



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

### RAZÓN DE RELATORÍA

Vista la causa 05199-2008/PA/TC por la Sala Primera del Tribunal Constitucional y habiéndose producido discordia entre los magistrados que la integran, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, se ha llamado para dirimirla al magistrado Álvarez Miranda, quien ha compartido la opinión del magistrado Beaumont Callirgos, por lo que se ha convocado al magistrado Calle Hayen, con cuyo voto se ha alcanzado mayoría.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de agosto de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Francisco Javier Rivarola Rubio contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 285, su fecha 18 de julio del 2008, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 21 de febrero del 2008, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitando que se declaren inaplicables a su caso el artículo 38º de la Ley N.º 28901, del Servicio Diplomático de la República, el artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, Reglamento de la Ley N.º 28901 y la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE, por ser violatorios de sus derechos al trabajo y al ascenso; y que, por consiguiente, se ordene al emplazado que lo incluya en la relación de funcionarios del servicio diplomático considerados aptos para participar en el Proceso de Promociones 2008 o en los procesos posteriores que se convoquen. Manifiesta que a lo largo de su carrera diplomática las normas legales que regulaban los ascensos coincidían en que estos se basaban en la antigüedad y exclusivamente en méritos, por lo que para ser considerado apto bastaba con acreditar la antigüedad



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

requerida y, eventualmente, rendir una prueba confirmatoria de la capacidad profesional; que en el año 2003 se promulgan la Ley N.º 28091 y su reglamento estableciendo requisitos arbitrarios para ser considerado apto para ascender de la categoría de Ministro a la categoría de Embajador, puesto que adicionalmente se exige tres años de servicio en un cargo con responsabilidad directiva en el Ministerio y haber servido en una misión consultiva, que le era materialmente imposible satisfacer estos requisitos adicionales, debido a que la emplazada dispuso su asignación a la Embajada del Perú en España y cuando retornó al Perú se le designó en un cargo que no tiene estatus directivo en el Ministerio; y que la resolución cuestionada lo declaró no apto, aplicando las mencionadas normas inconstitucionales.

El Quinto Juzgado Civil de Lima, con fecha 29 de febrero del 2008, declara improcedente la demanda, por considerar que existe otra vía igualmente satisfactoria para la protección de los derechos invocados.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

### FUNDAMENTOS

#### §.1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia constitucional, conviene examinar el rechazo *in limine* dictado por las instancias precedentes, pues tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue rechazada liminarmente, argumentándose, por un lado, que existiendo vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, debe recurrirse al proceso contencioso administrativo, y, por otro, que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.
2. Sobre el particular, debe tenerse presente que en la STC 00206-2005-PA/TC, se ha precisado, con carácter de precedente vinculante, los lineamientos jurídicos que permiten delimitar las pretensiones que merecen protección a través del proceso de amparo en materia laboral del régimen privado y público. De acuerdo con el criterio de procedencia establecido en el fundamento 23 de la sentencia precitada, los ascensos de los trabajadores sujetos al régimen laboral público deben ser dilucidados en el proceso contencioso administrativo; únicamente, atendiendo a la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contencioso-administrativa no es la idónea, procederá el proceso de amparo.

3. En el presente caso, la urgencia de tutela se encuentra demostrada por el derecho fundamental que supuestamente habría sido afectado con los artículos y la resolución cuestionados, como es el derecho a la promoción en el empleo, por lo que la pretensión demandada y la afectación denunciada debe ser dilucidada mediante el proceso de amparo, y no mediante el proceso contencioso administrativo.
4. Por lo tanto, las instancias inferiores han incurrido en un error al momento de calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, resulta pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si el Ministerio de Relaciones Exteriores ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación y se ha apersonado al proceso, lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.

### §.2. Delimitación del petitorio y de la controversia

5. El recurrente aduce que la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE vulnera su derecho fundamental a la promoción en el empleo, por cuanto el Ministerio de Relaciones Exteriores en el proceso de ascensos del año 2007 le exigió el cumplimiento de los requisitos de ascenso para la categoría de Embajador previstos en los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N.º 28091 y del artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE.

