

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD
EN FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y PROCESAL**



**LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA
IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO:
EL CASO DE LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS
CONTRATADOS QUE NO PERCIBEN EL SUBSIDIO POR
FALLECIMIENTO Y GASTOS DE SEPELIO SEGÚN EL DECRETO
LEGISLATIVO 276**

TESIS

PRESENTADA POR:

WILDER IGNACIO VELAZCO

**PARA OPTAR EL TÍTULO DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN:
FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y PROCESAL**

PUNO - PERÚ

2019

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD
EN FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y PROCESAL



LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA
 IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO: EL CASO
 DE LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS CONTRATADOS QUE
 NO PERCIBEN EL SUBSIDIO POR FALLECIMIENTO Y GASTOS DE SEPELIO
 SEGÚN EL DECRETO LEGISLATIVO 276

TESIS PRESENTADA POR:

WILDER IGNACIO VELAZCO

PARA OPTAR EL TÍTULO DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN:

FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y PROCESAL

APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE



 Dr. BORIS GILMAR ESPEZÚA SALMÓN

PRIMER MIEMBRO



 M.Sc. WALTER CATACORÁ MAMANI

SEGUNDO MIEMBRO



 Mg. GUADALUPE MANZANEDA PERALTA

ASESOR DE TESIS



 Dr. HEBER NEHEMIAS CHUI BETANCUR

ÁREA : Ciencias sociales
LÍNEA : Derecho
SUB LÍNEA: Derecho laboral
TEMA : Regímenes laborales

Fecha de sustentación: 18 de diciembre de 2019.

DEDICATORIA

A mis queridos padres por su comprensión y apoyo en mi formación profesional.

A Edson, Paúl y Karla por su lucha constante por la justicia y el derecho.

A Jorge Oscar y Lucero Marcela, mis hijos quienes me motivan día a día a seguir superándome.

A la Universidad Nacional del Altiplano, por haberme dado la oportunidad de pertenecer a su gloriosa historia comprometida con nuestra patria.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento eterno a los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y del Programa de Segunda Especialidad en Función Jurisdiccional y Procesal, quienes han sabido guiarme en mi formación profesional.

Al Dr. Heber Nehemías Chui Betancur respetado y brillante investigador, asesor de la presente tesis.

Al joven Abogado pero experimentado constitucionalista Galimberty Rossinaldo Ponce Flores, asesor de la presente tesis.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
ÍNDICE GENERAL	5
ABSTRACT.....	10
I. INTRODUCCIÓN	11
1.1. Planteamiento del problema.....	15
1.2. Formulación del problema	18
1.2.1. Problema principal	18
1.2.2. Problemas secundarios	18
1.3. Objetivos.....	19
1.3.1. Objetivo General	19
1.3.2. Objetivos Específicos	19
1.4. Justificación	20
II. REVISIÓN DE LITERATURA	23
2.1. El derecho fundamental a la igualdad: igualdad ante la ley, en la aplicación de la ley e igualdad de oportunidades.....	23
2.2. El derecho a la igualdad: la faceta de la igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley	26
2.3. El principio de no discriminación: concepto y rasgos	28
2.4. La discriminación en el ámbito laboral: precisiones a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	33
2.5. Las bases constitucionales de la igualdad y su proyección en el sistema jurídico peruano.....	35
2.6. Los regímenes laborales de la Administración pública y la carrera administrativa	36

III. MATERIALES Y MÉTODOS	38
3.1. Tipo de investigación.....	38
3.2. Enfoque de investigación.....	38
3.3. Diseño y método de la investigación	39
3.4. Unidades de análisis de la investigación.....	40
3.5. Técnicas de investigación, instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos	41
3.5.1. Técnicas de investigación	41
3.5.2. Instrumentos de recolección de datos e información	42
3.6. Modo de procesamiento y análisis de datos e información	43
3.7. Área de estudio	43
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	45
4.1. Los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores públicos de carrera (trabajadores nombrados), además, en qué se respalda o se apoya el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 276 para disponer que los trabajadores contratados no reciban la asignación de las bonificaciones y beneficios que establece dicha norma	45
4.2. Los derechos fundamentales vulnerados a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio	47
4.2.1. El supuesto de la vulneración del derecho a la igualdad.....	49
4.2.2. La discriminación hacia los servidores contratados.....	51
4.3. Las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales	53
4.4. Precisiones sobre el derecho a la igualdad y sus alcances para los efectos del análisis de la presente problemática.....	56

V.	CONCLUSIONES	59
VI.	SUGERENCIAS	61
VII.	BIBLIOGRAFIA	62
VIII.	ANEXOS	65
	a. Matriz de consistencia.....	65
	b. Instrumentos de investigación.....	65
	c. Proyecto de ley	65
	d. Sentencia de vista emitida por la Sala Civil de Puno.....	65

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza y explica la exclusión así como la diferenciación realizada por el Derecho Legislativo N° 276 entre los servidores públicos nombrados y contratados en relación al otorgamiento del beneficio de subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio, ya que el mencionado apoyo es exclusivo para los servidores de carrera (nombrados). Destacándose que ello vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores contratados, en especial, el derecho a la igualdad y no discriminación. En tal sentido, la interrogante que se plantea es: ¿Cuáles son los derechos fundamentales que se vulneran a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio? Además, el objetivo de la investigación es: establecer los derechos fundamentales que se le vulneran a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio. El marco metodológico consiste: (i) enfoque: cualitativo; (ii) diseño y método: descriptivo, explicativo y hermenéutico; (iii) técnicas: observación, análisis de contenido y examen exegético de la norma, y, (iv) instrumentos: ficha de resumen bibliográfico y observación. Finalmente, la conclusión relevante a la que se arribó es que: los derechos que son vulnerados, concretamente, son el derecho a la igualdad en su faceta de aplicación de la ley en igualdad de condiciones, a su vez, el derecho a no ser discriminado por ningún motivo. Las situaciones fácticas que han desencadenado y generado la vulneración de estos derechos son: (i) la exclusión de trabajadores contratados de los beneficios económicos se justifica en informes de SERVIR, entidad que menciona que ni los servidores contratados ni los que desempeñan cargos políticos o de confianza pueden recibir estos beneficios subsidio por luto y fallecimiento y

(ii) el artículo 2° y 48 del DL N° 276 disponen que los servidores contratados así como aquellos que son de confianza o tienen un encargo político no les corresponde percibir el subsidio por gastos de sepelio y fallecimiento.

Palabras Clave: Administración pública, derecho a la igualdad, no discriminación, gastos de sepelio, régimen laboral, servidor contratado, servidor nombrado, subsidio por fallecimiento.

ABSTRACT

The present research work analyzes and explains the exclusion. As well as differentiation. Exclusive for career servers (named). Highlighting the rights of hired workers, especially the right to equality and non-discrimination. . In this regard, the question that arises is: What are the fundamental rights that are violated public servants hired who work under the regime of Legislative Decree No. 276 that are excluded from economic benefits such as the death benefit and burial expenses? In addition, the objective of the investigation is: to establish the fundamental rights that are violated to the hired public servants that work under the regime of Legislative Decree 276 that are excluded from the economic benefits such as the death benefit and burial expenses. The methodological framework that follows consists of: (i) approach: qualitative; (ii) design and method: non-experimental, descriptive, explanatory and hermeneutic; (iii) techniques: observation, content analysis and exegetical examination of the norm, and, (iv) instruments: bibliographic summary and observation sheet. Finally, the results that are expected to be achieved are: (i) establish the manner in which the violation of the fundamental rights to equality and non-discrimination occurs when the benefit of granting the death benefit and burial expenses is denied. public servants hired, (ii) establish obligations for the State to assure public servants hired under the regime of Legislative Decree N ° 276 the granting of subsidy for death and burial expenses, and, (iii) design the actions that must adopt those hired servers that currently do not enjoy the benefits.

Keywords: Public administration, right to equality, non-discrimination, burial expenses, labor regime, hired servant, appointed server, death grant.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad el discurso de los derechos ha generado gran expectativa y aceptación en la comunidad jurídica y política, concretamente, se habla con frecuencia acerca del fenómeno de la constitucionalización y la defensa de los derechos fundamentales, situación que implica poner en primer lugar al ser humano y dignidad, a la vez, limitar así como controlar el poder al máximo. De ahí se sostiene que un Estado democrático se caracteriza porque reconoce derechos y dispone de garantías para proteger los mismos, si es que no se aprecia o presenta el mencionado escenario, entonces, los ciudadanos de una nación se exponen a todo tipo de peligros. Teniendo en cuenta ello, se debe precisar que el discurso jurídico contemporáneo apunta hacia la defensa de los derechos y la limitación del poder, solo así se puede lograr que los valores como la libertad, la igualdad, la fraternidad, entre otros sean reales y efectivos.

