



EXP. N.º 9707-2005-PA/TC
LIMA
JUAN FERNANDO GUILLÉN SALAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de febrero de 2006, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por don Juan Fernando Guillén Salas contra la Sentencia expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 283, de fecha 13 de junio de 2005, que declaró infundada la demanda en el proceso de autos.

ANTECEDENTES:

Demanda:

El actor solicita la inaplicación de la Resolución Ministerial N° 0254/RE, de fecha 13 de abril de 2004, que lo incorporó en el Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático de la República, creado en el último párrafo del artículo 13 de la ley N° 28091 y normado en los artículos 32°, 33° y 34° del Reglamento de dicha ley, aprobado por D. S. N° 130-03-RE, de fecha 11 de diciembre del 2,003. El recurrente dirige su demanda contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, a la sazón, representado por el ministro Manuel Rodríguez Cuadros.

Hechos:

El recurrente señala que ingresó a laborar al Ministerio de Relaciones Exteriores, el 01 de enero de 1966, bajo el régimen de la Ley N° 6602 (Ley del servicio diplomático), promulgada el 1 de abril de 1929, que estableció en su artículo 23° la jubilación de los funcionarios diplomáticos a la edad de 70 años. Afirma que esta ley no creó ninguna situación de marginación por razones de edad y que, sin embargo, la nueva ley del servicio diplomático, Ley N° 28091, de fecha 19 de octubre de 2003, si bien conserva la edad de 70 años para la jubilación, permite la discriminación al disponer, en el último párrafo del artículo 13°, que los funcionarios diplomáticos en actividad laborarán en el extranjero únicamente hasta los 65 años de edad; que a partir de dicha edad formarán parte de un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cuadro de servidores exclusivamente en servicio interno, con la denominación de “asesores”, en alguna área del Ministerio de Relaciones Exteriores, resultando aún mas discriminatoria cuando faculta al gobernante de turno para que, excepcionalmente, y bajo el pretexto del interés nacional, envíe al extranjero al diplomático que crea conveniente, aunque haya superado los 65 años, generando con dicha situación favoritismos y discriminaciones. Sostiene el recurrente que el 13 de abril de 2004 se expidió la Resolución Ministerial N° 0254/RE, que ordenó que cuando él cumpliera los 65 años de edad pasaría a formar parte del Cuadro Especial en referencia, teniendo que regresar al Perú a trabajar como “asesor”, disposición que, efectivamente, se ejecutó. El actor insiste en calificar a dicha resolución como “discriminatoria” porque le ha truncado su labor en el servicio diplomático activo en el extranjero, para el que está preparado académicamente y en total actitud para trabajar hasta los 70 años de edad. Por estas razones, reafirma que se han violado sus derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo.

Fundamentación jurídica de la demanda:

El recurrente fundamenta su demanda en los artículos 2°, inciso 2°; 3°; 23°; 26°; 44°; 51° y 103° de la Constitución Política del Perú, considerando que, estando en perfecto estado de salud psíquica y física y habiendo establecido la ley vigente la jubilación forzosa a los 70 años, una ley posterior ha venido a establecer un distingo que obviamente no estuvo en la mente del legislador original al señalar, discriminatoriamente, que los servidores diplomáticos en actividad en el extranjero pasarán a formar un Cuadro Especial de imposibilitados para el ejercicio de sus naturales labores en el extranjero, lo que significa para él su retorno al Perú para labores internas, sin que se le pidiera consentimiento. Afirma que con ello se burla el principio de igualdad ante la ley y se discrimina al dar lugar a que el poder del gobernante de turno pueda dejar el servicio activo en el extranjero en manos de sólo jóvenes que, no necesariamente en razón de su juventud, garantizan un mejor servicio; y que la discriminación la sufre cuando, devuelto al servicio interno, se le paga el sueldo que corresponde a su jerarquía pero sin darle ocupación proporcional a dicho haber y sin que ni siquiera se le asigne una oficina propia.