Señala que los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N.º 28091 y del artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE son arbitrarios, desproporcionados e irrazonables, debido a que en su caso le fue materialmente imposible cumplirlos pues el Ministerio no dispuso su traslado a una misión consular o su designación en un cargo con responsabilidad directiva.

6. Sobre la base de estos alegatos, la controversia debe centrarse en analizar si resulta materialmente imposible cumplir los requisitos de ascenso para la categoría de Embajador, previstos en los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N.º 28091 y



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

del artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, con la finalidad de determinar si la exigencia de los requisitos de ascenso era razonable o arbitraria y si se ha vulnerado, o no, su derecho a la promoción en el empleo.

### §.3. Derecho a la promoción o ascenso en el empleo

7. Siendo el derecho a la promoción en el empleo el derecho supuestamente vulnerado, es preciso recordar la doctrina expuesta en la STC 04331-2008-PA/TC, conforme a la cual todas las personas tienen derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que les aseguren oportunidades iguales para ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.

De este modo, el derecho a la promoción en el empleo se vulnera cuando se imponen restricciones que impiden o dificultan a los trabajadores ascender sobre la base de sus méritos, o cuando se les exige requisitos irrazonables o imposibles de cumplir, o cuando no se les promueve por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, a pesar de que cuentan con los méritos suficientes y han aprobado el concurso para ser promovidos.

### §.4. Los requisitos de ascenso para la categoría de Embajador

8. Delimitado el derecho a la promoción en el empleo, corresponde analizar si el contenido normativo de los incisos cuestionados afectan, en efecto, al demandante. Así, según el artículo 38º de la Ley N.º 28091, a fin de estar aptos para ser promovidos a la categoría de Embajador, los Ministros deben, además del plazo de permanencia en la categoría, cumplir los siguientes requisitos: a) tener tres años de servicio en un cargo con responsabilidad directiva en el Ministerio; y b) haber servido en una misión consular.

En similar sentido, el artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE señala que los requisitos de ascenso a Embajador, además del plazo de permanencia en la categoría, son: a) tener tres años de servicio en un cargo con responsabilidad directiva en el Ministerio; y b) haber servido en una misión consular no menos de un año.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

9. Teniendo presentes los requisitos de ascenso para la categoría de Embajador, este Tribunal considera que los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N.º 28091 y del artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE no contravienen el derecho a la promoción en el empleo, pues los requisitos mencionados; estos: **a)** tres años de servicio en un cargo con responsabilidad directiva en el Ministerio; y **b)** haber servido en una misión consular no menos de un año, por sí mismos, no resultan desproporcionados ni irrazonables, así como tampoco su cumplimiento resulta imposible, por lo que su exigencia al demandante en el proceso de ascensos para el año 2007 resultó razonable y legítima.

En consecuencia, debe señalarse que la exigencia de los requisitos de ascenso a la categoría de Embajador no resulta irrazonable ni desproporcionada, pues estos, a diferencia de los requisitos de ascenso para la categoría de Ministros, no presuponen obligaciones que el Ministerio de Relaciones Exteriores debió haber cumplido previamente para haber podido exigirlos. Ello debido a que los requisitos de ascenso a la categoría de Embajador tienen incidencia directa en el tiempo de servicio y la calidad, lo cual no resulta irrazonable; por ejemplo, el requisito tres años de servicio en un cargo con responsabilidad directiva en el Ministerio tiene por finalidad que los Ministros que asuman la categoría de Embajadores no sean funcionarios sin experiencia en cargos de responsabilidad directiva.

En lo referente a la posibilidad de cumplir los requisitos de ascenso para la categoría de Embajador, este Tribunal considera importante destacar que en la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE, obrante de fojas 55 a 61, se observa que en el proceso de ascensos del año 2007, al que postuló el demandante, fueron considerados aptos para postular al cargo de Embajador cincuenta y un Ministros. Este hecho, en nuestra consideración, pone de relieve que los requisitos de ascensos referidos pueden ser cumplidos, pues un gran número de Ministros los ha satisfecho para postular a la categoría de Embajador.

