su artículo 328° señala que “la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada”, por otro lado tenemos que en el segundo párrafo de su artículo 337° precisa que “...la transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada...”, asimismo el primer párrafo de su artículo 344° indica que “la resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada”.

⁵⁰ SAAVEDRA DIOSES, Andy F. “La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva”, en *ITA IUS ESTO*, p. 315.

⁵¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2006) “Resoluciones judiciales y la cosa juzgada”, en *Gaceta Jurídica*, Primera Edición, p. 411.

⁵² GUILHERME MARINONI, Luiz. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Ob. cit., pp. 58–59.

socio”.⁵³

Por tanto, es innegable el hecho de que la cosa juzgada constituye una garantía constitucional de la administración de justicia, según la cual un proceso que ha concluido con una resolución firme, no puede ser nuevamente juzgado en el mismo proceso o mediante uno nuevo.

El Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, en ese sentido sostiene que “mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó”⁵⁴. Sin embargo, a todo esto debemos agregar que “para que una resolución judicial se encuentre dentro del ámbito de protección del derecho constitucional a la cosa juzgada, no basta con que ostente el carácter de firmeza, es decir que contra ella se haya agotado los medios impugnatorios disponibles, sino que debe tratarse de una resolución que contenga un pronunciamiento sobre el fondo del asunto”⁵⁵, tal como lo dispone el Art. 6 del Código Procesal Constitucional; y además, debemos tener en cuenta también que “una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.”⁵⁶

Es así, que de lo expuesto hasta el momento, no cabe duda que el concepto de cosa juzgada implica mucho más que la simple idea de un juez poniendo fin a una controversia con su pronunciamiento; su concepto llega a ser mucho más completo, reconociéndose como hemos visto ciertas características, las cuales ayudan a marcar la línea de esta

⁵³ *Ibidem*, pp.61–62.

⁵⁴ EXP. N° 04587–2004–AA/TC, del 29 de noviembre de 2005, F.J. 38.

⁵⁵ EXP. N° 00079–2008–PA/TC, del 13 de agosto de 2009, F.J. 9.

⁵⁶ EXP. N° 006–2006–PC/TC, del 12 de febrero de 2007, F.J. 69.

institución, como son el que sea **inimpugnable**, ya sea porque el ordenamiento jurídico no ha contemplado medio impugnatorio en una determinada instancia o porque habiéndolos, precluyó el plazo para imponerlos, bien sea porque las partes renunciaron expresamente a interponerlos o porque dejaron transcurrir los plazos sin formularlos; es también **inmutable e inmodificable**, dado que ninguna autoridad de oficio o a petición de parte puede alterar los términos de la sentencia, sea por el mismo órgano jurisdiccional que la expidió o cualquier otro, y finalmente **coercible o imperativa**, frente a la eventualidad de que la sentencia sea sometida a la ejecución forzada.⁵⁷

Éstas características, aunque agrupadas de distinta manera, han sido reconocidas en reiteradas oportunidades por el Tribunal Constitucional en sus diversos pronunciamientos, afirmando que la garantía de la cosa juzgada tiene, “entre sus consecuencias prácticas: a) la inmutabilidad de las decisiones judiciales firmes; b) la imposibilidad de revivir procesos ya decididos por los órganos judiciales; c) la exigencia de cumplimiento de lo resuelto en forma definitiva; d) la prohibición de que las autoridades judiciales o cualquier poder externo al Poder Judicial pueda interferir o retardar la ejecución de lo resuelto de manera definitiva por el poder jurisdiccional de los jueces.”⁵⁸ Es así que las nociones de irrevisibilidad, inimpugnabilidad e inatacabilidad aplicadas a una resolución que se pronuncia sobre el fondo son cualidades que definen y configuran la autoridad de cosa juzgada, por la cual la incertidumbre ya resuelta no puede ser sometida a nuevo examen judicial y de ser aquella ejecutable, no puede retardarse la tutela a favor del vencedor, siendo relevante hacer valer la condición de cosa juzgada frente a eventuales amenazas que limitan el efectivo cumplimiento de la decisión.

Por tanto, después de lo expuesto queda claro que esta institución “le otorga al fallo judicial calidad indiscutible, ya que constituye decisión final, a la par que proporciona la certeza de que su contenido permanecerá inalterable, independientemente de que el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción. De ahí que el derecho a la cosa juzgada guarde íntima relación con la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.”⁵⁹

⁵⁷ SAAVEDRA DIOSES, Andy F. “La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva”. Ob. cit., p. 158.

⁵⁸ EXP. N° 00579–2008–PA/TC, del 05 de junio de 2008, F.J. 15.

⁵⁹ EXP. N° 01592–2011–PA/TC, del 14 de marzo de 2012, F.J. 7.

3. Regulación de la cosa juzgada en nuestro ordenamiento

Como se mencionó al inicio de este capítulo, la institución de la cosa juzgada posee gran antigüedad en el mundo jurídico; sin embargo, en lo que a nuestro ordenamiento positivo corresponde, su primer reconocimiento lo podemos encontrar en la antigua Constitución de 1828, la cual disponía que ninguna autoridad podía revivir procesos concluidos; la Constitución de 1834 agregó que no sólo ninguna autoridad podría hacerlo, sino que tampoco lo haría ningún poder; años después la Constitución de 1856 mantuvo el mismo enunciado y solo cambió el término “concluidos” por “fenecidos”; por último, en la Constitución de 1979 se consideraba a la cosa juzgada como un derecho fundamental de la persona. En lo que respecta a nuestro ordenamiento vigente, nuestra Constitución de 1993, reconoce que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, y que es principio y derecho de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada⁶⁰.

Ahora bien, entrando un poco más en detalle a la regulación de esta institución en nuestro ordenamiento, es el Código Procesal Civil quien dedica un artículo completo a su regulación, no obstante se hace referencia a ella tanto en el Código Procesal Constitucional, así como también en la Constitución. Todas ellas reconocen en sus correspondientes disposiciones las notas distintivas de la cosa juzgada que han sido expuestas en el apartado anterior; en razón a ello, considero oportuno ahora hacer referencia al sustento jurídico.

La Constitución a través de su artículo 139, inciso 2⁶¹ señala que “...Ninguna autoridad puede...dejar sin efecto resoluciones que han

⁶⁰ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. (2010) *El Non Bis In Idem y la Cosa Juzgada en el ordenamiento jurídico peruano: Una perspectiva desde el derecho constitucional, los derechos humanos y el derecho penal*. Ediciones Caballero Bustamante, Lima, pp. 23–24.

⁶¹ Artículo 139.– Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

pasado en autoridad de cosa juzgada...”, en este sentido es importante reconocer que, “la *cosa juzgada constitucional*, (...) se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Pues, sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.”⁶² Así mismo, en su inciso 13 precisa que: “*Es principio y derecho de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada*” debiendo cumplirse, independientemente de si el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción.

El Código Procesal Constitucional en su Art. 6, dispone que “*En los procesos constitucionales solo adquiere calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo*”. Por tanto, como ya hemos mencionado, “no basta con que ostente el carácter de firmeza, es decir que contra ella se haya agotado los medios impugnatorios disponibles, sino que debe tratarse de una resolución que contenga un pronunciamiento sobre el fondo del asunto”⁶³; el cual no debe desconocer la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, pues en caso esto suceda, no se generara la cosa juzgada constitucional que garantiza el Art. 139 inciso 2 de la Constitución.

Por último, y para muchos el más importante, está el Art. 123 del Código Procesal Civil, al ser el único que le dedica un único artículo. Su primer párrafo dispone que “*Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuándo: 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*”. Así, esta calidad de inimpugnable la obtendrá, ya sea porque el ordenamiento jurídico no ha contemplado medio

⁶² EXP. N° 006–2006–PC/TC, del 12 de febrero de 2007, F.J. 70.

⁶³ EXP. N° 00079–2008–PA/TC, del 13 de agosto de 2009, F.J. 9.

impugnatorio en una determinada instancia o porque habiéndolos, precluyó el plazo para imponerlos bien sea porque las partes renunciaron expresamente a interponerlos o porque dejaron transcurrir los plazos sin formularlos.

El segundo párrafo prescribe *“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, si hubieran sido citados con la demanda”*. Alcanzando por tanto, los efectos a quienes fueron parte del proceso y a determinadas personas relacionadas con aquellas.

Por último, de acuerdo con el tercer párrafo *“La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407”*. Aquí, se evidencia otra de sus características, el ser inmutable e inmodificable, dado que ninguna autoridad de oficio o a petición de parte puede alterar los términos de la sentencia, sea por el mismo órgano jurisdiccional que la expidió o cualquier otro.

Antes de finalizar este apartado, es necesario hacer referencia a los Art. 178 y 407 a los que hace mención el Código Procesal Civil, referentes a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta y corrección, los cuales, de acuerdo a lo recogido en la última parte del tercer párrafo *“(…), sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407”*, parecieran tener la calidad de excepciones a la cosa juzgada, cosa que como veremos, no es así. La solicitud de corrección –Art. 407– solo procede para rectificar errores materiales u ortográficos dentro de una resolución, lo que bajo ningún supuesto altera o afecta la cosa juzgada.

La nulidad de cosa juzgada fraudulenta –Art. 178–, tampoco constituye una excepción, pues como ya lo hemos mencionado, el Art. 139 inciso 2 de nuestra Constitución garantiza la cosa juzgada constitucional; en este sentido, y al proceder la nulidad de cosa juzgada fraudulenta solo ante una sentencia nula, es decir cuando se ha vulnerado alguna garantía jurídica procesal, realmente aquí nunca hubo cosa juzgada.

