



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA ZEBALLOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 5 días de diciembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Sardón de Taboada, aprobado en la sesión de Pleno del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Wilfredo Martín Zapata Zeballos contra la resolución de fojas 206, de fecha 15 de octubre de 2015, expedida por la Sala Mixta Sede Nuevo Palacio de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de febrero de 2015, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Derrama Magisterial solicitando su reposición en el cargo de asesor legal en la Oficina Descentralizada de Moquegua. Alega que laboró para la emplazada mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial, desde el 1 de agosto de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en que fue despedido, sin tomar en cuenta su condición de discapacitado, al haber sufrido la amputación transradial del brazo derecho, ser portador del síndrome miembro fantasma y tener una visión subnormal, según certificado de discapacidad 029/2007, otorgado por el Ministerio de Salud. Afirma que su despido contraviene la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, por lo que deviene en nulo, y es violatorio de sus derechos al trabajo y a la igualdad y no discriminación.

La apoderada de la Derrama Magisterial deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda manifestando que entre las partes se suscribieron contratos a tiempo parcial, con una jornada laboral no mayor a cuatro (4) horas diarias, conforme a ley; por lo que la no renovación del contrato del accionante no vulnera sus derechos. Asimismo, sostiene que mantuvo una relación laboral con el recurrente durante 6 años, tiempo en el cual nunca existió denuncia por actos de discriminación; que en el presente caso el demandante no ha señalado los supuestos actos discriminatorios o vejatorios, ni ha presentado medio probatorio alguno para acreditar la alegada discriminación por su condición de persona con discapacidad; y que no basta con realizar meras afirmaciones, por lo que, en todo caso, el amparo no es la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC
MOQUEGUA
WILFREDO MARTÍN ZAPATA ZEBALLOS

vía adecuada para dilucidar la controversia, pues se requiere contar con estación probatoria.

El Primer Juzgado Mixto de Moquegua, con fecha 11 de mayo de 2015, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 10 de julio de 2015, declaró infundada la demanda por considerar que los contratos de trabajo a tiempo parcial suscritos por las partes han guardado las formalidades establecidas en el artículo 13 del Decreto Supremo 001-96-TR, que la extinción de la relación laboral se debió a la culminación del plazo estipulado en el último contrato, y que tampoco se han presentado los elementos necesarios para que se configure la discriminación alegada por el accionante.

La Sala Superior competente confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita su reincorporación laboral, pues considera que ha sido objeto de un despido nulo, violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad y no discriminación. Afirma haber laborado mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial y que no se le renovó su contrato debido a su condición de discapacitado físico.

Procedencia de la demanda

2. En la Sentencia 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y, iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias. Asimismo, en el fundamento 25 de la referida sentencia, se precisó que el amparo laboral procede cuando el demandante persiga la tutela urgente de sus derechos constitucionales frente a despidos nulos. En el presente caso, el demandante alega que se encuentra comprometido su derecho a no ser discriminado por su condición de discapacitado, por lo que este Tribunal procederá a pronunciarse sobre el fondo de la *litis*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA ZEBALLOS

Análisis de la controversia

3. En la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC, este Tribunal Constitucional ha señalado:

34. El inciso 1). del Art. 26 de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones labores.

35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

[...]

37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.

4. En el caso de autos, se advierte, por un lado, que el recurrente mantuvo con la entidad emplazada un contrato de trabajo a tiempo parcial, el cual, conforme a la última renovación pactada por las partes, tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014 (folio 39); lo cual también ha sido reconocido por el propio actor, quien en el punto 4 de su demanda señala "Mi jornada era de 3 horas y medias de lunes a viernes; y el sábado de una hora. Firmaba contrato de trabajo cada tres meses [...] hasta que el 30 de diciembre 2014 de [...] comunicó a la encargada de la Oficina de Moquegua que debería entregar el cargo pues mi contrato de trabajo lo daban por concluido [...]". (folio 16).