De otra parte, es oportuno destacar que si se declararan inaplicables al demandante los requisitos de ascensos para la categoría de Embajador, se establecería un trato discriminatorio y carente de justificación entre el demandante y los Ministros que participaron en el proceso de ascenso del año 2007, los cuales sí los cumplieron, lo cual no puede ser permitido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

Por tanto, estimamos que los requisitos de ascensos para la categoría de Embajador previstos en los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N.º 28091 y del artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE son constitucionales y su cumplimiento es materialmente posible, por lo que su exigencia resulta legítima.

10. Finalmente, que, en el presente caso, el demandante no ha demostrado ni alegado que, en ejercicio de sus derechos como funcionario diplomático previstos en la Ley N.º 28091 y en el Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, haya venido solicitando de manera continua al Ministerio de Relaciones Exteriores que lo designe en algún cargo con responsabilidad directiva o en una misión consular, y que éste le haya venido denegando sin justificación alguna sus peticiones de designación, pues en caso de que ello se comprobara sería válido afirmar que el demandante no ha cumplido los requisitos de ascenso para la categoría de Embajador por responsabilidad propia sino por responsabilidad del Ministerio, supuesto que no ha ocurrido.

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

Declara **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese

SS.

**MESÍA RAMÍREZ**  
**CALLE HAYEN**  
**ETO CRUZ**

**Lo que certifico:**

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

### VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que merece la opinión vertida por mis distinguidos colegas, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA** por las consideraciones que a continuación expondré.

1. Que en el presente caso el recurrente pretende que se declaren inaplicables a su caso el artículo 38º de la Ley N° 28901, del Servicio Diplomático de la República, el artículo 111º del Decreto Supremo N° 130-2003-RE, Reglamento de la Ley N° 28901 y la Resolución Ministerial N° 028-2008-RE, por ser vulneratorios de sus derechos al trabajo y al ascenso; y que por consiguiente se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores que lo incluya en la relación de funcionarios del servicio diplomático considerados aptos para participar en el Proceso Promociones 2008 o en los procesos posteriores que se convoquen.

Señala que los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N° 28901 y del artículo 111º del Decreto Supremo N° 130-2003-RE son arbitrarios, desproporcionados e irrazonables, debido a que para el recurrente son materialmente imposibles de cumplir, pues el Ministerio no dispuso su traslado a una misión consular o su designación en un cargo de responsabilidad directiva.

2. Que con respecto al derecho a la promoción del empleo, este Colegiado ya se ha pronunciado en la STC N° 4331-2008-AA/TC, la cual señala que todas las personas tienen derecho a gozar de condiciones satisfactorias que le aseguren igual oportunidad para ser promovidos dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin mas consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.

De este modo, este derecho es afectado cuando se imponen restricciones que impiden o dificultan a los trabajadores ascender en base a sus méritos, o cuando se les exige requisitos irrazonables o imposibles de cumplir, o cuando no se les promueve por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, a pesar de contar con los méritos suficientes y han aprobado los requisitos para ser promovidos.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Que en el caso que viene para dirimencia, se observa que el recurrente se encontraba destacado en la ciudad de España desde el 1 de noviembre de 2001, como obra a fojas 143 al momento en que se promulgó la Ley N° 28091 con fecha 19 de octubre de 2003, por lo que el actor tenía pleno conocimiento de cuales eran los requisitos para postular a dichos ascenso, más aun, si la Segunda Disposición Transitoria de la citada norma señala que los requisitos previstos en los articulo 37° y 38° serán exigidos a partir del quinto proceso anual de ascensos posterior a su entrada en vigencia, es decir en el año 2007, con lo que no sería válido decir que los requisitos establecidos en dicho cuerpo legal han sido discriminatorios, ya que a fojas 55, obra la Resolución Ministerial de fecha 14 de enero de 2008, donde se declaran aptos para el proceso de ascenso del año 2007 a 51 funcionarios diplomáticos que cumplieron con los requisitos establecidos por la Ley N° 28091.
4. Asimismo, del informe oral realizado el 20 de agosto de 2010, a horas 9.30 a.m., y luego de escuchar los argumentos de ambas partes, se constató que el recurrente 1) no había solicitado de manera formal ser asignado a algún cargo de responsabilidad en una misión consular y 2) Que recientemente solicitó ser destacado en una misión consular, siendo enviado a la ciudad de Atlanta en los Estados Unidos de Norteamérica, con lo que estaría apto para postular en el proceso de ascenso del año 2012. De lo mencionado podemos concluir que los derechos constitucionales no fueron vulnerados por parte del Ministerio emplazado, razones suficientes para desestimar la presente demanda de amparo.
5. Que de otro lado, de haber estimado la demanda y declararla inaplicable al caso en concreto del recurrente, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad, generando un trato no equitativo ante los otros postulantes que se les exigió los requisitos y cumplieron con ellos.