En las declaraciones sobre derechos humanos, se hace mención que todas las personas son iguales sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna, por eso, en el artículo 1.1 de la Convención Americana, se sostiene que los Estados tiene el deber así como la obligación de respetar y garantizar los derechos establecidos en el mismo instrumento, teniendo presente que la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social quedan proscritas. Esto guarda sintonía con lo que se predica y sostiene en el Estado Constitucional porque la máxima de la que se parte es que todas las personas son iguales ante la ley, además, reciben las mismas ventajas y son protegidas por la ley. Se ha destacado que el principio de igualdad es intrínseco al ser humano porque se aplica para todas las personas, ello debido a que no existen seres superiores o inferiores, sino solamente iguales.

En esta investigación, se analizó la problemática que se genera a raíz de que los servidores públicos que tienen la condición de contratado, según el régimen general público del Decreto Legislativo N° 276 no reciben los beneficios correspondientes, esto es, son excluidos del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio. Ello es así porque la regulación legal lo establece así, además, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) ha interpretado según Informes Técnicos con el mismo tenor la norma (el Decreto Legislativo N° 276), con relación al mismo, se tiene los subsidios por fallecimiento del servidor y sus familiares directos, así como los subsidios por gastos de sepelio o servicio funerario completo son beneficios económicos exclusivos de los servidores de carrera sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 que no pueden ser extendidos a los servidores públicos contratados ni a los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza –quienes no están comprendidos en la carrera administrativa– por existir una exclusión normativa expresa. Este asunto problemático fue explicado en la parte que corresponde al análisis y discusión de resultados.

Los fundamentos que existen para justificar y dar soporte a la noción de que no se debe efectuar distinciones entre servidores nombrados y contratados del sector público al momento de percibir los beneficios de ley son: (i) desde la perspectiva normativa: la Constitución Política del Perú y las convenciones sobre derechos humanos, (ii) desde la perspectiva teórica: hemos visto que se sostiene que la igualdad es un derecho fundamental y (iii) desde la perspectiva jurisprudencial: el Tribunal Constitucional viene señalando que el derecho a la igualdad y no discriminación proyecta la regla del trato igual en todas las esferas y ámbitos. Todo esto evidencia que desde las tres dimensiones la diferenciación que no está basada en términos objetivos y la discriminación quedan proscritas, además, dicha situación

mantiene conexión con lo que se predica del Estado Constitucional, en especial, cuando se menciona que un aspecto fundamental es la garantía de los derechos constitucionales.

Los hechos mencionados vulneran derechos fundamentales, en especial, el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación porque limita injustificadamente el acceso al beneficio de luto y sepelio de los trabajadores contratados del sector público, la misma que corresponde percibir a todos los trabajadores de las entidades públicas, es más, se ha podido advertir que no existen razones objetivas para hacer tal distinción porque las labores y actividades que desempeñarán son los mismos entre contratados y nombrados, por ende, no corresponde tratar de manera distinta a los mismos. Sumado a ello, la Constitución es clara cuando expresa que toda persona tiene derecho a la igualdad y no discriminación, de ahí se desprende que en ninguna esfera las personas pueden ser tratadas contraviniendo dichas disposiciones constitucionales.

Finalmente, con esta investigación se ha establecido –previa revisión teórica y jurisprudencial– que se vulnera el derecho a la igualdad, esto cuando se trata de que el subsidio por fallecimiento del servidor y sus familiares directos, así como los gastos de sepelio no pueden ser extendidos a los servidores públicos contratados ni a los funcionarios que desempeñen cargos políticos o de confianza, ya que no están comprendidos en la carrera administrativa por existir una exclusión normativa expresa. Esa situación se produce porque el hecho de excluir y crear una condición de diferenciación sin sustento objetivo, según la doctrina contemporánea así como la jurisprudencia contraviene el derecho a la igualdad. No solamente ello, es más, en la Constitución Política de 1993, en especial, los artículos 2° y 26° desarrollan el derecho a la igualdad ante la ley e introduce la proscripción de cualquier tipo

de actividad que conlleve hacia el trato discriminatorio de cualquier índole –o trato injustificado sin bases objetivas–.

1.1. Planteamiento del problema

La legislación laboral existente en el país tiene como finalidad garantizar la conciliación de intereses de los trabajadores y el Estado; por un lado, el poder público busca brindar condiciones de calidad para el desempeño laboral de los servidores públicos y, por el otro, los trabajadores persiguen desempeñarse en situaciones óptimas. En la actualidad existen concursos públicos para acceder a cargos y empleos públicos, ello debido a que el «principio de mérito y capacidad» (Neves y Ledesma, 2012, p. 24) rigen para el acceso a la carrera pública. Con esto se garantiza la transparencia y la capacidad de los servidores públicos para laborar con idoneidad en el puesto laboral al que postulan. Entre las características más relevantes encontramos que en el régimen laboral público existen aquellos trabajadores que laboran como nombrados y contratados, en ambos casos el ingreso y ascenso se produce mediante concurso público, sin embargo, por cuestiones intrínsecas al mismo régimen laboral es posible apreciar que se presentan diferenciaciones y distinciones en el otorgamiento de los beneficios entre los servidores públicos nombrados y contratados, a pesar que desempeñan las mismas labores. En tal sentido, en la presente investigación nos enfocaremos a este último aspecto, esto es, la distinción introducida en el Decreto Legislativo N° 276 entre servidores nombrados y contratados en relación al otorgamiento de los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio.

El decreto legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, señala en su artículo 2° que «no están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable». Con el mismo tenor, el artículo 48° de la misma norma señala

que la «remuneración de los servidores contratados será fijada en el respectivo contrato de acuerdo a la especialidad, funciones y tareas específicas que se le asignan, y no conlleva bonificaciones de ningún tipo, ni los beneficios que esta Ley establece». Además, el reglamento del Decreto Legislativo N° 276, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, en el artículo 142° menciona que los programas de bienestar social están “dirigidos a contribuir al desarrollo humano del servidor de carrera, y de su familia”. Todo esto conlleva a sostener que los servidores públicos contratados están limitados de gozar de algunos beneficios que extiende y consigna el Decreto Legislativo N° 276, es decir, están excluidos y en desventaja frente a los servidores públicos de carrera o nombrados¹ (quienes acceden a todos los beneficios que la ley les reconoce).

Los servidores públicos que tienen la condición de contratado, según el régimen general público del Decreto Legislativo N° 276 no reciben los beneficios correspondientes, esto es, son excluidos del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio. Ello es así porque la regulación legal lo establece así, además, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) ha interpretado según Informes Técnicos con el mismo tenor la norma (Decreto Legislativo N° 276. En efecto, tenemos las siguientes conclusiones que ha sostenido dicha entidad al momento de emitir los Informes Técnicos, concretamente, indica que: «los subsidios por fallecimiento del servidor y sus familiares directos, así como los subsidios por gastos de sepelio o servicio funerario completo son beneficios económicos exclusivos de los servidores de carrera sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 que no pueden ser extendidos a

¹ Según el artículo 3° del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobada mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, los servidores de carrera son entendidos como aquella persona o ciudadano que «en ejercicio presta servicio en entidad de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares».

los servidores públicos contratados ni a los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza –quienes no están comprendidos en la carrera administrativa– por existir una exclusión normativa expresa» (Informe Técnico N° 1377-2016-SERVIR/GPGSC; N° 259-2017-SERVIR/GPGSC; N° 398-2016-SERVIR/GPGSC, entre otros). Por consiguiente, queda claro que los servidores públicos contratados no perciben los beneficios por fallecimientos y gastos de sepelio.