Contestación de la demanda:

El Procurador Público encargado de los asuntos Judiciales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Dr. Alfonso Ríos Nash, se apersona al proceso deduciendo las excepciones de: a) representación defectuosa del demandante, para lo que señala que la persona que dice representar al demandante no cumplió con adjuntar como anexo obligatorio el Poder por Escritura Pública correspondiente a la acreditación de tal representación; b) litis pendencia, señalando que existen ante el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, el expediente 6157-04, con sentencia de primera instancia, y ante el Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima el expediente 41282-04, los cuales son dos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

procesos de amparo similares al presente en los que se cuestiona la legalidad del último párrafo del artículo 13° de la Ley del Servicio Diplomático; y c) cosa juzgada, manifestando que dicha pretensión ya fue resuelta por el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Lima, en el referido expediente 6157-04, juzgado que declaró la improcedencia de la demanda. Contesta la pretensión solicitando se declare su improcedencia pues afirma que lo que cuestiona el recurrente es el artículo 13° de la Ley 28091 – Ley del servicio diplomático – y los artículos 32°, 33° y 34° de su reglamento, aprobado por D.S. 130-03-RE, y que, consecuentemente, si a consideración del demandante dichas leyes violentan algún mandato constitucional, debió acudir a los procesos de inconstitucionalidad o de acción popular, que son los mecanismos procesales constitucionales idóneos para el control de normas con rango de ley. Señala que el demandante fundamenta su pedido en una norma derogada (ley N° 6602), cuando nuestra Constitución y la legislación nacional remiten a la teoría de los hechos cumplidos y no a la de los derechos adquiridos, salvo en cuanto a los contratos – leyes, materia Previsional y derechos nacidos bajo el Código Civil de 1,936, en casos de naturaleza privada y no para materia laboral, excepciones que obviamente no son aplicables al caso que plantea el recurrente. Agrega que el actor se confunde al considerar que el hecho de rebajar la edad para la efectiva representación diplomática en el extranjero es recortar su derecho a la igualdad, siendo en todo caso dicha rebaja un tema netamente laboral, pues sólo regula la relación de trabajo y no el derecho pensionario. Finalmente, dice que la decisión cuestionada constituye un acto de gobierno en base a norma legal emitida por el Poder Legislativo en ejercicio de sus atribuciones, que no contradice la Constitución ni las leyes, y que sus efectos son de alcance general desde el día siguiente de su publicación. Por tales razones, solicita se declare improcedente la demanda.

Sentencia de primer grado:

El Vigésimo Primer Juzgado Civil de Lima, mediante Sentencia del 5 de octubre de 2,004, declaró infundada la excepción de representación defectuosa del demandante, señalando que el artículo 22° de la ley 25398 modificó la ley 23506 – Ley de Hábeas Corpus y Amparo – y facultó al demandante a otorgar poder fuera de registro si éste se hallaba en el extranjero, como es el caso de autos, infundada la excepción de litis pendencia en atención a que las pretensiones propuestas ante los Juzgados Vigésimo Segundo y Vigésimo Cuarto no son las mismas del presente proceso, e infundada la excepción de cosa juzgada por cuanto se debe tener en cuenta que el artículo 8° de la ley 23506 señala que sólo hace cosa juzgada la resolución final que fallando sobre el fondo favorece al recurrente y no en casos en que se ha declarado improcedentes las demandas, por cuanto no constituyen decisiones de mérito. El Juez, respecto del fondo de la materia controvertida, declaró fundada la demanda en atención a que al emitirse la Resolución Ministerial N° 0254/RE, de fecha 13 de abril del 2,004, que lo incorporó en el Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático de la República y le ordenó regresar al Perú a trabajar en calidad de asesor, sin que para ello se considerara su calidad profesional, pasándolo por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

simple razón de la edad considerada en la nueva ley a un cargo distinto en Lima, frustrando así su línea de carrera, lo que entiende como una discriminación por su edad. El *a quo* consideró que con dicha Resolución se disminuyen sus posibilidades de desarrollo y bienestar, que cuando ingresó a laborar no existía la limitación que hoy la disposición legal cuestionada viene a establecer al formar parte del Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático de la República y que no se acredita en autos la conformidad expresa del accionante aceptando su reubicación. Señala el Juzgado que dicha situación resulta un acto discriminatorio por simples razones de edad y, consecuentemente, se viola su derecho constitucional al libre desarrollo y bienestar, y se quebranta el principio de igualdad ante la ley, desconociendo lo que se consagra en los incisos 1 y 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