Así pues, acertadamente el Tribunal Constitucional ha reconocido que “*las resoluciones judiciales ostentan el atributo de cosa juzgada si y sólo si constituyen resoluciones válidas*. En consecuencia, si una resolución no es válida carecerá, obviamente, del atributo de cosa juzgada; por tanto, la declaración de su invalidez, por definición, no puede afectar la cosa juzgada simplemente porque ésta no existe. (...) Dicho en otros términos, la observancia de estos derechos [que se haya observado plenamente el derecho al debido proceso y aquellos que los componen] constituye condición de validez del propio proceso y de los actos procesales que en él tienen lugar, es decir, es *conditio sine qua non* de su validez. En consecuencia, si en un proceso no se ha observado el derecho de defensa o alguno otro que forma parte o integra el continente llamado debido proceso, aquél y las resoluciones en él expedidas devienen en actos nulos, en resoluciones inválidas. (...) En consecuencia, la declaración de insubsistencia de la sentencia y el auto a causa de la nulidad del proceso de amparo del que provienen no afecta en absoluto el principio de cosa juzgada, pues tales resoluciones, al provenir de un proceso donde se ha afectado el derecho de defensa de los recurrentes, no tienen el carácter de cosa juzgada.”⁶⁴

4. La cosa juzgada formal y material

Esta es una clásica distinción que realiza gran parte de la doctrina al tratar la institución de la cosa juzgada, distinguiéndola entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

De La Oliva Santos afirma que estamos ante la **cosa juzgada formal** “cuando contra una resolución no se concede recurso alguno o cuando, aunque se conceda, no se interpone o no se formaliza en los plazos previstos, la resolución se considera firme, irrecurrible”⁶⁵. Su aspecto positivo se explica a través del respeto que el tribunal debe a lo que él mismo ha resuelto; y su aspecto negativo se identifica con la firmeza (imposibilidad de revocar la resolución) e inimpugnabilidad (imposibilidad de sustituir con otra resolución pasa en autoridad de cosa juzgada) con la que cuentan sus resoluciones, pues no es posible sustituirlas. Por tanto, aquí podemos ver que “no se trata solo de que la

⁶⁴ EXP. N° 00431–2007–PA/TC, del 07 de diciembre de 2009, F.J. 19–20.

⁶⁵ DE LA OLIVA, Andrés. (2005) *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. THOMSON CIVITAS, Primera Edición, p. 96.

resolución alcanza la <<*autoridad de cosa juzgada*>> no pueda ser revocada y sustituida; se trata, primordialmente, de que *tiene que ser respetada*”.⁶⁶

Contrario a lo sostenido hasta el momento, existen también quienes afirman que la distinción doctrinal es innecesaria, pues distinguir entre cosa juzgada formal, firmeza, invariabilidad o irrevocabilidad, carece de todo sentido, ya que no se trata más que de aspectos o estadios del mismo concepto, siendo la cosa juzgada como tal, una sola.

En este sentido, Nieva Fenoll afirma que si bien las sentencias tienen relevancia formal, refiriéndose a actividades de las partes, del juez y en la forma y contenido de la sentencia, y relevancia material con respecto al derecho discutido en el proceso, lo cierto es que la cosa juzgada como tal, es una sola. Ambas tienen el mismo objetivo, la cosa juzgada formal implica la inatacabilidad o inimpugnabilidad de la sentencia, así como la inmutabilidad o imposibilidad de que sea modificada por el mismo juez que la ha dictado. Dos aspectos que tiene la misma finalidad, es decir preservar el juicio ya emitido. Exactamente el mismo objetivo de la cosa juzgada material, con la diferencia de que la cosa juzgada formal sería intraprocesal (refiriéndose al mismo proceso en que se ha dictado), y la cosa juzgada material sería extraprocesal, es decir, implicando a procesos diferentes de aquel en que el juicio anterior fue formulado. El problema que ambas tratan de atacar es el mismo, por tanto no tendría relevancia separar ambas categorías⁶⁷.

No obstante, aunque después de lo expuesto puede parecer que la distinción entre cosa juzgada formal, firmeza, invariabilidad o irrevocabilidad no posee mayor trascendencia, y resulte muy lógica la postura de Nieva Fenoll, esta posee un gran punto en contra que pone en evidencia su simpleza y falta de fundamento cuando se trata justificar lo que ocurre por ejemplo, en las sentencias que versan sobre pensión de alimentos, y es que en estos casos suele suceder que muchas veces terminado el proceso de alimentos mediante sentencia firme, inimpugnable y ejecutoriada, éstas pueden posteriormente ser modificadas o suprimidas debido al cambio de circunstancias iniciales. Aquí, a pesar que en un proceso posterior se haya modificado o

⁶⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Ob. cit., pp. 87–89.

suprimido el pronunciamiento inicial, hay desde la primera sentencia “cosa juzgada, (...) pero cosa juzgada formal, y he ahí su utilidad: una sentencia firme, definitiva, inimpugnable dentro del mismo proceso, pero modificable en uno posterior.”⁶⁸

La **cosa juzgada material**, “es el estado jurídico de un concreto asunto cuando sobre él se ha dicho una resolución (generalmente, una sentencia) con fuerza o autoridad de cosa juzgada formal. Pero (...), la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes, consistente en una precisa y determinada fuerza vincular, *en otros procesos*”⁶⁹. Este efecto solo lo tienen las sentencias sobre el fondo. Para su aspecto negativo se exige una identidad total entre los objetos de los procesos, a fin de “obligar al juzgador del ulterior proceso a ponerle fin, a la mayor brevedad de lo posible, porque, (...), ese posterior proceso es, no solo inútil (la cuestión ya fue juzgada), sino perjudicial e injusto”⁷⁰; y en su aspecto positivo, “lo decidido en una resolución firme sobre el fondo, afecta a todos los tribunales en procesos ulteriores en que *lo decidido sea parte*, de un modo u otro, *del objeto de esos procesos*.”⁷¹

Por tanto, podemos decir que estamos frente a la cosa juzgada formal cuando ya no tenemos la posibilidad de recurrir la decisión, impidiendo que lo resuelto en una resolución judicial firme sea impugnado posteriormente dentro del mismo proceso; sus efectos son limitados, quedando solo dentro del proceso en que se dictó la sentencia. En este sentido, “se dice que la cosa juzgada formal recae en aquella sentencia o resolución judicial que es inimpugnable, pero no inmutable. Por ende, no puede ser impugnada en el mismo proceso, pero si puede ser modificada en un momento posterior.”⁷² Es así que, “la cosa juzgada formal, en suma, genera, en el mismo tribunal que dictó una resolución que gana firmeza, el deber de atenerse a lo dispuesto y no ignorarlo ni contradecirlo ni permitir que las partes lo contradigan o vulnere”⁷³.

⁶⁸ SAAVEDRA DIOSES, Andy F. “La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva”. Ob. cit., p. 163.

⁶⁹ DE LA OLIVA, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Ob. cit., p. 103.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 108.

⁷¹ *Ibidem*, p. 109.

⁷² SAAVEDRA DIOSES, Andy F. “La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva”. Ob. cit., p. 161.

⁷³ DE LA OLIVA, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Ob. cit., pp. 100–101.

En la cosa juzgada material, los efectos son más generales, pues estos ya no son solo intraprocesales, sino que son inatacables también en un nuevo juicio, y es que “la cosa juzgada material subviene (como la cosa juzgada formal, pero en mayor medida y más claramente), a la seguridad y a la paz jurídica. Porque a esas necesidades sirve una vinculación que impide, 1º) que una discusión jurídica se prolongue indefinidamente; 2º) que vuelva a entablarse y avance una proceso acerca de asunto ya definido firmemente por la Jurisdicción; 3º) que se produzcan resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren injusta e irracionalmente, sentencias con el mismo contenido, respecto de los mismos sujetos jurídicos.”⁷⁴

Es así que, en esta misma línea, Vellani sostiene que “la cosa juzgada sustancial y cosa juzgada formal son, pues, dos fenómenos profundamente diversos, pero entre los dos existe esta vinculación: que la cosa juzgada formal característica de todas las sentencias, definitivas o no definitivas, de cualquier grado y cualquiera sea su contenido es, (...) el indispensable presupuesto de la cosa juzgada sustancial”.⁷⁵

5. La triple identidad de la cosa juzgada

Como lo hemos venido mencionando, la Constitución mediante el artículo 139 protege el principio de cosa juzgada, así como la seguridad jurídica y la tutela jurisdiccional efectiva, los cuales se concretan “en el derecho que corresponde a todo ciudadano de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas (...). Lo contrario, desconocer la cosa juzgada material, priva de eficacia al proceso y lesiona la paz y seguridad jurídica. Así, lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 103–105.

⁷⁵ VELLANI, Mario. (2002) *Naturaleza de la cosa juzgada*. Vol.2, *Serie Obras selectas del Derecho Procesal*, Editorial JURIDICA universitaria, p. 2.

lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento.”⁷⁶

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que “conviene tener en cuenta que nuestro ordenamiento procesal civil establece que se configura la cosa juzgada cuando se inicia un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y que cuenta con sentencia o laudo firme (artículo 453, inciso 2, del Código Procesal Civil), entendiéndose como proceso idéntico cuando las partes, el petitorio y el interés para obrar son los mismos (artículo 452 del Código Procesal Civil). A lo dicho han de añadirse dos consideraciones importantes a la hora de enjuiciar si ha producido la *excepción de cosa juzgada*. En primer lugar, para que opere la *cosa juzgada* deben concurrir tres elementos en el proceso fenecido, cuya tramitación se pretende nuevamente: 1) los sujetos (*eadem personae*); 2) el objeto (*eadem res*), y 3) la causa (*eadem causa petendi*). Una segunda consideración es que la sentencia del proceso fenecido haya resuelto la pretensión (objeto) que se plantea en el proceso posterior.”⁷⁷

Por tanto, “para que se pueda invocar válidamente el derecho a la cosa juzgada en un caso, es un presupuesto que entre éste y el caso anterior decidido judicialmente pueda acreditarse la ‘triple identidad’ procesal: 1) de partes; 2) de petitorio materia del proceso; y 3) de causa o motivo que fundamenta el petitorio”⁷⁸. A continuación, desarrollaré brevemente estos elementos.

Siguiendo a Saavedra Dioses, el primer elemento de la triple identidad es el subjetivo, las partes. Respecto a ellas es importante señalar que si la sentencia por error se pronunció faltando alguna de las partes, será ineficaz respecto a todos mientras dure el plazo para que la resolución pueda ser cuestionada, pues para todos debe haber cosa juzgada; pero sin embargo, de precluir el plazo para ser interpuesta por quien fue obviada en juicio, esta resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada. “Los efectos de la cosa juzgada solo se producen entre quienes fueron partes del proceso en el que se dictó la sentencia y a determinadas personas con aquellas. Por ende, se exige una identidad de partes –que coincide con una identidad de posiciones–, mas no una identidad de

⁷⁶ EXP. N° 03789–2005–PHC/TC, del 09 de noviembre de 2005, F.J.8–9.