Tanto desde la dimensión normativa así como práctica (casuística desarrollada mediante los Informes Técnicos por SERVIR) se dejan constancia que los beneficios por fallecimiento y gastos de sepelio sólo corresponden al personal que labora en la condición de nombrado, entonces, con ello queda claro que los servidores públicos contratados quedan fuera del alcance de dichos beneficios (exclusión explícita). Esto trae como resultado que los trabajadores del sector público que laboran bajo la condición de contratados son desamparados de los alcances de la tutela normativa, es decir, no son parte de dichos beneficios que son de carácter económico, inclusive, tienen naturaleza remunerativa para satisfacer distintas necesidades del beneficiario. Entonces, el problema que se genera a raíz de dicha exclusión es la vulneración del derecho a la igualdad y la no discriminación porque los servidores públicos contratados bajo la modalidad del Decreto Legislativo N° 276 quedan desamparados².

² En tal sentido, se estaría transgrediendo el principio de igualdad recogida en el artículo 2.2 de nuestra actual Constitución Política, que consagra expresamente el derecho de igualdad ante la ley; dicho principio prohíbe al Poder Legislativo dictar leyes especiales en razón de la diferencia de las personas, restringiendo este supuesto únicamente a los casos en que la naturaleza de las cosas así lo exija, conforme así lo ha establecido el artículo 103 de nuestra Constitución Política. Esta situación será explicada con mayor detenimiento y análisis en las próximas líneas, es decir, cuando corresponda desarrollar los resultados y discusión de la investigación (informe final de investigación).

Finalmente, en todo esto queda explicitado que existe un problema grave porque al producirse la distinción entre trabajadores nombrados y contratados al momento de reconocer y otorgar los beneficios como son el otorgamiento del beneficio de subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio vulnera derechos fundamentales, en específico, el derecho a la igualdad y no discriminación. La premisa básica en un Estado Constitucional es que todas las personas acceden y se benefician de los derechos, asimismo, también cumplen con sus obligaciones, por tanto, no debe existir desequiparación entre los servidores públicos –nombrados y contratados, más aún, teniendo en cuenta que cumplen las mismas funciones así como están sujetas a similares obligaciones. Además, hay que tener en cuenta que la cantidad de trabajadores contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 son muchos, en tal sentido, de algún modo, estarían sufriendo discriminación y vulneración del derecho a la igualdad al negárseles el otorgamiento del beneficio del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema principal

- ¿Cuáles son los derechos fundamentales que se vulneran a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio?

1.2.2. Problemas secundarios

- ¿Cuáles son los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores

públicos de carrera (trabajadores nombrados), además, en qué se respalda o se apoya el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 276 para disponer que los trabajadores contratados no reciban la asignación de las bonificaciones y beneficios que establece dicha norma?

- ¿Se les vulnera el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación a los servidores públicos contratados que no perciben beneficios económicos del Decreto Legislativo N° 276, en especial, subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio?
- ¿Cuáles son las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

- Analizar los derechos fundamentales que se le vulneran a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Explicar los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores públicos de

carrera (trabajadores nombrados), además, en qué se respalda o se apoya el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 276 para disponer que los trabajadores contratados no reciban la asignación de las bonificaciones y beneficios que establece dicha norma.

- Establecer si se vulnera el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación a los servidores públicos contratados que no perciben beneficios económicos del Decreto Legislativo N° 276, en especial, subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.

- Indicar las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales.

1.4. Justificación

En el país la cifra de trabajadores que laboran en el sector público en la modalidad de contratados constituye un alto porcentaje, llegando a representar casi el 80% aproximadamente. En dicho contexto, el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes deben ser iguales para todos, es decir, todos los servidores públicos que laboran o tienen un vínculo contractual con el Estado deben ser poseedora de mismos derechos y obligaciones. Esta situación no siempre se produce así, ya que por diversos motivos se presentan diferenciaciones o distinciones que ponen en desventaja a un sector de la población. En concreto, hechos de desigualdad y desventaja se pueden apreciar cuando se deniega el beneficio legal que reconoce el otorgamiento de subsidio por fallecimiento y

gastos de sepelio para aquél sector de trabajadores que laboran en la condición de contratados. Este cuadro problemático, a criterio personal, tiene que ser resuelta porque es incompatible con un esquema donde se predica la importancia de los derechos, inclusive, se plantea la vigencia del Estado Constitucional; no obstante los hechos que indicados previamente lo único que hace es poner en peligro el ejercicio de los derechos, por ende, es allí donde encuentra la presente investigación su justificación práctica y fáctica.

En relación a la justificación legal, consideramos que el trabajo de investigación es relevante y debe emprenderse su ejecución porque se da en un marco de evaluación del Decreto Legislativo N° 276, el mismo que regula el desempeño laboral de los servidores públicos, ya sean nombrados o contratados, además, la investigación se focaliza en un aspecto puntual de la norma que es materia de evaluación, esto es, los problemas derivados de la aplicación del Decreto Legislativo N° 276, en concreto, la vulneración de sus derechos que sufren los servidores públicos contratados porque no reciben el otorgamiento del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio. En tal sentido, es importante determinar de qué manera se afectan los derechos de estos trabajadores, asimismo, las estrategias legales que se pueden usar para remediar la situación problemática.

Finalmente, el artículo 23° de la Constitución Política del Perú establece que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, promoviendo las condiciones para el progreso social y económico, y asegurando que en ninguna relación laboral se pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. De esta disposición constitucional se pueden desprender los siguientes supuestos: (i) igualdad de oportunidades sin discriminación, (ii) carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, y, (iii) interpretación favorable al trabajador en caso de duda

insalvable sobre el sentido de una norma, los mismos que permitan al servidor contratado ejercer su labor de manera óptima y significativa. Entonces, atendiendo a ello, resulta que la interpretación del decreto legislativo 276, sobre el beneficio de subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio, implica trato diferenciado entre aquellos servidores nombrados y contratados porque no se produce la protección del derecho a la igualdad tal como lo hemos podido constatar con los Informes Técnicos emitidos por el SERVIR, por lo cual, también, resulta pertinente que la presente investigación se realice (analizar dicha problemática y sugerir las soluciones).

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. El derecho fundamental a la igualdad: igualdad ante la ley, en la aplicación de la ley e igualdad de oportunidades

El principio de igualdad, sobre el que reposa todo Estado de Derecho y que opera tanto en el ámbito público como en el privado, postula -de manera general- la correspondencia entre los hechos y el trato. Ello supone que el trato no puede ser desigual para los iguales, ni igual para los desiguales. Tal como indica el profesor Neves Mujica, la evolución de este principio ha determinado que en él se identifique la presencia de dos fases: i) una formal, y ii) otra sustancial. En relación a su primera fase: la igualdad no pretende modificar la realidad sino incidir sobre la regulación o los comportamientos que se producen en aquella. De este modo, para proclamar la igualdad será necesario recurrir a la comparación de los hechos e identificar si éstos son semejantes o no. De producirse una inequivalencia en el trato en razón de los hechos, esto es, si existe un trato desigual ante situaciones exactamente iguales, o uno igual ante situaciones desiguales, habrá que indagar si esta se encuentra justificada o no. De no ser así, ello calificará de discriminatorio. Con relación a su segunda manifestación de este principio, dentro de la fase formal, es la que se presenta en el ámbito de las relaciones privadas, donde éste se traduce en el derecho de igualdad de trato, que obliga a los particulares -en todas sus formas de actuación (normativas o no normativas)- a no diferenciar arbitrariamente, salvo que exista una válida razón que lo justifique. Nótese que aquí el sujeto obligado ya no es el Estado sino todos los sujetos privados, incluido el Estado cuando actúe como tal. Naturalmente, queda comprendido dentro del campo de aplicación de este derecho el ámbito de las relaciones laborales, donde el trato diferenciado sin que exista causa que lo justifique está prohibido, con prescindencia de si éste se presenta al momento de la

contratación, la ejecución o extinción de la relación laboral. Si bien este principio no tiene mención expresa en nuestra actual constitución, debemos entender que ha sido reconocido de modo indirecto por el artículo 26.1³ de la Constitución Política de Perú, pues al consagrarse el principio de igualdad de oportunidades, se consagra también el de igualdad de trato, pues este último precede siempre a aquél (Neves, 1997).

Al interior de esta fase y en el ámbito público, el principio de igualdad se traduce en el derecho de igualdad ante la ley (Eguiguren1997)⁴, que obliga al Estado en cualquier manifestación de su actuación a tratar a todos por igual. Esta primera manifestación del principio de igualdad se encuentra recogida en el artículo 2.2 de nuestra actual Constitución Política, que consagra expresamente el derecho de igualdad ante la ley. Este principio prohíbe al Poder Legislativo, dictar leyes especiales en razón de la diferencia de las personas, restringiendo este supuesto únicamente a los casos en que la naturaleza de las cosas así lo exija (artículo 103 CP). Del mismo modo y en aplicación de este principio, el Poder Judicial se encuentra impedido de apartarse de los precedentes que hubiera establecido, salvo que existan razones justificadas para ello; por lo que, en principio, los jueces deberán aplicar un mismo criterio ante situaciones idénticas. Así lo establece el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Bernal, 2008; Baldasarre, 1994).