S.

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

### VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto me aparto de la tesis que sostienen mis colegas por las consideraciones que a continuación manifiesto

1. En el precedente STC 0206-2005-PA/TC el Tribunal Constitucional ha precisado con carácter de precedente vinculante, los lineamientos jurídicos que permiten delimitar las pretensiones que merecen protección a través del proceso de amparo en materia laboral del régimen privado y público. De acuerdo con el criterio de procedencia establecido en el fundamento 23 de la mencionada sentencia, los ascensos de los trabajadores sujetos al régimen laboral público deben ser dilucidados en el proceso contencioso-administrativo; sin embargo, atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contencioso-administrativa no es la idónea, procede el proceso de amparo.
2. En el presente caso, considero que la urgencia de tutela se encuentra demostrada por el derecho fundamental que supuestamente habría sido afectado con las normas legales y la resolución cuestionadas, como es el derecho a la promoción del empleo, por lo que la pretensión demandada y la afectación alegada deben ser dilucidadas mediante este proceso constitucional.
3. Por lo tanto, las instancias inferiores han incurrido en error al calificar la demanda, por lo que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda, no obstante y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, estimo que no debe hacerse uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo, más aún si el emplazado ha sido notificado del concesorio del recurso de apelación y se ha apersonado el proceso, lo que implica que su derecho de defensa está garantizado.
4. Siendo el derecho a la promoción en el empleo el derecho supuestamente vulnerado, es preciso recordar la doctrina expuesta en la STC 04331-2008-PA/TC, conforme a la cual todas las personas tienen derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren igualdad de oportunidades para ser promovidas, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

5. De este modo, el derecho a la promoción en el empleo se vulnera cuando se imponen restricciones que impiden o dificultan a los trabajadores ascender en base a sus méritos, o cuando se les exige requisitos irrazonables o imposibles de cumplir, o cuando no se les promueve por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, a pesar de que cuentan con los méritos suficientes y han aprobado el concurso para ser promovidos.
6. Las normas legales cuestionadas en este proceso exigen para el ascenso de Ministro a Embajador, adicionalmente al plazo de permanencia en la categoría, que el Ministro haya servido tres años en un cargo con responsabilidad directiva en el Ministerio y un año en una misión consular.
7. A mi juicio, la aplicación al caso concreto del demandante de las normas legales cuestionadas vulnera el derecho a la promoción en el empleo del demandante, dado que los mencionados requisitos adicionales imponen una restricción que impide que el recurrente ascienda a la categoría de Embajador en base a sus méritos, dado que su satisfacción no depende estrictamente de su desempeño laboral ni de su capacidad y mucho menos de su voluntad.
8. En efecto, mediante la Resolución Ministerial de fecha 3 de agosto del 2001 (copia a fojas 143), el recurrente fue nombrado en la Embajada del Perú en España, en la que prestó servicios hasta el año 2007. Este nombramiento no dependió, obviamente, del recurrente, puesto que se trató de un acto de discrecionalidad del Ministro de Relaciones Exteriores de aquel entonces. Por consiguiente, durante este período no tuvo la posibilidad de prestar servicios en una misión consular; tampoco fue designado en ningún cargo directivo, situaciones que no le son imputables al recurrente, sino al Ministerio emplazado, puesto que el nombramiento en una misión consular, así como la asignación de un cargo directivo no es una decisión que compete al recurrente, sino a las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores; no obstante ello, sin tomarse en cuenta que el demandante no tuvo la posibilidad de satisfacer los mencionados requisitos, el emplazado se los exigió, impidiéndole, de ese modo, el acceso al ascenso.
9. Por otro lado, tales requisitos son arbitrarios e incompatibles con los principios de mérito y capacidad, puesto que producen el efecto práctico de una restricción previa basada en la existencia de un periodo previo de servicios, impidiendo participar en el proceso de ascenso a aquellos funcionarios que no cumplen estos presupuestos por una razón no justificada suficientemente ni razonable, dado que la posibilidad de satisfacer dichos requisitos, como ya se dijo, no depende de los méritos, capacidad ni