⁷⁷ EXP. N° 08376–2006–PA/TC, del 28 de noviembre de 2007, F.J. 2–3.

⁷⁸ EXP. N° 2023–2011–PA/TC, del 24 de octubre de 2011, F.J. 2.

personas físicas actuantes en el proceso.”⁷⁹

Los otros dos elementos de la triple identidad, como son el objeto – bien corporal o incorporeal que se pretende, es decir, el derecho que se discute– y la *causa petendi* –fundamentación o motivación del demandante al formular su pretensión–, son los elementos objetivos. Así, para que dos pretensiones sean idénticas, es necesario que estos dos elementos de la pretensión confluyan. “En cuanto el objeto de la cosa juzgada preserva a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente. Por ejemplo, si la sentencia condena a la restitución del bien y nada dice sobre el pago de frutos, debe entenderse que el demandado quedó absuelto de ellos. En cuanto a la *causa petendi*, no pueden alegarse nuevas pruebas en contra de la cosa juzgada cuando la causa es la misma. Pueden cambiar los hechos circunstanciales, mas no los hechos esenciales que forman el título alegado, el mismo que sirve de fundamento a lo que se pretende en juicio.”⁸⁰

A. Excepción de cosa juzgada como medio de defensa

El Código Procesal Civil, en su artículo 446 recoge las excepciones procesales, las mismas pueden ser dilatorias o perentorias. En el inciso 8 del mismo artículo se encuentra regulada la excepción de cosa juzgada, la cual es una excepción de naturaleza perentoria, ya que al proceder en el segundo proceso da lugar al archivamiento definitivo del mismo sin pronunciamiento sobre el fondo. Con esta excepción se busca hacer prevalecer el carácter incuestionable e irrevisable de una resolución con autoridad de cosa juzgada, evitando un nuevo pronunciamiento sobre un asunto ya resuelto.

Esta excepción de cosa juzgada, para poder ser deducida en el proceso debe cumplir unos requisitos, entre los cuales está el regulado en el artículo 453, inciso 2, del Código Procesal Civil, el cual dispone que el primer proceso del cual se predica la triple

⁷⁹ SAAVEDRA DIOSES, Andy F. “La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva”. Ob. cit., p. 166.

⁸⁰ *Ibidem*.

identidad deber haber sido resuelto y debe contar con sentencia o laudo firme. Asimismo, como lo hemos desarrollado en el apartado anterior, el artículo 452 del mismo cuerpo normativo se precisa que *“hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos”*.

Respecto a quien la puede interponer, esta excepción de cosa juzgada puede ser deducida no sólo por la parte vencedora en el primer proceso, sino también por la parte vencida del proceso en el que nació la resolución con calidad de cosa juzgada.

6. ¿Cuál es su fundamento? El principio de seguridad jurídica y su relación con la cosa juzgada

¿Qué ocurriría si los jueces, interpretando el ordenamiento jurídico dentro de los márgenes de su independencia, pudieran ir anulando juicios anteriores de sus compañeros, o de ellos mismos con facilidad? Nadie sabría a qué atenerse, y finalmente dejaría de existir el aparato de justicia, puesto que nadie acudiría a él para resolver sus problemas. ¿De qué sirve obtener una sentencia a tú favor, si deberás estar toda la vida defendiendo ese derecho ante nuevas sentencias que intentarán anular lo declarado? De ahí la necesidad de que los juicios sean inamovibles, por eso es necesaria la cosa juzgada⁸¹. Así, es claro que el fundamento de la cosa juzgada está en la necesidad de certeza y seguridad jurídica necesaria en las relaciones humanas, y es que las sentencias no pueden discutirse ilimitadamente, ya que lo único que crearían sería un ambiente de incertidumbre jurídica.

Reconocida la estrecha relación entre la cosa juzgada y la seguridad jurídica, conviene señalar que “la seguridad jurídica puede ser analizada desde dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. En el plano objetivo, la seguridad jurídica recae sobre el orden jurídico objetivamente considerado (...). En una perspectiva subjetiva, la seguridad jurídica es vista a partir del ángulo de los ciudadanos en virtud de los actos de Poder Público.”⁸² En otras palabras, “la cosa juzgada, como instituto jurídico,

⁸¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*, Ob. cit., pp. 82–83.

⁸² GUILHERME MARINONI, Luiz. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Ob. cit., p. 64.

tutela el principio de la seguridad en su dimensión objetiva, dejando claro que las decisiones judiciales son definitivas e inmodificables, es importante resaltar que la cosa juzgada expresa la necesidad de estabilidad de las decisiones judiciales. En la otra dimensión del principio de la seguridad jurídica, cuando importa la protección de confianza, la cosa juzgada garantiza al ciudadano que ningún otro acto procesal podrá modificar o violar la decisión que definió el litigio. En este sentido, sabe el ciudadano que una vez producida la cosa juzgada material, nada más será posible hacer para alterar la decisión, y así, que el acto judicial de solución del litigio merece plena confianza.”⁸³

Por estos motivos, “la cosa juzgada que rige la función jurisdiccional le otorga al fallo judicial la calidad de indiscutible –ya que constituye decisión final–, a la par que garantiza al justiciable la certeza de que su contenido permanecerá inalterable, independientemente de si el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción”⁸⁴. Con esto, lo que se busca evitar es la reiteración de juicios, y el principio básico del que parte este concepto es el siguiente: Los juicios sólo deben realizarse una única vez. La razón de esto encuentra su base en la seguridad jurídica, garantizando de esta manera la seguridad en las relaciones jurídicas.

Por tanto, creo que no ha sido necesario llegar hasta este apartado para darnos cuenta que al definir cosa juzgada, es inevitable hacer referencia a la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional tiene dicho que “la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. Aunque no exista un reconocimiento expreso, el Tribunal ha destacado que su rango constitucional se deriva de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como el parágrafo a) del inciso 24 del artículo 2º (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa

⁸³ *Ibidem*, p.66.

⁸⁴ EXP. N° 00574–2011–PA/TC, del 30 de mayo de 2011, F.J. 5.

e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación")' ”⁸⁵.

Es necesario aclarar en este punto, que la cosa juzgada no resulta siendo un efecto en sí de la sentencia, ya que los efectos propios de una sentencia podrían ser, según sea el caso, constitutivos, declarativos y de condena. La cosa juzgada en sí, se constituye como una autoridad atribuida a la misma, precisada así por nuestro ordenamiento jurídico, cuyo fundamento principal reposa en la seguridad jurídica.

“La cosa juzgada, por lo tanto, sirve para la realización del principio de la seguridad jurídica, tutelando el orden jurídico estatal, y al mismo tiempo, la confianza de los ciudadanos en las decisiones judiciales. Sin cosa juzgada material no hay orden jurídico, ni posibilidad de que el ciudadano confíe en las decisiones del Poder Judicial.”⁸⁶

⁸⁵ EXP. N° 0016–2002–AI/TC, del 30 de abril de 2003, F.J. 4.

⁸⁶ GUILHERME MARINONI, Luiz. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. Ob. cit., p. 65.

CAPÍTULO TERCERO

APLICACIÓN DEL PRECEDENTE HUATUCO Y LA FUERZA DE LA COSA JUZGADA

1. El Precedente Huatuco como antecedente

Habiendo desarrollando los conceptos de precedente vinculante y de cosa juzgada, y siendo conscientes de sus implicancias, resulta oportuno plantear y responder la siguiente pregunta: ¿Se vulnera la cosa juzgada si se aplica el precedente Huatuco al caso de un trabajador cuya estabilidad laboral ha sido reconocida judicialmente? A fin de poder desarrollar esta cuestión, en el presente capítulo se hará mención a las normas jurídicas sobre la estabilidad laboral, concretamente a la norma jurídica sobre la estabilidad laboral de los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado, norma creada por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante de la sentencia que resuelve el caso hoy conocido como Huatuco Huatuco.

Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, con fecha 6 de diciembre de 2011, interpone demanda de amparo contra el Poder Judicial a fin de que se deje sin efecto su despido que ella calificaba de incausado; y solicitaba también que se disponga su reincorporación laboral en el puesto que venía desarrollando de secretaria judicial. Justificaba la demandante su pretensión en el hecho que al haber ella realizado labores de naturaleza permanente, sus contratos modales se habían desnaturalizado y, por ende, debía considerarse existente una relación laboral de plazo indeterminado.

En el 2015 el Tribunal Constitucional al resolver en última instancia la demanda de amparo, la declaró infundada y, conforme lo señala el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señaló como precedente vinculante varias⁸⁷ de las reglas contenidas en sus fundamentos, particularmente la contenida en el fundamento N°18, en los siguientes términos: “el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto a una plaza presupuestada y

⁸⁷ En la sentencia al EXP. N° 05057–2013– PA/TC, del 16 de abril de 2015, se reconoce también como precedente vinculante, a los siguientes fundamentos:

f.20: “(...) las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios... En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial (...)”.

f.21: “En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante... deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional”.

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

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

vacante de duración indeterminada”.

Se establece esta regla jurídica por la cual, aquellos trabajadores que ingresaron a la Administración Pública contratados bajo locación de servicios, o bajo alguna modalidad laboral temporal regulada en el Decreto Legislativo N° 728, la cual se hubiese desnaturalizado, y de no haber entrado mediante un concurso de méritos para cubrir una presupuestada y vacante de duración indeterminada, solo podrán tener derecho a la indemnización por despido arbitrario y no a la reposición. Por tanto, el que se acredite la desnaturalización de los contratos de estos trabajadores pertenecientes a la modalidad del Decreto Legislativo N° 728, no traerá como consecuencia su reposición.