5. Por otro lado, si bien el recurrente alega que fue víctima de discriminación laboral al haber sido despedido debido a su discapacidad física, no ha precisado por qué la no renovación de su contrato constituye un acto discriminatorio, y tampoco obra en autos medio probatorio alguno que pruebe dicha situación, motivo por cual, al no haberse acreditado la violación de los derechos alegados, corresponde desestimar la demanda.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA ZEBALLOS

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

[Handwritten signatures and scribbles over the list of names]

POLENTE RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

[Handwritten signature]
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA ZEBALLOS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
POR CONSIDERAR QUE EL AMPARO ES LA VÍA IDÓNEA, TENIENDO EN
CUENTA EL TIEMPO QUE VIENE LITIGANDO LA PARTE DEMANDANTE**

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto de su fundamento 2, en el que se hace mención a los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, y se señala expresamente lo siguiente:

En la Sentencia 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y, iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias. Asimismo, en el fundamento 25 de la referida sentencia, se precisó que el amparo laboral procede cuando el demandante persiga la tutela urgente de sus derechos constitucionales frente a despidos nulos. En el presente caso, el demandante alega que se encuentra comprometido su derecho a no ser discriminado por su condición de discapacitado, por lo que este Tribunal procederá a pronunciarse sobre el fondo de la *litis*.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado tal referencia pues el proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que se encuentre implementada una vía procesal igualmente satisfactoria, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho del demandante, característica que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

ZAPATA

ZEBALLOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis colegas Magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones en relación al derecho a la igualdad, salud y discapacidad:

I. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

1. El demandante solicita su reincorporación laboral, pues considera que ha sido objeto de un despido nulo, violatorio de sus derechos constitucionales al trabajo, así como a la igualdad y no discriminación. Afirma haber laborado mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial y que no se le renovó su contrato debido a su condición de discapacitado físico

II. EL DERECHO A LA IGUALDAD

2. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
3. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
4. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

ZAPATA

ZEBALLOS

objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

5. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.

6. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos¹. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

7. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

8. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto,

¹ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA

ZEBALLOS

cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

9. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios²:

i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustanciales entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

10. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido³.

² Ídem, pp. 147-148.

³ Ídem, pág. 153.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA

ZEBALLOS

11. Finalmente, en el ámbito internacional, el derecho a la no discriminación se encuentra en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, dicho artículo no debe interpretarse de manera aislada, por el contrario, debe lograr la priorización de otros derechos fundamentales, como sería el derecho social fundamental a la salud, más aún si los derechos pueden ser entendidos como exigencias basadas en razones⁴.

III. EL DERECHO A LA SALUD

12. El derecho a la salud es un derecho social fundamental que se encuentra recogido en el artículo 7 de la Constitución de 1993, cuyo tenor indica: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. En la misma línea, el artículo 9 señala que el Poder Ejecutivo es el responsable de diseñar la política nacional de salud, conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

13. El Tribunal Constitucional ha señalado en diversa jurisprudencia que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido⁵.

⁴ AREL, Alon. “What demands are rights? An investigation into the relation between rights and reasons”. In: *Oxford Journal of Legal Studies*. Volume 17, Issue 1, pp. 101-114.

⁵ Exp. 02016-2004-AA/TC, 02945-2003-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

ZAPATA

ZEBALLOS

14. Aunado a ello, en el expediente 00033-2010-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de equidad en salud en los siguientes términos⁶:

- La exigencia de enfrentar las desigualdades sociales que tienen un efecto negativo y dificultan el logro de una buena salud. Como se recoge en la Observación General N° 14, “el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable ya condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (párrafo 4). Desde que la equidad en salud pretende una equiparación en el goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y no sólo en la prestación de los servicios de salud, éste exige que se ataquen diversas inequidades sociales que afectan la posibilidad de gozar de buena salud. En particular, los denominados *determinantes sociales de la salud*, que conforme a la Organización Mundial de la Salud son los siguientes:

- ❖ Educación y atención desde la primera infancia.
- ❖ Entornos urbanos y rurales saludables.
- ❖ Prácticas justas en materia de empleo y trabajo digno.
- ❖ Protección social a lo largo de la vida.
- ❖ Atención universal de salud.
- ❖ Políticas y programas sanitarios equitativos.
- ❖ Financiamiento, deuda y ayuda internacional equitativa.
- ❖ Responsabilidad de los mercados y los sectores privados.

⁶ Exp. 00033-2010-PI, fundamento jurídico 34.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

ZAPATA

ZEBALLOS

- ❖ Equidad de género.
- ❖ Expresión y participación políticas.
- ❖ Gobernanza mundial eficaz.