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

voluntad del funcionario, sino de la decisión discrecional de la Administración. Razonable sí sería si los servicios prestados no se consideraran como un requisito necesario para participar en el proceso de ascenso, sino como un mérito a valorar en fase posterior.

10. Habida cuenta de lo anterior es válido concluir que el Ministerio de Relaciones Exteriores al exigirle arbitrariamente al demandante el cumplimiento de los requisitos de ascenso previstos en los artículos 38º de la Ley N.º 28901, del Servicio Diplomático de la República, y 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, Reglamento de la Ley N.º 28901, en el proceso de ascensos del año 2007, ha vulnerado su derecho a la promoción en el empleo, debido a que el no cumplimiento de estos requisitos de ascenso no es un hecho imputable a él, sino a la entidad emplazada. Por lo tanto, la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE, que no lo declara apto, constituye un acto lesivo que vulnera el derecho del demandante a la promoción en el empleo, por lo que deviene en nula.
  11. Por otro lado, en mi opinión, en el presente caso no existe sustracción de la materia por irreparabilidad del derecho reclamado, pues si bien el proceso de ascensos del año 2007 ya concluyó con la expedición de la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE, ello no impide ni exige al Ministerio emplazado que evalúe nuevamente al demandante sin que le exija los cuestionados requisitos de ascenso; por ello, lo irreparable es la reapertura del proceso de ascensos del año 2007, pues este ya concluyó, razón por la que se debe ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores que evalúe nuevamente al recurrente para la promoción a la categoría de Embajador sin que le exija dichos requisitos.
  12. Siendo así, y en la medida en que, en este caso, se ha acreditado que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha vulnerado el derecho a la promoción en el empleo del demandante, corresponde, de conformidad con el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, se debe ordenar a dicha entidad que asuma los costos procesales, los cuales deben ser liquidados en la etapa de ejecución de la sentencia.
- Por las razones expuestas, y reiterando mi respeto por la opinión mayoritaria, considero que se debe:
1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la promoción en el empleo; en consecuencia, inaplicables al demandante el artículo 38º de la Ley N.º 28901, del Servicio Diplomático de la República, el artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, Reglamento de la Ley N.º 28901 y la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05199-2008-PA/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER RIVAROLA RUBIO

2. Ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores que en el plazo de 30 días y reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración al derecho a la promoción en el empleo, cumpla con evaluar nuevamente al demandante para efectos de promoverlo a la categoría de Embajador sin que le exija los requisitos previstos en las normas legales cuestionadas, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

  
Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI  
SECRETARIO PERIÓDICO



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05199-2008-PA/TC  
LIMA  
FRANCISCO JAVIER RIVAROLA  
RUBIO

### VOTO DIRIMIENTE DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Sin perjuicio del respeto que merece la opinión de mis colegas, los Magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz y, por el contrario, compartiendo el pronunciamiento del Magistrado Beaumont Callirgos, formulo este voto dirimente, cuyas razones principales expongo a continuación:

#### *Petitorio de la demanda*

1. El demandante solicita que:
  - a) Se inapliquen a su caso concreto los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N.º 28091, del Servicio Diplomático de la República, el artículo 111º del Decreto Supremo N.º 130-2003-RE, Reglamento de la Ley N.º 28091 y la Resolución Ministerial N.º 028-2008-RE, por considerar que se vulnera su derecho constitucional al trabajo, en su contenido de derecho al ascenso y a la promoción en el trabajo.
  - b) Se ordene al emplazado que lo incluya en la relación de funcionarios del servicio diplomático considerados aptos para participar en el Proceso de Promociones 2008 o en los procesos posteriores que se convoquen.

#### *Análisis del caso concreto*

2. Respecto al primer extremo del petitorio, para determinar si los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley N.º 28091, del Servicio Diplomático de la República y las normas infralegales conexas referidas vulneran los derechos fundamentales alegados por el demandante, se debe realizar un análisis sobre la validez constitucional de la misma.
3. Partamos por establecer que de la revisión de la normativa se desprende que establece los requisitos para acceder al ascenso a la categoría de Embajador. Así, los referidos requisitos exigían que, además del plazo de permanencia en la categoría de Ministro, el postulante debía contar con tres años de servicio en un cargo con responsabilidad administrativa y haber servido a una misión consular por un año.
4. Los referidos requisitos serán evaluados en su conformidad con los principios constitucionales de razonabilidad e igualdad. Al respecto, la promoción de los funcionarios en la carrera diplomática ha estado condicionada históricamente a su antigüedad en la carrera y a su desempeño en virtud de los méritos profesionales que éstos hayan venido acumulando en el ejercicio de su profesión. La evaluación se



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

basaba en las cualidades, competencia profesional, trayectoria y capacidad para asumir nuevas responsabilidades; así lo establecía, por ejemplo, el Decreto Legislativo N.º 894, Ley del Servicio Diplomático y su Reglamento correspondiente al año 2002.

5. La modificación normativa del año 2003 introduce dos nuevos requisitos, los mismos que han sido referidos *supra*, que deberán ser evaluados en relación a la optimización constitucional del ***derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones***.
6. Este derecho tiene su fundamento constitucional en el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona (artículo 22º) y en el principio-derecho de igualdad de trato y de oportunidades en la relación laboral (artículo 26º). Mediante este derecho se trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a los trabajadores que se encuentra en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyéndose de este modo a la realización y al desarrollo del trabajador, y a la configuración del trabajo decente.
7. En dicho sentido, se ha pronunciado este Supremo Tribunal que integro, al señalar que todas las personas tienen derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que les aseguren la igual oportunidad para ser promovidas, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (STC 4331-2008-PA, de fecha 28 de noviembre de 2008). Criterio que es de plena aplicación para el caso de la carrera diplomática, pues, en tanto carrera administrativa responde a un sistema técnico de administración de personal, cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la Administración Pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación, permanencia y ascenso al empleo público, con base exclusiva en el mérito, la capacidad y en las calidades.
8. Ello no significa que el derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones, en tanto derecho fundamental, sea ajeno a las limitaciones establecidas por ley y las necesidades propias del servicio diplomático. Sin embargo, corresponde realizar un análisis de constitucionalidad de las mismas, a fin de verificar su validez o no: "*límite de los límites*" a los derechos fundamentales [BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2da. edición, 2005, p. 520]. Siendo entre éstos, acaso el más importante, el principio de proporcionalidad, como herramienta interpretativa destinada a establecer hasta dónde el derecho fundamental limitado tolera las limitaciones que se le imponen. Lo que adquiere mayor relevancia en las restricciones mediante requisitos para el acceso a determinados bienes públicos escasos. Así, el juez constitucional deberá




## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

valerse de los "límites de los límites" para controlar que el sacrificio impuesto a los derechos no vaya más allá de lo necesario para el logro de los objetivos perseguidos con dicha intervención, lo cual permite afirmar la premisa antropológica de nuestro ordenamiento constitucional consagrada en el artículo 1° de la Constitución.