3 Artículo 26.1.- «En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma».

⁴ Tal como sostiene un sector de la doctrina constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley tiene dos componentes primordiales, a decir: i) la igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, quien no podrá expedir leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que todos tienen derecho, y ii) la igualdad en la aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos públicos incluidos los órganos jurisdiccionales, quienes no podrán aplicar una de ley de manera distinta a personas que se encuentren en situaciones similares.

Con todo, es claro que el principio de igualdad no puede ser comprendido ni entendido en un sentido absoluto. La evolución de este principio ha determinado que éste no sea considerado en forma abstracta, pues la mera aplicación de este derecho no es garantía suficiente de igualdad. Por ello, a diferencia de lo que sucede en la primera fase de este principio, la segunda busca verificar si en los hechos los diversos grupos tienen las mismas oportunidades para disfrutar de los beneficios o no. En efecto, la igualdad no significa uniformidad. Esta debe expresar más bien una igualdad real o sustancial entre los seres humanos, lo que supone reconocer la existencia de diferencias sociales, económicas, etc, que permiten al Estado o a los particulares, conferir un trato diferente en favor de cierto grupo de personas que se encuentran en una situación más desventajosa que otras (Pérez, 2005; Gutiérrez y Sosa, 2005). Se trata de una concepción valorativa de igualdad que obliga no tanto a la paridad absoluta de trato, como a la justificación de desigualdades e incluso de las igualdades de trato que puedan establecerse. Una justificación que explique que exista un tratamiento diverso entre ciudadanos que se encuentran en una situación igual o una equiparación de trato cuando existan diferencias muy significativas que razonablemente deberían haberse tenido en cuenta. Así pues, la igualdad sustancial apunta más bien a que la ley tienda a crear igualdad de condiciones y oportunidades para los sujetos que se encuentran en una misma situación, o de equiparación de trato cuando existan diferencias significativas que ameriten protección, sin que ello sea considerado una afectación al principio de no discriminación. A este tipo de acciones se les denomina "acciones positivas", siendo éstas la forma a través de las que se instrumenta el principio de igualdad de oportunidades, que goza de consagración constitucional (artículo 26.1 CP) (Rubio, 2011; Bernal, 2008; Espinosa, 2010). Naturalmente, no existe una lista cerrada de motivos que permitan al Estado o a los particulares intervenir positivamente. Por ello, el punto crucial será determinar cuándo nos hallamos ante un trato

desigual constitucionalmente legítimo y cuando -por el contrario- ello configura una situación discriminatoria que debe ser proscrita.

De lo dicho hasta aquí, podemos concluir lo siguiente, el principio de igualdad y su consecuencia, la prohibición de discriminaciones carentes de justificación, pueden provenir de dos direcciones: i) del Estado, quien se encuentra prohibido de conferir un trato diferente a través de una norma, una sentencia, o de un acto administrativo, a quienes se encuentren en una misma situación, o un trato igual a quienes se encuentren en una situación desigual que requiera de una "acción positiva"; o ii) de los particulares, quienes no podrán tratar en forma distinta a quienes se encuentren en una misma situación, o de una misma forma a quienes se encuentren en situaciones diferentes que ameriten una intervención positiva (Rubio, 2011).

2.2. El derecho a la igualdad: la faceta de la igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad es un principio y derecho constitucional, la misma que está regulada en la Constitución y desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El reconocimiento formal de este derecho se encuentra en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. De este modo, se constata el desprendimiento de cuatro planos o ámbitos:

- (i) El reconocimiento de un derecho subjetivo que demanda el trato igualitario a las personas físicas.
- (ii) El tratamiento igualitario exige que frente a supuestos de hechos similares se deban aplicar las mismas consecuencias jurídicas.
- (iii) Está vedado la discriminación entre iguales.

- (iv) Está justificado efectuar diferenciaciones cuando existas razones de carácter objetiva para ello.

El Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho a la igualdad acoge dos facetas: la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. El primero reconduce a que es un límite al legislador, ya que se configura como un tope al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, ya que se exige a los mismos, en el momento de aplicar la norma jurídica que no se atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos o situaciones que guarden similitud (o sean sustancialmente iguales) (Exp. 0004-2006-PI/TC). De esto se desprende que existe la necesidad de la aplicación igualitaria de la ley a todos las consecuencias o situaciones similares, es decir, que no exista distinción o variación injustificada. Luego, el segundo, denota que los órganos jurisdiccionales no modifiquen la interpretación o aplicación de sus decisiones en casos que guarden igualdad o similitud, lo cual supone que los órgano de impartición de justicia buscan la solución del caso tomando como punto de partida sus decisiones previas, a su vez, si se produce apartamiento que la misma sea justificada y motivado (Exp. N° 024-2008-AA/TC). No está demás mencionar que debe existir la concurrencia de igualdad entre la resolución que se cuestiona y la resolución que es materia de tratamiento distinto, lo cual se traduce en: a) identidad del órgano judicial que resolvió el caso; b) que el órgano judicial tenga una composición semejante; c) que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales; d) que se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional y e) no exista una motivación del cambio de criterio.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta es la igualdad como principio, la misma que parte de las declaraciones y reconocimiento que existe sobre los derechos humanos a nivel de

normas de carácter internacional. Así, se puede mencionar que la igualdad se reconoce en el artículo 2 de la declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que proclama que toda persona tiene derecho a gozar de derechos y las libertades básicas sin que exista distinción alguna sobre raza, color, sexo, idioma, religión, entre otros. En tal sentido, se entiende que la cláusula de la igualdad supone que existe la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, la misma que contiene una prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación lo que constituye una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas porque se debe erradicar la presencia de situaciones o hechos desventajosas contrarias a la dignidad humana. De allí se puede destacar que es un enunciado que promueve la proscripción de la discriminación por razones subjetivas en distintos ámbitos y aspectos.

2.3. El principio de no discriminación: concepto y rasgos

Con relación al principio de no discriminación se menciona que establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa (Exp. N° 3287-2003-AA/TC f.j. 19). Ello supone que es un principio constitucional que prohíbe la discriminación o el tratamiento excluyente porque no permite el desarrollo de la igualdad de oportunidades, sino que promueve la separación y distinción injustificada, situación que es prohibida desde la perspectiva constitucional, ya que la regla es que el trato se de en condiciones de igualdad sin que se produzcan separaciones inmotivadas.

Frente a lo indicado en el párrafo anterior, ahora, cabe efectuar algunas precisiones entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. A juicio del Tribunal Constitucional, 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 objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Exp. 0048-2004-PI/TC f.j 62). En tal sentido, queda claro que una cosa es la diferenciación y otra la discriminación, además, según la jurisprudencia citada la primera es constitucionalmente admitida, en cambio, la segunda es negada porque rompe con el principio de la igualdad.

Se conoce también que los actos de discriminación pueden producirse de forma directa o indirecta. Con relación al primero, se considera la presencia de dicho tipo de discriminación cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Con relación al segundo, se debe tener presente que se produce cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual.

El derecho a no ser discriminado era considerado como el aspecto negativo del derecho de igualdad. Una lectura unitaria de ambos preceptos el de igualdad y el de no discriminación, determinó que este último perdiera toda relevancia, pues cualquier infracción al principio de igualdad era considerada discriminatoria. Desde esta óptica, la lista de motivos considerados prohibidos por el texto constitucional asumía un papel ejemplificativo de los atentados a la igualdad, perdiendo así todo contenido autónomo. Aquello determinó que a la larga, éste fuese confundido con el principio de igualdad. Pese a ello, y con el correr del tiempo, el término discriminación ha adquirido un sentido autónomo, específico y concreto, que permite reconocer que el mandato de no discriminación no es una simple especificación del principio de igualdad, sino que va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley (Eguiguren, 2002).