- En segundo lugar, ha de considerarse en la equidad en salud, el reconocimiento de la *interdependencia de los derechos fundamentales* y, por lo tanto, la posibilidad de disfrutar equitativamente de ellos, especialmente de los que tienen incidencia en el goce del derecho a la salud. Como se ha afirmado en la Observación General N° 14, “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, el trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud” (párrafo 3). De modo que para el acceso equitativo a la salud puede ser tan importante la provisión adecuada de un servicio de salud, como la no exclusión de la capacidad de hacer oír la voz frente a un trato discriminatorio por parte del Estado.

- En tercer lugar, la equidad en salud supone también la posibilidad de acceder a los servicios de salud en modo *integral*, esto es, con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad física y económica, en tanto *elementos esenciales* de la atención sanitaria de acuerdo a lo recogido en la Observación General N° 14 [párrafo 12]. Para la satisfacción de este principio es preciso contar con la posibilidad de “tener un seguro de salud” que cubra determinadas contingencias sanitarias. Es preciso, además, que la persona pueda acceder físicamente al servicio (lo que supone la presencia cercana y suficiente de centros de salud), y que sea tratada con atenciones que efectivamente prevengan o recuperen su salud (lo que supone la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

ZAPATA

ZEBALLOS

provisión de servicios de calidad), además de ser ética y culturalmente aceptables (que exige por ejemplo, el desarrollo de procedimientos de salud intercultural).

- En cuarto lugar, la equidad en salud supone también el respeto a la *no discriminación* en la provisión de los servicios públicos, de acuerdo a lo previsto en el párrafo 12 b) de la Observación General N° 14. Esta exigencia, contenido en la igualdad formal o igualdad de trato, supone que en la distribución de los servicios de salud no deba restringirse desproporcionadamente el acceso a servicios de salud a un grupo de personas determinados, con base en motivos prohibidos, o sólo porque de ese modo se pueda lograr mejores resultados globales en salud.

Por último, la equidad en salud exige también una *asignación de recursos* para la salud y una *distribución equitativa* de dichos recursos. Reconocida la centralidad de la salud en las posibilidades humanas de afrontar una vida digna, la única forma de brindar a todas las personas (dadas las diferencias de recursos económicos entre ellas), un acceso adecuado a los servicios de salud es asignar recursos amplios a ese sector, sea a través de la *solidaridad* de todos los residentes en el país (por medio de impuestos) o de la solidaridad de los usuarios de salud (a través de aportes). También es preciso que una vez obtenidos los recursos para la salud, éstos se distribuyen *equitativamente*, teniendo en cuenta la prioridad en la atención de las poblaciones más desfavorecidas. Por lo demás, en el uso de los recursos para la salud es necesario guardar niveles adecuados de *transparencia* y *eficiencia*, pues dada la escasez de recursos públicos y las distintas necesidades de la población, es preciso que se dé a los recursos el mejor uso posible. La preocupación por esta última dimensión de la equidad en salud, en sus facetas de mayores ingresos, mayor equidad y mayor eficiencia, ha sido puesta de manifiesto en el último Informe de la Organización Mundial de la Salud, titulado "*La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA

ZEBALLOS

15. De ello se desprende que el Estado tiene diferentes tipos de obligaciones. Algunas de ellas son imposterables precisamente porque atañen al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud⁷

IV. SOBRE LA DISCAPACIDAD

16. Nos enmarcaremos en lo que hoy se conoce como modelo social de la discapacidad, consagrado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁸, y en el ámbito nacional, por la reforma al Código Civil Peruano a través del Decreto Legislativo 1384 y su respectivo Reglamento.

17. La discapacidad aún cuando clásicamente ha sido definida –exclusivamente– por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial; el modelo social de la discapacidad la entiende como las mencionadas deficiencias en interrelación con las barreras o *limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos*.⁹ Es por lo tanto, como indica Agustina Palacios, *una construcción y un modo de opresión social resultado de las deficiencias sociales, que se traducen en barreras discapacitantes*¹⁰. Es así que, en realidad, *una persona tiene discapacidad en tanto la sociedad la discapacita a través de barreras*¹¹.

18. Es así que la discapacidad no se agota en la limitación física o psíquica de la persona, sino que se configura cuando *esa limitación se hace relevante en un contexto social (y desde luego jurídico) y que se da más bien por razones*

⁷ Sobre las diferentes formas del contenido mínimo del derecho a la salud: FORMAN, Lisa, et. al. "Conceptualising minimum core obligations under the right to health: How should we define and implement the 'morality of the depths'". In: *The International Journal of Human Rights*, Vol. 20, Issue 4, pp. 531-548.