9. Así en el presente caso, es posible llegar a las siguientes conclusiones en el análisis de la validez constitucional de las normas impugnadas.
10. La norma bajo análisis tiene por finalidad garantizar que aquellos que desean postular a la categoría de Embajador, la más alta de las siete categorías del servicio diplomático de la República, tengan, de un lado, la experiencia suficiente en dirección o conducción de órganos, oficinas o entidades del sector, en razón de las funciones que le corresponderá asumir como titular de embajadas u otras misiones que deberá cumplir en el exterior (inciso a del artículo 38° de la Ley N.° 28091); y, de otro, la necesidad de haber realizado un servicio consular al ciudadano de forma directa (inciso b del artículo 38° de la Ley N.° 28091).
11. No obstante, se debe considerar en primer lugar, la satisfacción de los requisitos introducidos en el 2003, no dependen bajo ningún punto de vista de la capacidad y competencia profesional del postulante, sino de la discrecionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores. Es decir, el funcionario diplomático no dispone su asignación dentro de determinado ejercicio de la carrera diplomática, sino se encuentra a disposición para su servicio conforme de las tradiciones administrativas o el concepto estatal de cómo ha de ser la conducción de los asuntos exteriores.

De la revisión de la legislación de la materia se advierte que la designación para misiones diplomáticas, así como para los cargos directivos, no se encuentra regulado un procedimiento o requisitos que dependan de la capacidad del funcionario. En ese sentido, si bien reconocemos que el Estado goza de prerrogativas por ser tal; sin embargo, al tratarse de un número limitado de cargos, sólo un número de personas puede verse favorecido de dichas designaciones dependiendo de criterios no reglados, pudiéndose dejar de lado las capacidades, probidad y tiempo de servicios de los posibles postulantes.

- 
12. De otro lado, el cumplimiento de labores de carácter administrativo, no pueden constituir en sí mismos un mérito o calidad significativa para acceder a la promoción a la categoría de Embajador. El funcionario diplomático es el profesional especialmente formado en la disciplina de las relaciones internacionales, capacitados para ejercer la representación diplomática y consular, así como promover y cautelar los intereses nacionales en el ámbito internacional. De allí que resulta inconstitucional extender irrazonablemente un requisito con calidad de exigible, sin evaluar la trayectoria y los méritos de cada caso en concreto dentro del amplio espectro de la actividad que comprende el servicio diplomático, a saber, al desempeñar un cargo en la Cancillería, misiones diplomáticas, oficinas consulares, representaciones permanentes ante organismos internacionales y en las oficinas



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

descentralizadas que establezca el Ministerio de Relaciones Exteriores; o al desempeñar misiones especiales o comisiones oficiales, en representación del Estado; entre otras (artículo 13° de la Ley N.º 28091).

13. Por tanto, dichos requisitos vulneran el derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones, pues se encuentran influenciados por factores que no toman en cuenta el merecimiento, generando una situación inconstitucional que lesiona los derechos fundamentales del señor Francisco Rivarola como diplomático. Así, en el caso concreto se declara inconstitucional las normas aplicadas, pues la discrecionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores no puede entenderse que se despliega únicamente dentro de la ley y los reglamentos, pues es necesario que esa facultad sólo podrá ser considerada válida si es conforme a la Constitución; y su ejercicio legítimo si, al mismo tiempo, se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos a la igualdad ante la ley y el trabajo.
14. Por tanto, al demandante no se le debe exigir los requisitos prescritos en los artículos bajo cuestionamiento; no pasando inadvertido que en su caso tampoco resulta materialmente posible su cumplimiento, en tanto que a la fecha de entrada en vigencia de la norma él se encontraba desempeñando el cargo de Ministro Consejero en la Embajada del Perú en España, en cumplimiento de la Resolución Suprema N.º 618-2001-RE; siendo imposible que hiciera abandono del cargo a fin de ponerse en disponibilidad para ocupar una función directiva o consular que le permita satisfacer los requisitos introducidos por la norma. Máxime cuando conforme a los artículos 88° y 89° del Reglamento no se encontraba en aptitud de ser nombrado al exterior y, en consecuencia, hacer llegar a la Comisión de Personal la relación de sus destinos preferentes, para que lo envíen a un consulado de acuerdo a sus capacidades y aptitudes. Situación distinta de los ministros que se encontraban sirviendo en Lima al año 2002, pues ello sí estaban aptos para presentar su solicitud ante la referida Comisión de Personal, que incluso, cabe precisar, no se vincula a las preferencias expresas por los funcionarios, pues responde en última instancia por las necesidades del servicio.