Mucho se ha dicho –y se sigue diciendo– acerca del precedente Huatuco, que es como comúnmente se le conoce a la regla jurídica formulada en el párrafo anterior; y es que como es de esperarse, existen posturas a favor⁸⁸ y en contra⁸⁹ de este precedente; sin embargo, es importante recordar que la finalidad de este capítulo no es determinar la constitucionalidad o no de todos los precedentes sentados en esta sentencia, ya que solamente se analizará la regla jurídica contenida como precedente en el fundamento N° 18 de la sentencia, y no porque considere

⁸⁸CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El tuerto desfacedor de entuertos. El nuevo precedente en discusión”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91; CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. “El caso de la trabajadora que perdió su reposición e indemnización”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91, p. 22.; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El Tribunal Constitucional y la reposición pública” en *LA LEY*, Julio 2015, p. 42; PUNTRIANO ROSAS, Cesar. “Estabilidad laboral del trabajador público sujeto al régimen laboral privado”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91, p. 19; BAQUERIZO ROJAS, Cinthia Grace. “La regla 18 del precedente Huatuco ¿El TC vulnera los derechos laborales de los trabajadores estatales?”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 94.

⁸⁹MORALES SARAVIDA, Francisco. “La ilegitimidad constitucional del precedente Huatuco. Razones para una rectificación”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91, p. 36.; MORALES SARAVIDA, Francisco. “Diez razones para que el precedente Huatuco se deje sin efecto”, en *LA LEY*, Julio 2015, p. 43; ORTIZ DE ZEVALLOS CASTILLO, Juan. “El precedente Huatuco y la reposición laboral en el Sector Público”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91, p. 52.; NUÑEZ THERESE, Pamela. “El precedente vinculante del caso Huatuco y el derecho al trabajo de los empleados públicos ¿Adecuación al contexto actual o retroceso jurídico?”, en *Actualidad Jurídica*, Agosto N° 261; BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “El precedente Huatuco: Una decisión inconstitucional del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 92.

que a los demás precedentes les corresponde un estudio secundario, sino porque esta es una regla relacionada directamente con el supuesto a desarrollar en esta investigación, que son los trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado que, como bien afirma el Tribunal Constitucional, no es equivalente a un trabajador de la empresa privada.

2. Regímenes laborales

A fin de situarnos mejor en el tema, y tener un panorama mucho más amplio sobre la cuestión a desarrollar, considero oportuno hacer una breve referencia a la regulación del régimen laboral público y privado con la que contamos, para posteriormente, ahondar en la protección que ofrece nuestro ordenamiento al trabajador frente al despido arbitrario.

La Constitución de 1993 en su artículo 40 define la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regulará su ingreso, derechos, deberes y responsabilidades de los servidores, entendiéndose también que solo por ley se puede limitar derechos fundamentales. Consecuencia lógica de esta regulación constitucional es la prohibición de deformar este régimen específico correspondiente a los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un régimen, por ejemplo, propio de la actividad privada.

El régimen laboral de la actividad privada en nuestro ordenamiento está regulado por el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-1997-RT; donde se dispone que *“El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada”* (artículo 3).

En razón a esto, solo será posible el ingreso a la carrera administrativa mediante el régimen laboral de la actividad privada siempre que exista una autorización legal de contratar bajo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, contratación que, deberá ser interpretada acorde a las disposiciones constitucionales del capítulo IV de la Constitución, denominada “De la Función Pública”; pues tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional, “(...) si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los

funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes”⁹⁰. Ejemplo de esto, es el caso de Rosalía Huatuco, quien si bien prestó sus servicios en el sector público, su ingreso al Poder Judicial se dio mediante un contrato privado, contratación que sí tiene autorizada realizar esta institución pública.

Respecto al régimen laboral de la actividad pública, se debe tener en cuenta que el 24 de marzo de 1984 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, la cual como dispone su artículo 1, establece los principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública. Queda por tanto claro que, al tratarse del régimen laboral de la actividad pública, se encuentran excluidos de la aplicación de este régimen los servidores contratados bajo el régimen del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El Decreto Legislativo N° 276 fue reglamentado a través del Decreto Supremo N° 005–1990–PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa, publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de enero de 1990, el cual en su artículo 3 no solo define al servidor público como aquel *“ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares”*; sino que también reconoce solo al servidor nombrado, el derecho a la estabilidad laboral indeterminada.

El ingreso a la Administración Pública, en condición de servidor de carrera o contratado para labores de naturaleza permanente –artículo 28 del Reglamento de la Carrera Administrativa– se hará obligatoriamente mediante concurso; cuando se traten de labores de carácter temporal o accidental –artículo 38 del Reglamento de la Carrera Administrativa– se

⁹⁰ EXP. N° 05057–2013– PA/TC, del 16 de abril de 2015, F.J. 8.d.

podrá contratar personal sin necesidad de concurso público de méritos. Sin embargo, a pesar de lo expuesto, se reconoce como única excepción –artículo 39 del Reglamento de la Carrera Administrativa– para la contratación sin concurso de un servidor para realizar labores de naturaleza permanente, cuando exista una máxima necesidad debidamente fundamentada por la autoridad competente.

En el marco de esta regulación del régimen laboral de la actividad pública, se expidió también la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, cuya finalidad es establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener a la Administración Pública. En su Título Preliminar se reconoce los principios que regirán el empleo público, disponiendo en el artículo IV inciso 7 como uno de los principios por los cuales se regirá, al principio de mérito y capacidad, por el cual el ingreso, la permanencia, las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentarán en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la Administración Pública. Respecto al ingreso, el artículo 5 dispone que *“el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”*.

Después de lo expuesto queda claro que para poder acceder al empleo público –y dependiendo del tipo de labor que se vaya a realizar–, será necesario cumplir ciertos requisitos, entre los cuales está el ingreso mediante un concurso público y abierto, a fin de poder garantizar el ingreso en igualdad de oportunidades, cumpliendo de esta forma con las exigencias de imparcialidad y transparencia contenidas en la normativa vigente.

3. La protección frente al despido arbitrario

A. La protección frente al despido arbitrario en nuestro ordenamiento

La reposición laboral en el Perú fue establecida por el ya derogado Decreto Ley N° 18471, Causales de despedida de los trabajadores sometidos al régimen de actividad privada, promulgado el 10 de noviembre de 1970 por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada a cargo del General Juan

Velasco Alvarado; el cual disponía que los trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas sometidos al régimen correspondiente al de la actividad privada, solo podrán ser despedidos por razones tipificadas –artículo 1–, y si la causa que justificaba el despido no resultase probada por el empleador, éste será obligado a elección del trabajador, a la reposición en el trabajo y al pago de una suma igual a las remuneraciones dejadas de percibir o al pago equivalente a tres remuneraciones en caso el trabajador decida por la terminación del contrato– artículo3–. Por tanto, cuando algún trabajador era despedido sin que mediara causa legalmente determinada, el juez podía ordenar su reposición, la cual pasó a ser conocida como "estabilidad laboral". Siguiendo esta misma línea, esto fue convalidado por la Constitución de 1979, cuando en su artículo 48 se dispuso que *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo”*.

En 1991, el Decreto Legislativo N° 728 circunscribió la reposición, estableciendo que cabía solo frente al despido que violaba derechos fundamentales. Así, cabía la reposición para quienes eran despedidos, por ejemplo, en razón de su sexo o raza, por tener un “despido nulo”; sin embargo, el despido que no violaba derechos fundamentales ni tenía causa prevista por ley, no era nulo, sino solo “despido arbitrario”, y contra el cual solo cabía la indemnización.

En 1993, el Perú cambió de Constitución. La nueva Constitución sigue el orden y estructura de la previa, pero introduce cambios de contenido importantes. Su artículo 27 sustituye al precitado artículo 48 de la Constitución de 1979, limitándose a decir: *“La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”*, reconociéndose de esta forma en nuestro ordenamiento el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Frente a este reconocimiento, es al legislador a quien le corresponde decidir cuál es la adecuada protección que debería brindársele al trabajador privado y público cuando es despedido arbitrariamente, delimitando este derecho fundamental. Por tanto, si bien se protegerá al trabajador, será el legislador a quien le corresponda señalar el grado o nivel de tutela, el cual como veremos, no necesariamente será la reposición del trabajador.

Así, en las normas que se desprenden de la Constitución –las cuales trataré a continuación– se establece que la adecuada protección contra el despido arbitrario será la indemnización, correspondiéndole al trabajador remuneración y media por año de trabajo (con un máximo de 12 remuneraciones). Ahora bien, ¿es constitucional afirmar que la adecuada protección frente al despido arbitrario es la indemnización?

Para dar respuesta a esta interrogante es necesario, en primer lugar, referirme no solo al artículo 27 de la Constitución, sino también a las normas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo, entre las cuales se encuentra el Convenio Internacional del Trabajo N° 158 de la OIT. Aquí se señala que cada país en sus respectivas legislaciones puede reconocer una estabilidad laboral de salida absoluta o relativa; y si bien respecto a su aplicación en nuestro ordenamiento podría alegarse que este no ha sido ratificado por el Perú, debemos recordar que posee eficacia de recomendación, actuando por tanto como una directriz.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –conocido también como el Protocolo de San Salvador–, es una norma internacional que sí está ratificada por el Perú. Este protocolo, que se vincula e interpreta de la mano del artículo 27 de nuestra Constitución, en su artículo 7d dispone que: *“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”*.

Así, si bien nuestra Constitución reconoce y otorga una adecuada protección frente al despido arbitrario; el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que frente a un despido arbitrario podrían corresponder – según lo decida el legislador de cada ordenamiento– cualquiera de las siguientes posibilidades: indemnización, readmisión al empleo, o cualquier otra prestación.

Frente a este supuesto, como ya lo hemos mencionado, el principio de reserva legal se impone de manera automática⁹¹, siendo que solo por ley o por decreto legislativo⁹² se podrá regular el derecho constitucional a la protección adecuada frente al despido arbitrario reconocido en nuestra norma suprema. En palabras del Tribunal Constitucional, “[l]a sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio”⁹³.

Esta exigencia de reserva de ley, se deriva también del derecho internacional. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “[l]a exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre otros tratados internacionales en los que el Estado peruano es parte, ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30.º de la Convención Americana de

⁹¹CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2007) *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra editores, 3ª edición, Lima, pp. 410–416.

⁹² Así por ejemplo, refiriéndose al artículo 168 CP, ha dicho el Tribunal Constitucional que “la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una *ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión* (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia”.