⁸ Adoptada por Perú el 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor para el Perú y el resto de países que ratificaron el tratado el 3 de mayo de 2008.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos 2016. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, párrafo 207.

¹⁰ PALACIOS, Agustina. "Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad". En: *Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima, Idehpucp, 2017, pág. 14.

¹¹ BARNES, Colin. "Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?". En: BROGNA, Patricia (comp.). *Visiones y revisiones de la discapacidad*. México DF, FCE, 2009, pág. 104.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

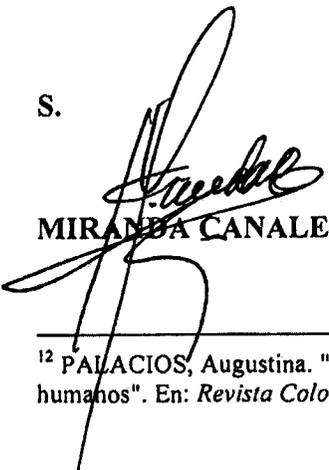
ZAPATA

ZEBALLOS

*medioambientales o barreras sociales*¹². Es así que aseveramos, que desde este enfoque social, se ha logrado reconocer que los problemas relacionados a las deficiencias de las personas, se encuentran íntimamente ligados a los condicionamientos que como sociedad hemos establecido, desde el ámbito arquitectónico que impide el desenvolvimiento de las personas con discapacidad motora, hasta los condicionamientos actitudinales que son exigidos a las personas con discapacidad psicosocial infructuosamente. Entendiendo la discapacidad desde este enfoque es que se plantea una adaptación de la sociedad y del Derecho en lugar de una adaptación o cambio de parte de la persona.

19. A partir de lo señalado se desprende una precisión nominal básica. Si entendemos que las barreras a la realización de los derechos fundamentales de la persona se encuentran fuera de ella, y no son algo que la caracterice, la denominación de la persona en estas circunstancias debe corresponder con el enfoque de la situación. Es por ello que no caben frases como “condición de discapacitado” o “discriminado por su condición de discapacitado”; sino que atentamente hacemos referencia a una persona *con* discapacidad, o *en una situación de* discapacidad; sujeta a un ambiente que requiere de modificaciones que le permitan participar en este como el resto. No estamos ante una persona a la cual identificar como el factor problemático para adjetivarla como “discapacitada”.

S.


MIRANBA CANALES

¹² PALACIOS, Augustina. "El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos". En: *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 8(1). enero-junio, 2017, pp. 14-18.

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTÍN ZAPATA ZEBALLOS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA
BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, sin embargo, debo señalar lo siguiente:

1. Este Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia el deber del Estado de tutelar de forma especial los derechos de personas con discapacidad (STC 02480-2008-PA/TC, f.13; STC 02904-2011-PA/TC, f. 2.2; STC 02437-2013-PA/TC, f.7; STC 04104-2013-PC/TC), lo cual se desprende en especial del artículo 7 de la Constitución y de los tratados suscritos por el Estado peruano al respecto.
2. Sin embargo, esta responsabilidad especial, que también se traslada al ámbito jurisdiccional, especialmente en casos que involucran la realización de ajustes razonables, no significa un reconocimiento irrestricto de derechos en favor de personas con discapacidad cuando en puridad ellos nos corresponden.
3. Es así que, en este caso, no se acredita desnaturalización del contrato del recurrente ni un despido arbitrario por parte de la Oficina Descentralizada de la Derrama Magisterial, sino el término del contrato. Asimismo, tampoco se ha acreditado la existencia de discriminación, mas bien, por el contrario, no se acredita maltrato alguno, por lo que mal se haría en reconocer algún derecho al demandante solo por el hecho de encontrarse en una situación de discapacidad.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

ZAPATA

ZEBALLOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

No concuerdo con los argumentos ni el fallo de la sentencia en mayoría.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

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*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”, lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTÍN

ZAPATA

ZEBALLOS

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTIN

ZAPATA

ZEBALLOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la “*ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento (artículo 23).

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.

MPA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO MARTIN ZAPATA

ZEBALLOS

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional [énfasis añadido].

MYI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTIN

ZAPATA

ZEBALLOS

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00332-2016-PA/TC

MOQUEGUA

WILFREDO

MARTIN

ZAPATA

ZEBALLOS

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.