Siendo así que recién mediante Resolución Suprema N.º 072-2010-RE, del 17 de febrero de 2010, se nombre Cónsul General del Perú en Atlanta, Estados Unidos de América, al Ministro en el Servicio Diplomático de la República Francisco Javier Rivarola Rubio. Pues, tal como ha sido señalado, ello responde a un análisis discrecional del Ministerio de Relaciones Exteriores, respecto de la conveniencia y oportunidad para efectuar dichos nombramientos.

15. Ahora bien, en torno al segundo extremo del petitorio debo precisar lo siguiente. Sostengo la posición que mediante resoluciones judiciales (sentencias, autos o medidas cautelares), no puede disponerse el ascenso definitivo o provisional de funcionarios que se encuentran incorporados a una carrera pública. De esta forma me aparto de cualquier criterio suscrito en sentido diverso al establecido mediante el





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

presente pronunciamiento.

Por tanto, el Tribunal Constitucional no puede ni debe disponer el ascenso del demandante, pues esta es competencia legalmente configurada a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores; sin embargo, verificada la inconstitucionalidad de la normas impugnadas corresponderá que el demandado reexamine el caso del Ministro Rivarola Rubio, a fin de que se determine si satisface los otros requisitos previstos, y de ser así, se derivan las consecuencias jurídicas que el demandante pretende. Por tanto, el único mandato que puede derivarse de este Tribunal es el correspondiente a que se cumpla con evaluar nuevamente al demandante para efectos de proponerlo para la promoción a la categoría de Embajador.

16. Finalmente, debo señalar que en el presente caso no se configura un supuesto de sustracción de la materia por irreparabilidad de los derechos reclamados conforme al artículo 1° del Código Procesal Constitucional, pues, si bien el proceso de ascensos del año 2008 ya concluyó con la expedición de la Resolución Suprema N.° 317-2008-RE, de fecha 18 de diciembre de 2008, ello no impide ni exime al Ministerio de Relaciones Exteriores que evalúe nuevamente al demandante sin que le exija los requisitos de ascenso previstos en los incisos a) y b) del artículo 38° de la Ley N.° 28091, del Servicio Diplomático de la República y las normas infralegales conexas referidas. Pues, de lo contrario se configuraría una violación continuada que persiste mientras el demandante permanezca en la carrera diplomática, y se le impida por motivos declarados inconstitucionales, acceder a ser considerado en igualdad de condiciones en la propuesta del Cuadro Anual de Promociones presentada por la Comisión de Personal, conforme a los artículos 129° y 130° del Reglamento de la Ley del Servicio Diplomático de la República aprobado mediante Decreto Supremo N.° 130-2003-RE.

Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda; debiendo inaplicarse en el caso de autos los incisos a) y b) del artículo 38° de la Ley N.° 28091, del Servicio Diplomático de la República, el artículo 111° del Decreto Supremo N.° 130-2003-RE, Reglamento de la Ley N.° 28091 y la Resolución Ministerial N.° 028-2008-RE.

S.

**ÁLVAREZ MIRANDA**

Lo que certifico:

  
VICTOR ENRIQUE ALZAMORA CARDENAS  
SECRETARIO RELATOR