En efecto, el artículo 2.2 del texto constitucional consagra expresamente además del derecho de igualdad ante la ley, el mandato de no discriminación. Ello evidencia claramente el carácter autónomo de esta prohibición, que busca favorecer a probables víctimas que por pertenecer a un colectivo segregado, se ven a menudo impedidas de ejercer sus derechos. Se prohíbe así, globalmente, la discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, incluyendo todos estos motivos bajo una misma cobertura protectora. De esta manera, el enunciado constitucional recoge un listado enunciativo, pero abierto, de condiciones o circunstancias que no pueden ser tomadas en cuenta para sustentar diferencias sociales. Como indica Neves Mujica, es claro que los motivos resaltados por el texto constitucional no son los únicos prohibidos, sino sólo los más perniciosos (Neves, 1997).

El principio de no discriminación, respecto de los sujetos activos de la misma, no tiene como destinatarios única y exclusivamente a los poderes públicos, incluyendo también el ámbito de las relaciones privadas, donde los fenómenos discriminatorios son más sutiles y por tanto, más difíciles de detectar y corregir. Por esta razón, la tutela antidiscriminatoria no se reduce tan sólo a la discriminación "legal", que es producto de actos o normas de los poderes públicos, abarca también otras formas de discriminación "social": que se advierten a propósito de la interacción privada, en donde éstas suelen ser mucho más sutiles. Como indica un importante sector de la doctrina española, la tutela antidiscriminatoria habrá de tener, en sus resultados, una eficacia extensiva a todos los miembros de la sociedad (Eguiguren, 2002; Bobbio, 1993). El precepto no se cumpliría en su integridad si se limitara sólo a la supresión de la discriminación legal.

Al ser un fenómeno social, la discriminación trasciende el momento de realización de la diferenciación, pues además de comprender aquellas distinciones formales basadas en una razón vedada (directa), contempla también el resultado discriminatorio, en donde sobre la base de elección caprichosa de criterios de selección aparentemente neutros se arriba a una discriminación de tipo objetivo (indirecta). Por esta razón, en nuestra opinión, cuando el texto constitucional consagra el mandato de no discriminación, se refiere a ésta en cualquier forma de manifestación, con total prescindencia del modo a través del que ésta es puesta en práctica. Esa es la única forma por la que se evitaría burlar el mandato constitucional, caso contrario éste sería constantemente infringido por la vía indirecta (Eto, 2016; Espinosa, 2010).

De acuerdo con ello, la doctrina nacional e internacional es unánime en considerar que el principio de no discriminación se encuentra configurado por una doble prohibición: i) conferir un trato desigual a quienes se encuentren en una misma situación, sustentado en

motivos prohibidos, y otra de ii) realizar prácticas en principio neutrales, pero que en sus efectos resultan discriminatorias en perjuicio de ciertos grupos, careciendo de una razón objetiva y razonable (Rubio, 2011). La primera de ellas se refiere propiamente a la discriminación directa, y la segunda a la indirecta. El concepto de discriminación directa se corresponde con la teoría de la diferencia de trato y el de discriminación indirecta, con la teoría del impacto adverso.

La discriminación directa puede ser definida como una diferencia de trato, tanto en la intención como en su efecto, que se basa en la aplicación de un motivo prohibido. En aplicación de ello, será considerada discriminación directa aquella desigualdad de trato que se sustente en el sexo de una persona o en algún otro motivo prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de ello, la discriminación indirecta es consecuencia de la aplicación de una medida neutral que desfavorece en mayor medida a un grupo social protegido (Garzón, 2006; Ferrajoli, 2010).

En este supuesto, la intención de discriminar no es necesaria para la configuración del hecho. La teoría del impacto adverso es una construcción jurisprudencial que parte del célebre asunto Griggs, donde la Corte Suprema norteamericana consideró que resultaban prohibidas no sólo las discriminaciones abiertas sino también, las prácticas formalmente justas pero discriminatorias en su puesta en práctica o realización, salvo que el empresario probara la existencia de una necesidad empresarial (Gutiérrez y Sosa, 2005).

2.4. La discriminación en el ámbito laboral: precisiones a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el convenio 111, apartado a), del Art. 1.1 se define la discriminación laboral como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Así se entiende que existe protección contra la discriminación en el empleo así como la ocupación en todos los sectores, sea tanto públicos como privados, el mismo que abarca el acceso a la educación, la orientación y la formación profesionales; el acceso al trabajo ya sea por cuenta propia, asalariado o en la administración pública; el acceso a los servicios de colocación o tercerización; el acceso a las organizaciones de trabajadores; la promoción profesional; la seguridad del empleo; la negociación colectiva; la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor; el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; y otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo, las horas de trabajo, los períodos de descanso y las vacaciones. De este modo, la protección constitucional contra la discriminación es fuerte porque promueve la participación laboral en condiciones de igualdad, impidiendo que se produzcan actos de resquebrajamiento del trabajador.

Es conveniente tomar en cuenta que la categoría de la discriminación laboral consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. En tal sentido, la discriminación transgrede la libertad de las personas

para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) y menoscaba las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial y sus aptitudes y cualidades, a efectos de ser remunerados en función de sus méritos (Exp. N° 05652-2007-PA/TC f.j. 40). Inclusive, la discriminación en el ámbito labora puede constituir también con actos de violencia (sea física o psicológica), o se presenta cualquier situación que pueda influir o poner en riesgo la capacidad de la víctima para cumplir adecuadamente sus funciones, es más, cuando se presenta un escenario de hostigamiento hacia algún trabajador.

El Tribunal Constitucional ha indicado que la discriminación laboral puede manifestarse en diversas esferas como son: (i) al momento de buscar un trabajo, (ii) cuando el empleados viene laborando y (iii) en el momento en que el empleador deja de laborar. Esto se grafica con las acciones consistentes en que las personas son objeto de exclusión o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo, religión u orientación sexual, entre otros motivos, o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente. El ejemplo que se puede ofrecer para comprender mejor esta situación es cuando una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo político minoritario, es impedido de que pueda laborar en un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de su afiliación sindical. En estos casos, se produce el maltrato hacia el trabajador por diversas condiciones, lo cual afecta la tranquilidad, estabilidad, libertad, entre otros de los empleados tanto en el sector público y privado.

2.5. Las bases constitucionales de la igualdad y su proyección en el sistema jurídico peruano

Es preciso señalar que el texto constitucional vigente en el Perú encontramos una referencia explícita al derecho de igualdad. Ahí específicamente el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie podrá ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole (Espinosa, 2010). El Tribunal Constitucional, señala que la cláusula de igualdad, del inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, no contiene un mandato de trato igual a todos, no importando las circunstancias en las que se encuentren, sino una exigencia de trato igualitario si se encuentra en una situación análoga, y de trato desigualitario si no se está en igualdad de condiciones; (Rodríguez y Fernández, 1986; Pérez, 2005; Mosquera, 2005). Detrás de esa última exigencia, para que un trato diferenciado no resulte lesivo de la cláusula de la igualdad es preciso que este se sustente en razones objetivas y razonables, quedando proscrito, por tanto, cualquier tratamiento diferenciado que solo se sustente en razones subjetivas, como el sexo de una persona, su raza, opción política, religiosa, idioma, origen, opinión condición económica o de cualquier otro índole (Muro y Mesinas, 2006).

En nuestro país el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se verifique: la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación, la acreditación de una finalidad específica, la existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional, en otras palabras, el derecho a la igualdad funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restante derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan. La igualdad constitucional puede encararse por lo tanto, desde dos perspectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habrá que dotarlo de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar, y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna (Gutiérrez y Sosa, 2005).

2.6. Los regímenes laborales de la Administración pública y la carrera administrativa

Es conocido que la Constitución Política del Estado, en sus artículos 2.15°, 10°, 11° y 22° a 29° establece el conjunto de derechos, principios y garantías que deben protegerse en una relación laboral; en ese sentido, el legislador –tanto el ordinario como el delegado– tiene amplio margen de acción, siempre que en el desarrollo de su labor, primero, no afecten derechos fundamentales o los principios y valores contenidos en la Constitución, y segundo, no afecten los límites de la legislación delegatoria, situación que no se advierte en el caso de autos. De las normas precitadas no se puede derivar la necesidad de un régimen laboral único para el sector público –más allá de que ello pudiera considerarse deseable–; sin embargo el objeto de la presente demanda es otro, esto es, analizar el contenido del Decreto Legislativo

Nº 1057 tal como si de una norma laboral se tratara, sin que ello afecte su constitucionalidad (Neves, 1997; Muro y Mesinas, 2006; Alvites, 2006)

El Tribunal Constitucional ha indicado que en el ordenamiento jurídico peruano contiene cuando menos dos regímenes laborales generales, alrededor de los cuales giran otros más específicos. Nos referimos a los regulados por los Decretos Legislativos N.º 276 y 728, denominados Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el primero, y Ley de Fomento del Empleo, el segundo, los cuales contiene la legislación marco aplicable tanto al sector público como al sector privado, respectivamente. El acceso, características, derechos y obligaciones, finalización de la relación laboral, etc., están regulados en cada caso de manera específica y expresa, lo que a su vez ha dado lugar a que los mecanismos de protección de tales regímenes sean diferentes y específicos, como de alguna manera lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el denominado Caso Baylón (STC 206-2005-PA/TC).