⁹³ EXP. N° 2868–2004–AA/TC, del 24 de noviembre de 2004, F. J. 15.

Derechos Humanos, según el cual ‘Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’⁹⁴.

En esta línea, el legislador ha cumplido con su deber constitucional de desarrollar el artículo 27 de la Constitución, cuando a través de un decreto legislativo ha establecido cuál es la adecuada protección contra el despido arbitrario para los trabajadores del régimen privado. Así, el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 34 dispone que *“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido”*, la cual será equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Entonces, estamos ante una sanción que nuestro ordenamiento impone al empleador por la comisión de un acto arbitrario, siendo que “tal como lo indica la Sentencia Casatoria N° 399–99 de la sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema: ‘Se debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral (Decreto Supremo número cero cero tres–noventa y siete–TR) ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente a un sueldo y medio por año de servicio, con un tope máximo de doce remuneraciones’.”⁹⁵

El Tribunal Constitucional apoyando esto, afirma que “el artículo 34 del Decreto Legislativo N.º 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador –vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995–, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los

⁹⁴ EXP. N° 05057–2013– PA/TC, del 16 de abril de 2015, F.J. 8.c.

⁹⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Los supuestos de la reposición laboral del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N°100, p. 25.

cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional”⁹⁶. En otras palabras, tal y como lo reconoce Castillo Córdova “esto quiere decir que la indemnización como adecuada protección contra el despido arbitrario, no es inconstitucional”⁹⁷.

Así, el legislador, en cumplimiento de lo ordenado por el constituyente, estableció que para el trabajador del sector público o del privado que regulase su relación laboral según el régimen laboral privado, la adecuada protección contra el despido arbitrario consistiría solamente en una indemnización, en los términos ya señalados.

B. El Tribunal Constitucional frente al despido arbitrario

Como hemos expuesto, el Constituyente decidió que fuese el legislador y no el Tribunal Constitucional, el órgano encargado de concretar la adecuada protección contra el despido arbitrario, y en cumplimiento de este encargo se decidió por la indemnización como respuesta constitucionalmente válida. Esta labor, por exigencia de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se debe realizar de conformidad con las normas convencionales así como las interpretaciones que de las mismas se hayan formulado, lo cual como demostré en el apartado anterior, el legislador sí realizó correctamente.

Hasta el año 2002 el Tribunal Constitucional rechazaba las demandas que pretendían la reposición del trabajador, pues alegaba correctamente que la indemnización era la forma válida de protección ante un despido arbitrario. Sin embargo, desde ese año en adelante el Tribunal Constitucional cambia dicho criterio, el cual se pone en evidencia a partir de dos sentencias frente a los despidos llevados a cabo por Telefónica del Perú.

⁹⁶ EXP. N° 00876–2001–AA/TC, del 13 de marzo de 2003, F.J. 12.a.

⁹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El tuerto desfacedor de entuertos. El nuevo precedente en discusión”. Ob. cit., p. 29.

En primer lugar está la sentencia en el caso del Sindicato y la Federación de Trabajadores de Telefónica contra Telefónica –Exp. N° 01124–2001⁹⁸– en la cual el Tribunal Constitucional afirmó que “[l]a forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.”⁹⁹ Y en segundo lugar está la sentencia en el caso de Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica donde se afirmó que “(...) la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso”.¹⁰⁰

Como vemos, el Tribunal Constitucional no se limitó a reconocer la constitucionalidad en la decisión del legislador de concretar la adecuada protección contra el despido arbitrario a través de la indemnización, sino que afirmó que frente al despido arbitrario se podría generar la posibilidad entre reposición o indemnización a elección del trabajador; estableciendo una nueva forma de protección ante los despidos, la cual habilita al trabajador afectado a iniciar un proceso constitucional de amparo para obtener su reposición y así ser resarcido ante la lesión a su derecho constitucional al trabajo.

La razón que dio el Tribunal Constitucional para sostener la norma creada fue que, al tener el amparo por finalidad reponer las cosas al estado anterior a la agresión, la sentencia no podía acabar de otra manera que ordenando la reposición; ya que “[p]or la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una

⁹⁸ EXP. N° 1124–2001–AA/TC, del 11 de julio de 2002, Recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú.

⁹⁹ EXP. N° 1124–2001–AA/TC, del 11 de julio de 2002, F.J. 12.c.

¹⁰⁰ EXP. N° 00876–2001–AA/TC, del 13 de marzo de 2003, F.J. 16.

indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1º de la Ley N.º. 23506, ‘reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional’. En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente”¹⁰¹. De esta forma podemos ver como “el contenido de un derecho sustantivo fue determinado por la existencia de un mecanismo procesal”¹⁰².

Sin embargo, como afirma Castillo Córdova, esta es una razón manifiestamente incorrecta, debido a que el Tribunal Constitucional, no se dio cuenta de que “el alcance de la tutela procesal viene determinado por el alcance material del derecho fundamental. De modo que primero había que justificar si el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario daba derecho o no a la reposición, para después afirmar que el amparo debía ordenar la reposición del trabajador”¹⁰³, lo cual como hemos demostrado, no ocurre.

El Tribunal Constitucional parece haber olvidado que como supremo intérprete de la Constitución, no le corresponde sustituirse en la función normativa atribuida al legislador. En efecto, el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de las leyes, y si encuentra que alguna es inconstitucional, así lo declara, ya sea para invalidarla (acción de inconstitucionalidad) o para inaplicarla en un caso en concreto (los demás procesos constitucionales de su competencia); pero en ningún caso desplaza al legislador para establecer él mismo lo que constitucionalmente está atribuido al legislador. Por tanto, es a partir de este momento que la protección se concretó no a través de la indemnización, sino a través de la alternativa entre la indemnización y reposición, a elección del trabajador.

¹⁰¹ EXP. N.º 00876–2001–AA/TC, del 13 de marzo de 2003, F.J. 13.b.2.

¹⁰² EXP. N.º 05057–2013– PA/TC, del 16 de abril de 2015, voto singular del Magistrado Sardón de Taboada, párrafo N.º 6.

¹⁰³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El tuerto desfacedor de entuertos. El nuevo precedente en discusión”. Ob. cit., p. 30.

Como afirma Castillo Córdova, “el TC se excede a la hora de modificar la constitucional regla jurídica creada por el legislador. Este tiene un margen de acción legislativa que le permite decidir entre dos o más posibles respuestas constitucionales. La razón que permite abrazar una u otra respuesta igualmente constitucional ya no es una razón jurídica, sino una razón política que compete al Gobernante. Es el Parlamento, como parte del gobierno de la comunidad política, el que tiene que analizar la concreta realidad y decidir qué es lo que más conviene. (...) lo que no puede ocurrir, no al menos sin incurrir en inconstitucionalidad, es que tomada una decisión constitucional por parte del legislador, el TC la invalide para imponer su propio análisis de lo conveniente a la comunidad política”¹⁰⁴, tal como lo hizo a partir del 2002.

Así, después de lo expuesto podemos concluir que la norma creada por el Tribunal Constitucional es inconstitucional, pues representa un ejercicio extralimitado de la función que tiene encargada.

C. Constitucionalidad de la norma N° 18 del precedente Huatuco

Trece años después llega el precedente Huatuco, el cual como hemos visto, en su norma N° 18 se aparta de la inconstitucionalidad creada por el mismo Tribunal Constitucional, afirmando que tal como lo dispone nuestra normativa, frente al despido arbitrario de trabajadores que entraron a laborar al sector público bajo el régimen privado, solo será posible optar por la tutela resarcitoria y no por la reposición, salvo que este haya ingresado por concurso público, a plazo indeterminado, existiendo previamente una plaza en la institución debidamente presupuestada.

Algunos de los Magistrados que conformaron el Tribunal Constitucional, después de emitido el precedente y consientes del gran cambio que se daba, se pronunciaron al respecto a fin de fundamentar su opinión, emitiendo fundamentos de votos y votos singulares.

¹⁰⁴ *Idem.*, p. 31.

El voto singular se da cuando uno de los integrantes del órgano colegiado no está de acuerdo con el fallo de la sentencia, tal como sucede en el caso del Magistrado Blume Fortini, quien mediante su voto singular da a conocer las razones de su discrepancia con lo decidido por la mayoría, señalando que “(...) resulta desconcertante la asunción del Precedente Huatuco por el Tribunal Constitucional, pues, como se observa, y lo voy a demostrar, nace contrariando su propia y uniforme jurisprudencia, sin que se haya perfilado una regla a través de una hilera de sentencias y afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, (...)”¹⁰⁵

En el caso del fundamento de voto, este es emitido cuando se coincide con el sentido del fallo adoptado por la mayoría, pero se considera que se sustenta en otros argumentos o, en argumentos adicionales a los planteados por la mayoría del colegiado, tal como sucede en el caso del Magistrado Urviola Hani, quien si bien concuerda con lo resuelto, considera que se sustenta en las razones incorrectas, pues tal como él afirma, “he llegado al convencimiento de que el criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la reposición laboral en la Administración Pública debe ser modificado debido a que: Paulatinamente se viene instaurando un nuevo régimen laboral único (Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil) basado en la meritocracia, optimizando, de este modo, los escasos recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer necesidades colectivas. Ahora bien, dado que el estado actual de la jurisprudencia se opone a lo dispuesto en dicha ley que, entre otras cosas, busca imponer de manera gradual un régimen laboral único en el Estado, para lo cual cierra el ingreso de personal bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 728, se hace imprescindible un viraje en la misma”¹⁰⁶.

La norma N° 18 del precedente Huatuco es constitucional, pues no debemos olvidar que nuestra Constitución no reconoce a la reposición como la única forma de reparar al trabajador ante un

¹⁰⁵ EXP. N° 05057-2013- PA/TC, del 16 de abril de 2015, fundamento de voto del Magistrado Blume Fortini, F.J. 4, párrafo N° 3.