Sentencia de segundo grado:

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 13 de junio del 2,005, revocó la resolución del grado inferior que declaró fundada la demanda de amparo, señalando que el demandante solicita se le aplique la ley 6602 –Ley del Servicio Diplomático–, norma derogada por la ley 28091 –nueva Ley del Servicio Diplomático– para poder trabajar como diplomático en el extranjero, y que la legislación nacional vigente no reconoce ya la teoría de los derechos adquiridos esgrimida por el demandante, no discutiéndose en el caso de autos derechos pensionarios.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

1. Del análisis de la demanda se tiene que el acto lesivo acusado es la aplicación al recurrente de la Resolución Ministerial N° 0254/RE, de fecha 13 de abril del 2,004, que lo incorporó en el Registro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático de la República, con la que se dispuso su regreso al Perú a trabajar en calidad de asesor interno cuando se desempeñaba como Embajador del Perú en Indonesia.
2. De la demanda y su contestación resulta que los puntos controvertidos en materia constitucional en el presente caso son: 1) Precisar si la Resolución Ministerial N° 0254/RE, de fecha 13 de abril del 2,004, al ordenar el retorno del actor al Perú a laborar como asesor interno cuando se desempeñaba como Embajador en Indonesia es un acto discriminatorio, pues por simples razones de edad, sin considerar su capacidad real psicosomática ni sus antecedentes profesionales viola su derecho a la dignidad del demandante como persona humana, su derecho al desarrollo y justo bienestar, y si con ello se ha lesionado el derecho de igualdad ante la ley; 2) establecer si lo que pretende el actor es que se le aplique la ley 6602 y con ello los derechos adquiridos, situación que no está permitida por la legislación nacional, salvo en cuanto a materia pensionaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. El Código Procesal Constitucional ha previsto expresamente tres supuestos de procedencia para el proceso de Amparo **a)** Cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona (artículo 2°), **b)** Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución; para tal caso la sentencia que declare fundada la demanda de amparo dispondrá además la inaplicabilidad de la citada norma (artículo 3°), y **c)** Cuando una resolución Judicial firme vulnera en forma manifiesta la tutela procesal efectiva (artículo 4°). En el presente caso, los hechos informados al proceso por el demandante corresponden a actos basados en normas legales (supuesto b)) que, según su aserto, colisionan con la Constitución Política del Perú.
4. Con su planteamiento, el demandante no pretende la aplicación a su pretensión de la teoría de los derechos adquiridos al invocar la ley que estuvo vigente al momento de su incorporación al Servicio Diplomático, sino que ésta ha fijado el límite de edad para todos los funcionarios de dicho servicio, determinación legal que sigue vigente y que, por tanto, la ley 28091, que reconoce tal límite de edad para el Servicio Diplomático y tal vigencia legal, sin embargo, ha venido a crear el denominado Registro Especial del Servicio Diplomático de la República, con el que la propia ley se contradice y discrimina por razones de edad a quienes, dentro del servicio y en actual actividad, han cumplido 65 años (es decir todavía con cinco años para su jubilación forzosa para el límite de 70 años fijado por la acotada ley), acusando indirectamente quienes, por cumplir 65 años se considera en estado de ineptitud para el servicio externo sin precisar individualmente las condiciones psicossomáticas en relación a ese presunto estado de ancianidad inaparente para el servicio en el extranjero, ni los antecedentes profesionales de cada uno de los que conforman el cuadro de diplomáticos en actividad. Corresponde, entonces, al Tribunal Constitucional precisar si el recurrente, al estar ejerciendo el cargo de Embajador de la República de Indonesia (sin necesidad de jubilación, por cuanto le quedaban todavía cinco años para el tope de ley vigente y cumpliendo a cabalidad su función), podía ser devuelto al Perú sin su consentimiento para ocupar un cargo de Asesor, que no le correspondería desempeñando labores domésticas que exteriorizan una descalificación, atentatoria de su dignidad en su condición, no sólo de persona humana, sino de diplomático en aptitud, con una hoja de servicio que pone de manifiesto su eficiencia en una sucesión de cargos desempeñados con excelencia en el exterior, lo que queda demostrado en autos con la instrumental adjunta a la demanda y la que ante este Supremo Tribunal ha presentado con el escrito de fecha 23 de febrero de 2006.
5. Efectivamente, la Resolución Ministerial N° 0254/RE, de fecha 13 de abril de 2004, resulta incompatible con la Constitución, por cuanto viola la dignidad humana del servidor activo que, como Embajador en el Extranjero, es devuelto al Perú sin motivación alguna, por el hecho de cumplir los 65 años de edad, otorgándole un sueldo mensual sin prestación de servicios y sin oficina, vulnerando sus derechos a la igualdad ante la ley, al libre desarrollo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