En el caso del Decreto Legislativo N.º 276, que promulga la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, se advierte que el ingreso a la carrera pública está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos (artículo 12º), tales como ser ciudadano en ejercicio; acreditar buena conducta y salud; reunir los requisitos propios del respectivo grupo ocupacional; aprobar el concurso de admisión; así como los demás que señale la ley. Además, el ingreso a la Carrera Administrativa debe hacerse por el nivel inicial de cada grupo ocupacional, siendo necesario para ello la existencia de vacantes presupuestadas, pues de otro modo no podría entenderse lo expuesto en el artículo 13º cuando se dispone que “Las vacantes se establecen en el presupuesto de cada entidad” (Rubio, 2011).

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. Tipo de investigación

El presente trabajo de investigación es de tipo hermenéutico y explicativo; en lo sustancial, se realiza la descripción de la situación problemática (vulneración de derechos con la exclusión de beneficios otorgados por la ley) y las soluciones jurídicas que se han ido tejiendo entorno a ella, es decir, la respuestas de los órganos jurisdiccionales sobre la problemática planteada, luego se utiliza la interpretación para comprender mejor la realidad problemática, en este caso, las categorías que son materia de análisis. Posteriormente, se explicó la investigación partiendo de las unidades de análisis de acuerdo con los objetivos de investigación, ello con la finalidad de generar una solución válida para la problemática que se analiza (derechos fundamentales agredidos con la norma). En tal sentido, tanto desde la dimensión descriptiva y explicativa se tendrá que establecer: (i) motivos por los cuales se adoptó una legislación que excluye a los servidores públicos contratados de los beneficios que gozan los nombrados, (ii) la vulneración de derechos que se comete con la exclusión normativa realizada y (iii) los mecanismos que existen para solucionar la problemática advertida.

3.2. Enfoque de investigación

El enfoque de la investigación es cualitativa. Esto responde a que el problema a ser analizado requiere de la interpretación para encontrar soluciones plausibles, además, para abordar la misma se tendrá que establecer unidades o categorías de análisis que permitan detectar la vulneración de derechos fundamentales, en este caso, análisis de Decreto Legislativo 276. Lo más importante es que una vez trazada las unidades de investigación, se tendrá que proceder

a analizarlas e interpretarlas de acuerdo a la intención de la investigación, en tal sentido, no habrá necesidades de usar elementos o estrategias de carácter cuantitativo. En suma, tanto la presentación y evaluación del problema así como la solución que se planteará para la misma se produce según el enfoque cualitativo, por tal motivo, gana preponderancia el criterio o método hermenéutico.

3.3. Diseño y método de la investigación

El diseño y método de la investigación es de carácter descriptivo, explicativo y hermenéutico, en ese sentido, esto supone que mediante la descripción se presentará la caracterización del problema planteado, es decir, la forma en que se produjo la vulneración de los derechos fundamentales mediante el Decreto Legislativo al excluir a los contratados de ciertos beneficios que dicha norma otorga. Con relación al método explicativo debemos considerar que sirve para elaborar una estrategia o respuesta que brinde una solución al problema. Finalmente, sobre el método hermenéutico se debe considerar que sirve la desentrañar el sentido de las disposiciones jurídicas, ello a fin de encontrar los problemas y las soluciones que podrían plantearse, esto es, realizando interpretación de la norma para que sea respetuosa de los derechos fundamentales.

En términos generales, el método inductivo también servirá como una herramienta válida para abordar la problemática porque en este caso requerimos precisar el contenido y los alcances de la norma para cada caso particular, en tal sentido, dicho método tiene estrategias que ayudan a esclarecer el asunto controvertido. No está demás indicar que en la dimensión jurídica un método que casi siempre se usa es el dogmático, ya que nos permite realizar varias acciones para acercarse al fenómeno problemático, en especial, la descripción y explicación

de la situación controvertida, sin embargo, en el párrafo anterior ya lo hemos precisado pero sin considerarlo como método dogmático.

Todos estos métodos tienen como fin último contribuir al investigador para que la información y los datos sean manejables de acuerdo a las unidades de investigación, esto es, adecuar la información según una intención y finalidad. En tal orden, las acciones que se logró fue que los métodos sirvieron para presentar, detallar, interpretar y explicar lo concerniente al problema, además, se tejió la solución posible frente a la problemática de que servidores públicos contratados bajo la modalidad del Decreto Legislativo 276 que quedan excluidos de los beneficios de ley.

3.4. Unidades de análisis de la investigación

Las unidades de análisis que se considerarán para la investigación son diversas, ya que estos sirven para dar soporte a los resultados de la investigación, en ese sentido, el diseño de las unidades responde al marco teórico y, principalmente, a los objetivos de la investigación. En tal sentido, tenemos las siguientes unidades cualitativas de análisis:

- (i) Los derechos fundamentales: concepto, características, protección y función.
- (ii) La Constitución: contenido e implicancias para el sistema jurídico.
- (iii) El régimen de los trabajadores nombrados (servidores públicos) que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276: alcances, finalidad del régimen, trabajadores comprendidos en dicho régimen, entre otros.
- (iv) La naturaleza del otorgamiento del beneficio por subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio para los trabajadores del sector público.

- (v) La vulneración de derechos de los trabajadores contratados en el régimen del Decreto Legislativo 276 en el otorgamiento del beneficio del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.
- (vi) La agresión del derecho a la igualdad y la no discriminación por denegar los beneficios del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.
- (vii) Mecanismos de protección frente a la exclusión de aquellos servidores públicos que están excluidos del otorgamiento de beneficios: protección mediante mecanismos legales (vía judicial), protección mediante procesos constitucionales (vía justicia constitucional), otros.

3.5. Técnicas de investigación, instrumentos de recolección de datos, procesamiento y análisis de datos

3.5.1. Técnicas de investigación

Las técnicas de investigación que se usaron en la presente investigación fueron: (i) la observación, (ii) análisis de contenido, y, (iii) examen exegético de la norma. Estos servirán como fuente para procesar la información que sea recogida en los instrumentos de investigación. En tal sentido, dichas técnicas guardan correlación con el problema y los objetivos de investigación, estos consisten en: (i) Explicar los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores públicos de carrera (trabajadores nombrados), además, en qué se respalda o se apoya el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 276 para disponer que los trabajadores contratados no reciban la asignación de las bonificaciones y beneficios que establece dicha norma, (ii) Determinar si se vulnera el derecho fundamental a la igualdad y a la no

discriminación a los servidores públicos contratados que no perciben beneficios económicos del Decreto Legislativo N° 276, en especial, subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio, y, **(iii)** Indicar las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales. Estos son los objetivos específicos, en tal sentido, en relación al primer objetivo **(i)** específico se utilizan las técnicas de **análisis de contenido** y **examen exegético de la norma**; con respecto al segundo objetivo **(ii)** específico se usan las técnicas de **observación y examen exegético de la norma**, por último, sobre el tercer objetivo específico **(iii)** se usarán las técnicas de **observación y examen exegético de la norma**.

3.5.2. Instrumentos de recolección de datos e información

El diseño de los instrumentos de investigación responde a las preguntas y los objetivos de investigación, ya que deben estar orientadas a dar una respuesta y dar contenido a las unidades de investigación. En tal sentido, en relación al objetivo específico primero **(i)**: el **instrumento** que se usará es la **ficha de resumen bibliográfico y observación**; con respecto al objetivo específico segundo **(ii)**: el **instrumento** a ser utilizado es la **ficha de resumen bibliográfico** porque se tiene que precisar la importancia de los derechos fundamentales y el modo en que se vulneran, adicionalmente, evaluar el Decreto Legislativo N° 276 en su contenido, asimismo, sobre el tercer objetivo específico **(iii)**: el **instrumento** pertinente es la **ficha de resumen bibliográfico y observación** porque se tendrá que establecer nuevas estrategias para solucionar el problema, a la vez, se revisarán y analizará documentos del SERVIR, así como propuestas de fichaje de información doctrinaria.