¹⁰⁶ EXP. N° 05057-2013- PA/TC, del 16 de abril de 2015, voto singular del Magistrado Urviola Hani, F.J. 4.a.

despido arbitrario, siendo que dicho argumento fue una mera creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y como sabemos, jurisprudencialmente no se puede contravenir ni la Constitución ni la ley. En este sentido, y tal como lo reconoce el Magistrado Sardón de Taboada en su voto singular “el derecho al trabajo está consagrado por el artículo 22° de la Constitución de 1993. Ésta dice: ‘El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona’. Indudablemente, el trabajo es un derecho fundamental, pero ello no implica que incluya el derecho a la reposición. En realidad, su contenido debe ser determinado de una revisión conjunta de todas las normas referidas a los derechos fundamentales y al régimen constitucional económico. En esta perspectiva, éste debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público.*”¹⁰⁷

Es así que, tal como ya lo hemos señalado, el artículo 27 de la Constitución establece que “*la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”, el cual contiene un derecho de configuración legal al conceder al legislador la potestad de definir cuál es el nivel de protección apropiado de tutela ante un despido arbitrario, siendo que será el legislador, y no el Tribunal Constitucional, quien decidirá la adecuada protección contra el despido arbitrario. Bajo este fundamento esta norma fue concretada por el legislador, entre otras, a través del artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, la cual contaba con constitucionalidad. Sin embargo, esta norma fue modificada inconstitucionalmente por el Tribunal Constitucional a partir del año 2002 en su jurisprudencia, llegando a sostener que el trabajador despedido arbitrariamente tiene derecho a una indemnización o a la reposición a su elección. De esta manera es el mismo Tribunal Constitucional quien años después a través del precedente Huatuco, enmienda la inconstitucionalidad de la norma creada en la sentencia Llanos Huasco.

¹⁰⁷ EXP. N° 05057–2013– PA/TC, del 16 de abril de 2015, voto singular del Magistrado Sardón de Taboada, párrafo N° 7.

Lo que hizo el Tribunal con este precedente es volver a interpretar correctamente las disposiciones de nuestro ordenamiento constitucional de la forma en la que lo hacía antes del 2002. Sin embargo, tal como lo reconoce Castillo Córdova, lo hace parcialmente y con sustentos deficientes¹⁰⁸, pues es el mismo fundamento 18 el que dispone que “esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado”¹⁰⁹, cuando lo correcto hubiera sido que se aplicara a todos los trabajadores del régimen privado, laboren o no para el Estado.

4. La cosa juzgada y el precedente Huatuco

Después de haber analizado el panorama sobre la regulación de la estabilidad laboral de los trabajadores del Estado sujetos al régimen laboral privado por la que ha pasado nuestro ordenamiento en estos años, considero prudente detenernos a responder la siguiente pregunta: ¿Se vulnera la cosa juzgada si se aplica el precedente Huatuco al caso de un trabajador cuya estabilidad laboral ya ha sido reconocida judicialmente?

A esta interrogante dio respuesta el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 17 de setiembre de 2016, pues era necesario llevar a cabo un foro que propicie la discusión y debate sobre la forma de proceder frente al segundo despido de un trabajador del Estado sujeto al régimen laboral privado con contrato laboral a plazo indeterminado, cuya condición había sido declarada mediante sentencia judicial firme y repuesto en cumplimiento de dicha sentencia, surgiendo ante este supuesto la siguiente duda ¿corresponde aplicar el precedente de la STC N°05057–2013–PA/TC (Caso Huatuco)? Cabe mencionar que mediante un Pleno Jurisdiccional se busca no solo propiciar la discusión y debate sobre temas jurídicamente controversiales, sino también promover la reflexión de los magistrados, conduciendo de esta manera al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, fortaleciendo el sistema jurídico y la organización judicial.

¹⁰⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El tuerto desfacedor de entuertos. El nuevo precedente en discusión”. Ob. cit., p. 31.

¹⁰⁹ EXP. N° 05057–2013– PA/TC, del 16 de abril de 2015, F.J. 18.

Como respuesta a esta interrogante, por mayoría –con 87 de 88 votos–, el Pleno Jurisdiccional concluyó que frente a un segundo despido “no debe aplicarse el precedente Huatuco al trabajador público sujeto al régimen laboral privado con contrato a plazo indeterminado, cuya condición ha sido declarada mediante sentencia judicial firme y que ha sido repuesto en cumplimiento de dicha sentencia, porque se está ante un supuesto distinto al del requisito del concurso público que exige dicho precedente y se viola el principio de cosa juzgada”¹¹⁰, pues “se considera que si un trabajador cuenta con una sentencia con autoridad de cosa juzgada material, que constituye una protección constitucional, anterior al despido por el cual se solicita la reposición, resulta que debe entenderse que en la primera sentencia implícitamente ya se ha dispuesto y ordenado judicialmente que la emplazada le otorgue una plaza, que se disponga el presupuesto necesario para el pago de los derechos laborales y seguridad social, y que ha adquirido un contrato de trabajo con carácter indeterminado, en tal caso, el demandante ya cuenta con un puesto de trabajo por sentencia judicial, si después de ello se le despide nuevamente ya sea por despido nulo, incausado o fraudulento, ya no es posible exigir los requisitos del caso Huatuco Huatuco”¹¹¹, debido a que “el caso propuesto no se subsume en el supuesto de hecho del precedente vinculante – Caso Huatuco–, puesto que no está en controversia la desnaturalización del contrato modal o contrato de locación de servicios, ya que la situación laboral del trabajador ha sido establecido en un proceso previo con sentencia con calidad de cosa juzgada”¹¹².

Así, al encontrarnos ante un supuesto distinto que justifica la no aplicación del precedente Huatuco, estaríamos frente a la figura del *distinguish*. La cual no supone, en sentido estricto, la inaplicación de un precedente vinculante, sino la identificación de aquellos casos que se encuentran fuera de su alcance normativo; por tanto, tal como lo sustenta el Pleno Jurisdiccional, se estaría “inaplicando” el precedente Huatuco porque el supuesto de hecho que ha servido para emitir este precedente no se presenta en el caso concreto que se ha resuelto en el Pleno. Caso contrario, es decir, de poder aplicarse la *ratio decidendi* del primer caso al segundo, el tratamiento debería ser igual, porque este puede

¹¹⁰ Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, Conclusiones Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral del 17 de setiembre de 2016, Conclusión plenaria, p. 6.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquel. Si esta subsunción no es posible, tal como ya lo ha justificado con las razones expuestas en el párrafo precedente, el juez deberá resolver sin seguir la *ratio decidendi* del primer caso y fundamentar una nueva para el segundo caso.

De esta forma, y siguiendo con lo expuesto por el Pleno Jurisdiccional, resulta lógico afirmar que con la aplicación del precedente Huatuco se estaría vulnerando la institución jurídica de la cosa juzgada pues la condición de trabajador a plazo indeterminado ya fue reconocida en una sentencia judicial firme y consentida, por lo que frente a un nuevo despido, correspondería la reposición del trabajador. Y es que como ya lo hemos desarrollado en el capítulo anterior, la primera sentencia, como cosa juzgada, tendría la calidad inmutable y definitiva, gozando de la fuerza que el ordenamiento jurídico da a los resultados obtenidos en un proceso, lo cual conlleva a que sean inalterables y obligatorios para las partes, esto es, inatacables. Así, es innegable el hecho de que la cosa juzgada constituye una garantía constitucional de la administración de justicia, según la cual un proceso que ha concluido con una resolución firme no puede ser nuevamente juzgado en el mismo caso o mediante uno nuevo.

Sin embargo, como se ha demostrado hasta el momento, el Tribunal Constitucional al otorgarle la reposición al trabajador a través de las sentencias de amparo extralimitó sus funciones, pues a quien le corresponde decidir entre una u otra forma de protección no es al trabajador ni al Tribunal Constitucional, sino al legislador. El constituyente decidió que fuese el legislador y no el Tribunal Constitucional, el órgano encargado de concretar la adecuada protección contra el despido arbitrario; y el legislador decidió por la indemnización como la forma adecuada protección para el trabajador del régimen privado. Por tanto, si bien han pasado varios años de vigencia de esta norma inconstitucional, bajo la cual se dictó la primera sentencia del trabajador que le otorgaba la reposición, el paso del tiempo no ha provocado que la norma haya perdido inconstitucionalidad.

Recordemos que “la *cosa juzgada constitucional*, (...) se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal

Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.”¹¹³ Por tanto, considero que si bien ha existido cosa juzgada, pues hubo una sentencia que se pronunció sobre el fondo al reponer al trabajador en su puesto de trabajo frente al primer despido, no hubo realmente cosa juzgada constitucional, ya que dicho pronunciamiento sobre el fondo se realizó de conformidad a una regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional que contravenía de modo manifiesto la voluntad del constituyente.

Por estos motivos, y como respuesta a la pregunta planteada, considero que el segundo despido sufrido por el trabajador debe considerarse como un hecho nuevo, el mismo que ha ocurrido cuando ya se había emitido el precedente Huatuco, correspondiéndole como hemos visto, la indemnización y no la reposición; y es que como señala Crisanto Castañeda “quien ingresa a un puesto que requiere concurso público de méritos para ser cubierto, forma parte de una relación jurídica inestable *ab initio*, cuyo desarrollo no puede generar la misma estabilidad en el empleo que un servidor que ‘sí gana’ su plaza indefinida siguiendo las reglas constitucionales de la función pública”¹¹⁴. Por ende, con la aplicación del precedente Huatuco no podría hablarse de la vulneración al principio de la calidad de cosa juzgada, no por lo menos desde un punto de vista materialmente constitucional.

Y es que, si bien existe cosa juzgada, al no ser cosa juzgada constitucional, es posible entrar a revisar la primera sentencia que contiene la resolución de reposición; por tanto, la calidad de cosa juzgada que ostenta es solo formal más no material, debido a que el constituyente en un primer momento no realizó la interpretación acorde con la Constitución. Por estos motivos, al no haber cosa juzgada inalterable, esta puede ser modificada en el futuro, es decir, que sí es posible entrar a revisar y modificar la reposición a plazo indeterminado que se le otorgó al trabajador público sujeto al régimen laboral privado, pues la regla jurídica que lo permitió era inconstitucional.

¹¹³ EXP. N° 006–2006–PC/TC, del 12 de febrero del 2007, F.J. 70.

¹¹⁴ CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. “El caso de la trabajadora que perdió su reposición e indemnización”. Ob. cit., p. 92.