y al bienestar social, consagrados en el artículo 1° y los incisos 1 y 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, toda vez que el retiro inmotivado de su puesto de trabajo en el extranjero por razones de edad, para cumplir funciones menores a las que les corresponde por grado y por antecedentes profesionales, lo discrimina. Siendo así, se impone la inaplicación de la acotada Resolución Ministerial conforme al artículo 3° del Código Procesal Constitucional. Según ello, debe tenerse en cuenta que lo sostenido por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocó la resolución de grado que declaró fundada la demanda de amparo, carece de sustento, pues dicha Sala sostiene erróneamente que el actor ha solicitado en su demanda que se le aplique la ley 6602, Ley del Servicio Diplomático, derogada por la ley 28091, Ley del Servicio Diplomático, para poder trabajar como diplomático en el extranjero.

6. La doctrina sostiene, uniformemente, que el principio de primacía de la realidad aconseja que, en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que indican los documentos sobre acuerdos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero; es decir, la integración prefiere lo que sucede en el ámbito de los hechos. Este principio ha sido definido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 2132-2003-AA/TC y aplicado en las sentencias recaídas en los expedientes 1944-2002-AA/TC, 2387-2002-AA/TC, entre otras. De ello resulta que aún cuando exista una Resolución Ministerial que determina la función que el actor desarrollará como Asesor, lo que determina la naturaleza de este nuevo *status* contractual laboral es la forma en que se lleva a cabo en la práctica dicho trabajo, operando la preeminencia de la realidad. Algunas de las manifestaciones materiales de los elementos esenciales en la forma como se desenvuelven las condiciones de trabajo para un funcionario de carrera con personales antecedentes de dignidad son tener por lo menos una oficina aparente con escritorio, máquina computadora, mobiliario de atención permanente, manual de asignación de funciones, etc., compatibles con su preparación académica y antecedentes profesionales, que le permitan desarrollar eficazmente una labor, determinada en compatibilidad con el deber que se le asigna como servidor rentado. En el caso de autos, queda comprobado que en la ejecución de la Resolución Ministerial cuestionada están ausentes los elementos esenciales referidos, que hacen imposible la existencia de condiciones dignas de trabajo para un funcionario diplomático con rango de Embajador en el servicio activo que ostenta el demandante, lo que denota la voluntad del empleador de sustraer al actor del servicio activo en el extranjero y vejarlo asignándole funciones impropias que dañan su dignidad y desconocen su aptitud profesional, toda vez que, luego de ocupar altos puestos a través de su larga carrera (entre ellos representante del Perú ante la ONU), es relegado a vivir los últimos cinco años de su vida laboral en el olvido, esperando que pase el tiempo hasta que el empleador, llegada la fecha de su jubilación forzosa, dé por concluida su relación laboral. Este desajuste existente entre los hechos y lo que contiene la Resolución Ministerial son manifestaciones de una intención deliberada de fingir o simular (simulación relativa) una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

situación jurídica distinta de la real, siendo éste el principal hecho que se aprecia en la realidad.