En suma, en la presente investigación se utilizaron fichas bibliográficas, así como otras herramientas que faciliten el almacenaje de toda información referente al tema, para guardar la información obtenida de las diversas bibliografías consultadas y estudiadas y luego hacer un exhaustivo análisis y darle una correcta interpretación, siguiendo criterios metodológicos adecuados.

3.6. Modo de procesamiento y análisis de datos e información

El modo en que se procesó la información y los datos de la investigación fue siguiendo el problema y los objetivos de investigación, en este caso, esto supone: (i) explicar los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores públicos de carrera (trabajadores nombrados), (ii) determinar si se vulnera el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación a los servidores públicos contratados que no perciben beneficios económicos del Decreto Legislativo N° 276, en especial, subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio, y, (iii) indicar las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales. Sobre estos objetivos específicos se produce la presentación de los resultados y discusión.

3.7. Área de estudio

En este caso, la población o el área de estudio está conformado por las normas jurídicas y los informes del SERVIR que regulan así como establecen la exclusión de aquellos servidores públicos contratados de los beneficios del Decreto Legislativo N° 276. En concreto, el área de estudio comprende: (i) la Constitución Política: los derechos fundamentales que puedan

ser vulnerados con la exclusión normativa; (ii) el Decreto Legislativo N° 276, en especial, la exclusión de los trabajadores contratados, y, (iii) Informes Técnicos de SERVIR que establece el modo en que hace la diferenciación entre contratados y nombrados.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Esta investigación es de corte o enfoque cualitativo, por ende, el análisis de la información se produce sobre la base de las categorías de investigación, las mismas que se desprenden de los objetivos de investigación y que alimentadas progresivamente por el análisis de los datos, en este caso, todo lo relacionado al derecho a la igualdad, se realizó todo ello en consonancia con la información recogida en los instrumentos de investigación. Siendo así, en las próximas líneas se presenta la información y los datos de análisis de acuerdo a las categorías y las mismas son evaluadas a la luz de la teoría o doctrina relacionada con el derecho a la igualdad, los derechos fundamentales, la importancia de la Constitución, la garantía de la igualdad en las relaciones laborales, entre otros.

4.1. Los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores públicos de carrera (trabajadores nombrados), además, en qué se respalda o se apoya el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 276 para disponer que los trabajadores contratados no reciban la asignación de las bonificaciones y beneficios que establece dicha norma

En este caso es relativamente complicado establecer los fundamentos teóricos que respaldan la exclusión de otorgamiento de beneficios económicos a los servidores públicos contratados. Las razones que se ofrecen desde una lectura literal de la norma así como la exposición de motivos se establecen los siguientes aspectos: (i) el servidor que haya ingresado a la Carrera Administrativa: formar parte de la misma garantiza confianza, experiencia, habilidad y destrezas necesarias para cumplir una labor específica y con lo cual también será necesario

efectuar reconocimiento a la labor realizada, sea con reconocimientos o cualquier tipo de estímulos previstos en la norma para este grupo de servidores y (ii) el servidor que posea contrato permanente dentro de la Administración pública: esto garantiza que el servidor público es cualificado y que ha cumplido con las exigencias necesarias para desempeñarse en dicha labor. Estas son algunas consideraciones que generan ventajas para los servidores nombrados.

Se ha indicado que los beneficios tienen como finalidad garantizar que el servidor público que se encuentre comprendido dentro de la Carrera Administrativa debe ser quien tenga derecho a los mismos, esto es, el servidor nombrado que ingresa previo concurso de méritos y que cumple con los requisitos exigidos por la norma es quien debe gozar de los beneficios como son gastos de sepelio o fallecimiento, en cambio, el trabajador contratado no puede acceder al mismo porque tiene que cumplir previamente ciertos requisitos como son años de experiencia, especialidad, entre otros. También se ha indicado que es importante tomar en cuenta que el servidor público contratado labora por especialidad, funciones y tareas específicas que son asignadas según las normas, por ende, por la naturaleza del trabajo no conlleva ningún beneficio a favor del servidor contratado.

Todas estas consideraciones ponen en entredicho las bases del Estado Constitucional, ya que se ha indicado que en este tipo de estado se garantiza el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Esta situación de diferenciación introducida en las normas, en especial, en el artículo 2 y 48 del D. Leg. 276 contraviene el derecho a la igualdad y la no discriminación, es más, las diferenciaciones se basan por un asunto vinculado o relacionado con la norma, más no por la capacidad o el trabajo efectivo realizado. Nos explicamos. La norma es la que introduce la diferenciación acerca del otorgamiento de beneficios sea a servidores

contratados o nombrados, pero no justificada adecuadamente tal situación, ya que solamente menciona que se trataría por una cuestión relacionada al cumplimiento de funciones y el ingreso a la Carrera Administrativa, sin embargo, el trabajo efectuado o realizado se produce de forma efectiva, ya que el servidor contratado labora dentro de la entidad y cumple con sus labores, por consiguiente, ese solo hecho debe garantizar que los servidores perciban todos los beneficios que la norma dispone sin efectuar distinciones innecesarias. Por eso mencionamos al inicio que tal contexto vulnera el derecho a la igualdad y que los fundamentos esgrimidos para justificar la diferenciación no tienen justificación, más aún, teniendo en cuenta que actualmente nos regimos en el marco de un Estado Constitucional – donde los derechos fundamentales tienen vocación de permanencia y eficacia permanente–.

4.2. Los derechos fundamentales vulnerados a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio

Tenemos que empezar indicando que los derechos fundamentales son bienes esenciales que cada ser humano es titular de la misma, en la misma línea, Landa (2019), afirma que dichos derechos son de carácter subjetivo que tienen como deber objetivo la protección del Estado así como los particulares. Con mayor precisión, siguiendo a Hesse (2012), se puede afirmar que los derechos comprenden situaciones o posiciones de defensa de la persona frente al Estado, pero no solamente ello, además, busca o requiere de la intervención de la acción estatal amplia. Solo en estas condiciones se puede hablar de derechos así como de su garantía, ya que dentro del marco del Estado Constitucional los derechos son entidades y contenidos máximos que el Estado y toda la comunidad se comprometen a promover así como respetarlos y defenderlos. Más allá de todo, también se habla de la vinculación de los

derechos fundamentales hacia los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, por tanto suponen dos cosas:

- (i) El Estado se dedica a promover y proteger los derechos fundamentales, y
- (ii) El Estado no se entromete o limita indebidamente los derechos, sino que asume una posición de garante.

Esta situación ha llevado a trabajar o abordar en el campo del derecho constitucional la temática de los derechos fundamentales como normas de carácter objetiva y subjetiva, ya que no solamente brindan protección al titular de los mismos, sino que tiene como finalidad que el Estado sea la entidad promotora de dichos derechos –esto último ocurre con bastante frecuencia cuando se trata de derechos sociales–.

En este punto, cabe mencionar que los derechos fundamentales agredidos son la igualdad y la no discriminación a los servidores públicos contratados derivados de la negación de beneficios económicos previstos en el D. Leg. N° 276, en especial, subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio. Y esto debido a que se produce diferenciación carente de objetividad y justificación entre los servidores contratados y nombrados del sector público que se desempeñan laborando dentro del marco del D. Leg. N° 276, concretamente, en lo referido al otorgamiento o reconocimiento de beneficios vinculados con subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio. En tal sentido, teniendo presente la regla constitucional que se extrae del derecho fundamental a la igualdad, esto es, que todas las personas tienen que ser tratados en igualdad de condiciones, entonces, no tiene respaldo constitucional realizar diferenciación entre servidores contratados y nombrados para acceder a dicho beneficio, más aún cuando se

sabe que cumplen muchas veces funciones similares y las responsabilidades también son en igual proporción.