Sobre este punto, concerniente a la reposición a plazo indeterminado que otorgaba la primera sentencia al trabajador público sujeto al régimen laboral privado, creo que es conveniente preguntarnos, ¿pueden existir trabajadores públicos con relaciones laborales indefinidas bajo el régimen 728? A mi parecer no es conveniente, pues tal como lo dispone el artículo 28 del Reglamento de la Carrera Administrativa, para realizar labores de naturaleza permanente, obligatoriamente el ingreso se hará por concurso público y si bien el artículo 39 reconoce una excepción, el caso en cuestión no encajaría dentro del supuesto, pues establece que se podrá siempre y cuando exista una máxima necesidad debidamente fundamentada, cosa que no ocurre. Así también, no podemos olvidar que en el artículo 3 del mismo Reglamento, se reconoce como una de las particularidades con las que cuenta la carrera administrativa que solo al servidor nombrado, es decir, aquel que entró por concurso público a una plaza presupuestada y vacante, se le reconoce el derecho a la estabilidad laboral indeterminada, pudiendo ser despedido solo dentro de un proceso disciplinario¹¹⁵ en el que se invoque y pruebe una causal de destitución –máxima sanción disciplinaria¹¹⁶–, lo que implicaría realmente el término de su carrera administrativa; salvo desee reingresar¹¹⁷ al servicio público, lo cual tendrá prohibido durante el plazo

¹¹⁵ Las entidades de la Administración Pública establecerán Comisiones Permanentes de Procesos Administrativos Disciplinarios para la conducción de los respectivos procesos. Así, en los casos en los que el servidor público incurra en falta de carácter disciplinario, cuya gravedad pudiera ser causal de cese temporal o destitución, será sometido a proceso administrativo disciplinario escrito y sumario, el cual no excederá de treinta (30) días hábiles improrrogables. Esta Comisión estará constituida por tres (3) miembros titulares –presidida por un funcionario designado por el titular de la entidad, acompañado del Jefe de Personal y un servidor de carrera designado por los servidores– y contará con tres (3) miembros suplentes. La Comisión podrá contar con el asesoramiento de los profesionales que resulten necesarios. Para los casos de proceso de funcionarios se constituirá una Comisión Especial integrada por tres (3) miembros acordes con la jerarquía del procesado, la cual tendrá las mismas facultades y observará similar procedimiento que la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios.

¹¹⁶ Decreto Legislativo N° 276

Artículo 26°.– SANCIONES.– Las sanciones por faltas disciplinarias pueden ser: a) Amonestación verbal o escrita; b) Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días; c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses; y, d) Destitución.

Artículo 34°.– TERMINO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA.– LA Carrera Administrativa termina por: a) Fallecimiento; b) Renuncia; c) Cese definitivo; y d) Destitución

¹¹⁷ Decreto Legislativo N° 276

de cinco años como mínimo.

Con lo expuesto hasta el momento, considero que no cabe duda que la regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional según la cual el trabajador sujeto al régimen privado tiene derecho a la reposición o a la indemnización a su elección ante el despido arbitrario es inconstitucional, y por tanto, la orden de reponer al trabajador a plazo indeterminado en su puesto de trabajo también lo es, no existiendo ahí cosa juzgada constitucional. Ahora, si la reposición frente al primer despido no es cosa juzgada constitucional, y por tanto no está “blindada”, ¿se puede atacar?, y en caso se pueda ¿cómo se atacaría? Considero que no será posible atacarla, pero no porque sea cosa juzgada, sino porque no contamos con un recurso o acción en nuestro ordenamiento que nos permita hacerlo. Solo será posible realizar un segundo pronunciamiento en caso estemos frente a un nuevo despido del mismo trabajador, pues con este nuevo hecho nos encontraremos frente a la pregunta de si lo que le corresponde es la reposición –en virtud a la primera sentencia–, o indemnización –debido a que se encuentra vigente el precedente Huatuco–. La respuesta correcta en este caso sería la indemnización, pues al no haber cosa juzgada constitucional en la primera sentencia, seguiría vigente el supuesto inicial por el cual el trabajador público sujeto al régimen laboral privado entró sin concurso público de méritos a una plaza que no estaba presupuestada ni vacante, por tanto, el nuevo hecho encajaría dentro del supuesto de aplicación del precedente Huatuco.

Como vemos, la aplicación del precedente Huatuco en caso se produzca un segundo despido del trabajador se apoya de modo fuerte en la inconstitucionalidad de la primera regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional, y es que al haberse dictado una resolución inconstitucional, cuando en un futuro el juez se encuentre frente a un segundo despido –hecho nuevo– aplicará el precedente Huatuco por dos razones: primero, porque el primer fallo está contenido en una sentencia inconstitucional, por tanto la reposición a plazo indeterminado del trabajador público sujeto al régimen laboral privado es inconstitucional, no es eficaz y al no haber cosa juzgada inamovible, se puede modificar; y la segunda razón es que, frente al segundo despido, y al no tener validez

Artículo 30°.- REINGRESO DEL SERVIDOR DESTITUIDO.- El servidor destituido no podrá reingresar al servicio público durante el término de cinco años como mínimo.

la reposición que ordenó la primera sentencia, nos encontramos ante un trabajador público sujeto al régimen laboral privado que entró sin concurso público de méritos a una plaza que no estaba presupuestada ni vacante, es decir, nos encontramos frente al supuesto de aplicación del precedente Huatuco.

Solo si se cumplen dichas condiciones el Tribunal Constitucional podrá pronunciarse sobre la sentencia del primer despido, pues si bien es supremo controlador de la Constitución, considero que el Tribunal Constitucional no podría volver a pronunciarse si no se toca el tema nuevamente, tiene que haber necesariamente algo que ponga otra vez al asunto en discusión, y esto solo se puede lograr mediante un recurso –con el cual no contamos– o mediante una acción, la cual siempre debe ser vinculada a un hecho nuevo, y en este caso como ya lo mencione, será el segundo despido del mismo trabajador.

Por tanto, en las entidades públicas autorizadas a contratar mediante el régimen privado, cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude en el contrato, no deberán considerarse como contratos a plazo indeterminado. Esto no significa que el Tribunal Constitucional no reconozca la desnaturalización de los contratos en la Administración Pública, pues sí lo hace, y es por eso que ante esos supuestos otorga la indemnización, que es la forma correcta de protección que otorga nuestro ordenamiento al trabajador sujeto al régimen privado.

Sin embargo al alegar esto, muchos creen que el Tribunal Constitucional está inaplicado los artículos 4 y 77 de la LPCL, lo cual no es cierto, pues él mismo afirma que “(...) es evidente que se ha optado por una *interpretación literal y aislada* de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 (...)”¹¹⁸, y es que “(...) cuando los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sean aplicados en el ámbito de la Administración Pública, deberán ser interpretados en el sentido de que el ingreso de nuevo personal o la ‘reincorporación’ por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la

¹¹⁸ EXP. N° 05057–2013– PA/TC, del 16 de abril de 2015, F.J. 5.

persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”¹¹⁹, y esto debe ser así “en la medida que el artículo 5° de la Ley N.° 28175, Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que los accionantes no podían ser reincorporados mediante un contrato a plazo indeterminado si es que no ingresaron por concurso público.”¹²⁰ Por tanto, es claro que si para el ingreso se requiere concurso, es lógico pensar que para la reincorporación a plazo indefinido se deben exigir los mismos requisitos.

Debemos tener en cuenta que, tal como sostiene Soltau Salazar, al utilizar el Tribunal Constitucional la expresión “acceso a la función pública en condiciones de igualdad” se refiere a que esta se debe basar “en una adecuada ponderación –aunque no explícita– de todos los valores de relevancia constitucional que están en juego: por un lado, el derecho al trabajo y el principio de primacía de la realidad y, por el otro, el principio–derecho de igualdad de oportunidades en el acceso a los empleos públicos”.¹²¹ Por tanto, al aplicar el precedente Huatuco en estos casos, lo que se está haciendo es reivindicar el principio–derecho de igualdad de oportunidades en el acceso a los empleos públicos, el cual se había perdido al permitir el ingreso irregular de un servidor público, otorgándole una especie de “nombramiento judicial” con su reposición mediante la primera sentencia, pero sin la formalidad de haber pasado por el concurso de méritos exigido por ley. El Estado no debe olvidar que, como uno de los principales empleadores del mercado laboral que es, se encuentra en la obligación de brindar ofertas de empleo en términos de igualdad que aseguren el ingreso a aquellas personas que reúnan las mejores capacidades y méritos, asegurando de esta forma el ingreso de personas con mejores capacidades y aptitudes, destinadas a contribuir a la generación de una Administración más eficiente, lo cual beneficiará al interés común de la población.

¹¹⁹ *Ibídem*, F.J. 15.

¹²⁰ *Ibídem*, F.J.6.

¹²¹ SOLTAU SALZAR, Sebastián. “La importancia del concurso público en las contrataciones del Estado”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91, p. 48.

CONCLUSIONES

Para dar respuesta de forma acertada a la pregunta de si se vulnera o no la cosa juzgada con la aplicación del precedente Huatuco, ha sido necesario desarrollar diversos conceptos e instituciones jurídicas que tienen relación directa con el tema en cuestión, los cuales, a medida que se trataban en cada capítulo, iban evidenciando sus principales notas características. Y es que resulta importante considerar que solo después de tener cada uno de estos conceptos claros, será posible relacionarlos entre sí y de esta forma llegar a formular una respuesta a la pregunta que anima esta investigación.

Nuestra Constitución, como norma suprema y por ende, base de todo nuestro ordenamiento, está situada sobre todas las restantes normas, por lo que las normas infra constitucionales que de ella se desprendan, serán válidas siempre que se mantengan dentro de los márgenes que se desprendan de las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente.

La Constitución, por su carácter general, está compuesta de normas abstractas que deben ser interpretadas –en relación a la normativa internacional que corresponda– para su aplicación al caso concreto. Dicha tarea se le ha encomendado al Tribunal Constitucional con carácter supremo. Sin embargo, si bien estas interpretaciones tienen carácter normativo y al nacer se adhieren a la Constitución por ser directas concreciones de la misma, debido a la naturaleza de poder constituido que tiene el Tribunal Constitucional, estas normas constitucionales adscriptas, sin dejar de ser formalmente constitucionales, pueden llegar a ser materialmente inconstitucionales.