7. El inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú consagra como derecho fundamental la igualdad ante la ley de todas las personas, señalando, expresamente, que nadie será discriminado por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, recayendo evidentemente dentro de ésta última, la edad. Cuando se trata de una relación laboral, puede existir aplicación diferencial en una resolución en razón de las personas, cuando el empleador se ve en la necesidad de rotar en sus funciones a un trabajador hacia un área diferente, con funciones igualmente diferentes a las que venía desempeñando, sin que ello constituya violación del derecho de igualdad, porque se apoya en causa que hace imposible el normal desarrollo de la actividad laboral en las mismas condiciones, pues el cambio está fundamentado, por ejemplo, en incapacidad sobreviniente del trabajador, debidamente demostrada; vale decir, cuando súbitamente un trabajador adolece de disminución de su capacidad sensorial o locomotora. Para tales casos, la ley ha previsto el respectivo pago de pensiones por discapacidad, situación que no es la del actor. En el caso de autos, la Resolución Ministerial N° 0254/RE, de fecha 13 de abril del 2004, resulta discriminatoria, ya que el actor no adolece de incapacidad para el trabajo que justifique la rotación laboral, ejecutada en dicha resolución, en las condiciones de indignación anotadas, precisamente cuando se hallaba laborando normalmente como Embajador en el extranjero en real estado de aptitud.
8. La Real Academia Española ha definido la palabra “desarrollar” como la expresión de acrecentar, dar incremento a algo de orden físico, intelectual o moral; en tanto que “bienestar” como el estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica. De allí que el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, lo que sólo puede ser logrado a través de una actividad que permita desarrollar todas las capacidades mentales y psíquicas innatas y para las que una persona está preparada. No cabe duda que dicha actividad es el trabajo y, por ello, el artículo 22° del citado texto Constitucional establece que el trabajo es un deber y un derecho que es base del bienestar social y medio de realización de la persona, significando que en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26° de la Constitución Política del Perú) y sin que dicha relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador (artículo 23° de la Constitución Política del Perú).
9. Incluso el artículo 33° del D.S. 130-2003, que reglamenta el artículo 13° de la ley 28091, que crea el Cuadro Especial, desborda el alcance de la ley que dice reglamentar, al establecer limitaciones para los diplomáticos del servicio civil en actividad al prohibirles, por el simple cumplimiento de los 65 años de edad, *a priori*, “(...) ocupar cargos en órganos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior (...); igualmente, el artículo 35° de dicho reglamento desvirtúa la propia ley 6602 al invertir la regla de la jubilación forzosa a los 70 años, por la excepción de la limitación de 65 años como tope para el servicio en el exterior que señala que: “(...) por razones excepcionales (...) los funcionarios del cuadro especial podrán ser nombrados como jefes de misión diplomática en el exterior. En cualquier caso, los jefes de misión diplomática bajo esta situación de excepción no podrán exceder el 5% del total de jefes de misiones diplomáticas en el Perú.

10. Para abundar, la Asamblea General de Derechos Humanos, en su declaración sobre el derecho al desarrollo, según Resolución N° 41/128, de fecha 4 de diciembre de 1986, ha reconocido que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales y puedan contribuir a ese desarrollo y disfrutar de él, toda vez que la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario de él, correspondiéndole a los Estados el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo interpuesta; en consecuencia, inaplicable al actor la Resolución Ministerial N° 0254/RE, de fecha 13 de abril de 2004, resultando, asimismo, inaplicable para el recurrente el último párrafo del artículo 13° de la Ley 28091, Ley del Servicio Diplomático, debiendo reponerse las cosas al estado anterior de la violación de los derechos constitucionales vulnerados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)