En su labor de supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional también emite precedentes vinculantes, que son normas constitucionales adscriptas de alcance general y efectos *erga omnes*, a las cuales se les ha revestido de un ropaje especial y meramente formal. De esta manera, los precedentes vinculantes son –como toda norma constitucional adscripta– parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga, de forma tal que el juez se vincula a estos como si se vinculase a la Constitución misma. Por tanto, sus efectos son similares a los de una ley, permitiéndole ir con claridad y seguridad más allá de los efectos inter partes, propios del fallo de toda sentencia.

La institución de la cosa juzgada está en relación directa con las sentencias. Y es que esta es una garantía que otorga la administración de justicia frente al ordenamiento y las partes, la cual opera solo cuando nos encontramos ante la cosa juzgada *constitucional* que se garantiza en el Art. 139 inciso 2 de la Constitución, es decir, cuando nos encontramos frente a una resolución firme que se pronuncia sobre el fondo de la controversia, y sobre todo, a la que se haya llegado en base a una interpretación de la Constitución que sea materialmente constitucional. Es importante recalcar que solo en este caso nos encontraremos dentro del real ámbito de protección del derecho constitucional de la cosa juzgada como tal, teniendo estas sentencias la calidad de indiscutibles –tanto en el mismo proceso como en uno nuevo– asegurando de esta forma que su contenido permanecerá inalterable. En relación a esto, es claro que si una resolución judicial no es válida, obviamente carecerá del atributo de la cosa juzgada, siendo posible revisar nuevamente su contenido, tal como sucedió con la sentencia judicial firme que ordenó la reposición a plazo indeterminado del trabajador del Estado sujeto al régimen laboral privado.

Respecto a la regulación de los regímenes laborales en nuestro país, la Constitución diferencia el régimen laboral público del privado, razón por la que lógicamente existe la prohibición de deformarlos. Y si bien es posible el ingreso a la carrera administrativa bajo el régimen privado, esta contratación debe ser siempre interpretada acorde con las disposiciones de la carrera administrativa. En esta misma línea, la Constitución reconoce al trabajador una adecuada protección frente al despido arbitrario y fue el legislador, quién en virtud a la reserva de ley –

la cual también encuentra sustento en normas internacionales— se decidió por la indemnización como forma adecuada de protección.

Es así que, si bien se demostró con fundamentos lógicos y convincentes los motivos por los cuales no se vulnera la cosa juzgada con la aplicación del fundamento 18 del precedente Huatuco ante el segundo despido de un trabajador del Estado sujeto al régimen laboral privado previamente repuesto a plazo indeterminado en virtud de una sentencia judicial firme, esta investigación demostró también que no se hubiera podido dar respuesta a la pregunta antes planteada determinando simplemente si es la cosa juzgada o el precedente vinculante quien tiene más peso en nuestro ordenamiento, ya que no cabe pensar en la existencia de una real contraposición.

En los casos en que estemos frente a un conflicto aparente, debemos analizar a detalle el tema en cuestión, pues alguno de los conceptos debe estar siendo aplicado de forma incorrecta. El supuesto aquí analizado, en especial el segundo despido del trabajador previamente repuesto por sentencia firme, nos sirvió para demostrar que, aunque a primera vista sí lo parezca, no existe conflicto alguno, solamente una institución mal aplicada, ya que si bien existía cosa juzgada, esta era inconstitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BAQUERIZO ROJAS, Cinthia Grace. "La regla 18 del precedente Huatuco ¿El TC vulnera los derechos laborales de los trabajadores estatales?", en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 94.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "El precedente Huatuco: Una decisión inconstitucional del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 92.
- BERAUN BARRANTES, José Antonio. "El empleo público, la reposición de los trabajadores del Estado y el precedente Huatuco", en *Actualidad Jurídica* Octubre N° 263, Lima, Gaceta Jurídica.
- CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CORDOVA, Luis. (2008) *El precedente judicial y el precedente constitucional*, en ARA Editores, Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2008) *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Grijley, Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El tuerto desfacedor de entuertos. El nuevo precedente en discusión", en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2008) "Fundamentación filosófica de los derechos humanos. La persona como inicio y fin del derecho". En. CÁCERES, J. *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional* Arequipa. Editorial Adrus. (265–286). [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1918/Fundamentacion_filosofica_derechos_humanos.pdf?sequence=1.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2011) “Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional* N° 37.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2012) "La Constitución como objeto de control constitucional", en *Gaceta Constitucional*, Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2014). “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”, en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* N° 77.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2015) "*Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*", en *Gaceta Jurídica*.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2007) *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra editores, 3ª edición, Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2016). “Validez y eficacia de los precedentes vinculantes”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 97.
- COVIAN Y MACCHIAVELLO, Alfonso. *Justicia y seguridad jurídica, supuestos del derecho positivo* (1960), Lima, PUCP.
- CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. “El caso de la trabajadora que perdió su reposición e indemnización”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91.
- DE LA OLIVA, Andrés. (2005) *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. THOMSON CIVITAS, Primera Edición.

- ESPINOZA SALDAÑA, Eloy. (2014) “Rechazo liminar del recurso de agravio constitucional: Nuevo precedente del TC. Justificación y alcances del nuevo precedente del TC”, en *Gaceta Jurídica* Tomo 82, Lima.
- GARCÍA TOMA, Víctor. (2009) *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Arequipa, Adrus.
- GONZÁLES RAMÍREZ, Luis Álvaro. "La aplicación del distinguish: Identificación de supuestos fuera de alcances normativos del precedente Huatuco", En *Actualidad Jurídica* Setiembre N° 262, Lima, *Gaceta Jurídica*.
- GONZÁLES RAMÍREZ, Luis Álvaro. "Reposición laboral y entidades públicas bajo régimen laboral privado. A propósito del nuevo precedente del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Laboral y Procesal Laboral, Actualidad Jurídica* Julio N° 260, Lima, *Gaceta Jurídica*.
- GUILHERME MARINONI, Luiz. (2008) *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*. COMMUNITAS, Lima.
- GUTIÉRREZ WALTER; *La Constitución Comentada*. Tomo I y II (2005), Lima, *Gaceta Jurídica*.
- HAKANSSON NIETO, Carlos. (2009) “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Una aproximación”, Repositorio Institucional Pirhua, Universidad de Piura, Piura, p. 20 [en línea] https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1625/Principios_de_interpretacion_y_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1
- HINOSTROZA MINQUEZ, Alberto. (2006) *Resoluciones judiciales y cosa juzgada*, Lima, *Gaceta Jurídica*.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2006) “Resoluciones judiciales y la cosa juzgada”, en *Gaceta Jurídica*, Primera Edición.

- LIENDO TAGLE, Fernando y CARLÍN RONQUILLO, César. “Comentarios sobre la cosa juzgada constitucional. Limitaciones, controles y razones para perfeccionar un modelo de control constitucional de decisión”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 78.
- MARTINEZ PUJALTE, Antonio Luis. (2010) *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría General e implicaciones prácticas*. Palestra Editores, Lima.
- MORALES SARAVIDA, Francisco. “La ilegitimidad constitucional del precedente Huatuco. Razones para una rectificación”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91.
- MORALES SARAVIDA, Francisco. “Diez razones para que el precedente Huatuco se deje sin efecto”, en *LA LEY*, Julio 2015.
- NIEVA FENOLL, Jordi. (2006) *La cosa juzgada*, Alterier, Barcelona.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. "Límites del efecto negativo de la cosa juzgada y proceso social". En: https://MAGNOGUA.FILES.WORDPRESS.COM/2009/02/COSA_JUZGADALEV.DOC
- NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. (2010) *El Non Bis In Idem y la Cosa Juzgada en el ordenamiento jurídico peruano: Una perspectiva desde el derecho constitucional, los derechos humanos y el derecho penal*. Ediciones Caballero Bustamante, Lima.
- NUÑEZ THERESE, Pamela. "El precedente vinculante del caso Huatuco y el derecho al trabajo de los empleados públicos", En *Actualidad Jurídica Agosto* N° 261, Lima, Gaceta Jurídica.
- NUÑEZ THERESE, Pamela. “El precedente vinculante del caso Huatuco y el derecho al trabajo de los empleados públicos ¿Adecuación al contexto actual o retroceso jurídico?”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 92.

- NUÑEZ THERESE, Pamela. “El precedente vinculante del caso Huatuco y el derecho al trabajo de los empleados públicos ¿Adecuación al contexto actual o retroceso jurídico?”, en *Actualidad Jurídica*, Agosto N° 261.
- ORTIZ DE ZEVALLOS CASTILLO, Juan. “El precedente Huatuco y la reposición laboral en el Sector Público”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91.
- OSCAR PEÑA, González. (2012) *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, APECC.
- PUNTRIANO ROSAS, Cesar. “Estabilidad laboral del trabajador público sujeto al régimen laboral privado”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91.
- RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. (2007). “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, en *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra, Lima.
- SAAVEDRA DIOSES, Andy F. “La cosa juzgada, especial consideración a su función positiva”, en *ITA IUS ESTO*.
- SAENZ DAVALOS, Luis R. (2014) “Aplicación del Código Procesal Constitucional a diez años de su vigencia. El camino del precedente constitucional vinculante”, en *Gaceta Jurídica* Tomo 83, Lima.
- SOLTAU SALZAR, Sebastián. “La importancia del concurso público en las contrataciones del Estado”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N° 91.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El Tribunal Constitucional y la reposición pública” en *LA LEY*, Julio 2015.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Los supuestos de la reposición laboral del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* N°100.

- VELLANI, Mario. (2001) *Naturaleza de la cosa juzgada*, México, Editorial Jurídica Universitaria.
- VELLANI, Mario. (2002) *Naturaleza de la cosa juzgada. Vol.2, Serie Obras selectas del Derecho Procesal*, México, Editorial Jurídica Universitaria
- VICENTE PALACIOS, María Arántzazu. (2007) "El efecto positivo de la cosa juzgada en el proceso laboral". Navarra.
- VILELA CARBAJAL, Karla. (2007) *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima, Palestra UDEP.