Para más abundamiento, los servidores públicos que tienen la condición de contratado, según el régimen general público del Decreto Legislativo N° 276, no reciben los beneficios correspondientes, concretamente, ello supone que son excluidos del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio. Tal situación se produce porque la regulación legal lo establece así, además, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) ha interpretado según Informes Técnicos con el mismo tenor la norma (el Decreto Legislativo N° 276). En efecto, tenemos las siguientes conclusiones que ha sostenido dicha entidad al momento de emitir los Informes Técnicos, concretamente, indica que: los subsidios por fallecimiento del servidor y sus familiares directos, así como los subsidios por gastos de sepelio o servicio funerario completo son beneficios económicos exclusivos de los servidores de carrera sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 que no pueden ser extendidos a los servidores públicos contratados ni a los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza –quienes no están comprendidos en la carrera administrativa– por existir una exclusión normativa expresa (Informe Técnico N° 1377-2016-SERVIR/GPGSC; N° 259-2017-SERVIR/GPGSC; N° 398-2016-SERVIR/GPGSC, entre otros). Por consiguiente, queda claro que los servidores públicos contratados no perciben los beneficios por fallecimientos y gastos de sepelio.

4.2.1. El supuesto de la vulneración del derecho a la igualdad

En este caso corresponde efectuarse la siguiente interrogante ¿cómo se vulnera el derecho a la igualdad? El hecho de que se haga distinciones entre servidores públicos contratados y

nombrados al momento de reconocer ciertos beneficios como son el de subsidio y gastos de sepelio afecta el núcleo del citado derecho, específicamente, el agravio se produce en la dimensión de igualdad en la ley, ya que mediante la misma se garantiza y establece como un límite al legislador, ya que se configura como un tope al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, ya que se exige a los mismos, en el momento de aplicar la norma jurídica que no se atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos o situaciones que guarden similitud. En este caso, nítidamente se pueden extraer los siguientes aspectos:

- (i) La Constitución exige igualdad de trato en todas las situaciones posibles: desde aquí es imposible aceptar que se produzcan diferenciaciones carentes de objetividad entre servidores contratados y nombrados al momento de acceder a los beneficios mencionados.
- (ii) Las consecuencias jurídicas son similares: esto debido a que tanto los servidores contratados y nombrados tienen funciones y responsabilidades que cumplir, en muchos casos, son iguales, por ende, restringir el acceso a este derecho a un sector de la población es inconstitucional porque guardan similitud.

El derecho a la igualdad en la ley es la que no se garantiza cuando se deniega el acceso a los beneficios que la norma reconoce para los servidores nombrados. En este caso, se rompe la lógica de construcción seguida en el artículo 2 de la Constitución, la misma que menciona que toda persona debe ser tratada igual en todas las esferas o ámbitos posibles, por ende, la igualdad en la ley ya no se garantiza. También es posible advertir que se vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ya que la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) ha interpretado según Informes Técnicos que los subsidios por fallecimiento del

servidor y sus familiares directos, así como los subsidios por gastos de sepelio o servicio funerario completo son beneficios económicos exclusivos de los servidores de carrera sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 que no pueden ser extendidos a los servidores públicos contratados ni a los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza –quienes no están comprendidos en la carrera administrativa– por existir una exclusión normativa expresa (Informe Técnico N° 1377-2016-SERVIR/GPGSC; N° 259-2017-SERVIR/GPGSC; N° 398-2016-SERVIR/GPGSC, entre otros).

4.2.2. La discriminación hacia los servidores contratados

Se ha partido de la idea que el derecho a la igualdad no permite ningún tipo de trato diferenciado que no tenga una base o consideración objetiva. En palabras de Luño (2007), se puede constatar que la igualdad ante la ley implica reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos. El principio de la igualdad ante la ley se identifica, en este plano, con los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica; esto es, con la exigencia de una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas. Ello excluye, como regla, la aceptación de inmunidades, privilegios o la predeterminación en la disciplina de las situaciones jurídicas.

En ese orden, se tiene la clara idea que la igualdad ante la ley es entendida como generalidad de la norma, lo cual se vincula estrechamente con los principios de legalidad y seguridad jurídica. De ahí que se proyecte con facilidad que la igualdad ante la ley como exigencia de

generalidad se manifiesta también en todas aquellas disposiciones destinadas a tutelar la igualdad de trato jurídico para situaciones sustancialmente iguales. Con ello queda claro que no se justifica ningún tipo de discriminación hacia las personas porque viene proscrita por la Constitución, entonces, en este caso cuando se menciona que los servidores contratados por la especialidad, función y tareas que cumplen no conlleva la asignación de bonificaciones de ningún tipo, esto se desprende del artículo 48° del Decreto Legislativo N° 276. Tal situación, es decir, de exclusión del reconocimiento de bonificación, genera discriminación porque el trabajador contratado no podrá percibir esos beneficios. Y la justificación que se ofrece en base a la especialidad, función, entre otros, no resulta relevante porque el servidor contratado realiza labores dentro de la institución, además, muchas veces las labores que realizan son más exigentes que la de los servidores nombrados.

En ese sentido, cuando se hace la precisión según el D. Leg. N° 276 que no están comprendidos dentro la Carrera Administrativa las personas que se desempeñan dentro de la administración pública como contratado –servidores públicos contratados– o cargos de confianza, por consiguiente, estas personas no tienen el derecho a percibir gastos de sepelio y fallecimiento porque dichos servidores no han ingresado bajo criterios exigidos por la norma para ganar un puesto permanente dentro de la administración pública. Este criterio a primera vista es desmedida porque las labores o el trabajo efectuado tanto por nombrados y contratados existe, por lo cual, a trabajo efectuado se debe otorgar los beneficios correspondientes. Ahora, el ingreso a la Carrera Administrativa es un supuesto que supone la permanencia en el mismo de forma indefinida, por lo tanto, esto no debe confundirse con las labores efectuadas o con los beneficios que una persona se le debe otorgar por haber realizado trabajo dentro de una institución. En tal sentido, es menester poner a consideración

que los beneficios establecidos en la norma –más allá de que sean nombrados o contratados– deben ser reconocidos a todos los servidores porque existe una dimensión sustancial, esto es, el trabajador en cualquier condición realiza un trabajo efectivo.

Finalmente, en todo esto queda explicitado que existe un problema grave porque al producirse la distinción entre trabajadores nombrados y contratados al momento de reconocer y otorgar los beneficios como son el otorgamiento del beneficio de subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio vulnera derechos fundamentales, en específico, el derecho a la igualdad y no discriminación. La premisa básica en un Estado Constitucional es que todas las personas acceden y se benefician de los derechos, asimismo, también cumplan con sus obligaciones, por tanto, no debe existir desequiparación entre los servidores públicos –nombrados y contratados–, más aún, teniendo en cuenta que cumplen las mismas funciones así como están sujetas a similares obligaciones. Además, hay que tener en cuenta que la cantidad de trabajadores contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 son muchos, en tal sentido, de algún modo, sufren discriminación y vulneración del derecho a la igualdad al negárseles el otorgamiento del beneficio del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.

4.3. Las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales

En este caso los mecanismos o medidas que existen para reparar la diferenciación producida son: el proceso constitucional de amparo y el proceso de inconstitucionalidad. Estos son

mecanismos que sirven porque ofrecen una solución confiable para garantizar el ejercicio de los derechos conculcados. En tal sentido pasaremos a ofrecer la forma en que opera cada mecanismo.

El texto constitucional en el inciso 2) del artículo 200°, establece que el proceso de amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el hábeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el hábeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución. En ese sentido, se debe considerar que el derecho dicho proceso constitucional tutela derechos fundamentales.

En el caso que se analiza pudo advertirse la desigualdad entre los servidores contratados y nombrados, por ende, tal situación afecta derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, la misma que puede ser reparada y solucionada acudiendo al proceso constitucional de amparo. Y es que tal proceso está diseñado exclusivamente para proteger el derecho a la igualdad. Como se ha demostrado que existe trato diferenciado que no tiene justificación entre los servidores contratados y nombrados, entonces, dicho proceso es una vía legítima y válida para resguardar tal derecho, siempre que las partes interesadas deseen reparar tal situación, caso contrario, tal opción no podrá ser activada, ya que la legitimación corresponde a cada persona.

Luego se tiene como opción el proceso de inconstitucionalidad, el mismo que según la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal Constitucional el control de

constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino la defensa de la Constitución como norma jurídica suprema. No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía, también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst. Entonces, se entiende que este proceso sirve para garantizar la integridad del orden jurídico, ya que se evita la presencia de normas contrarias a la Constitución en el seno del sistema jurídico.

En tal sentido, en este caso existe una norma como el D. Leg. 276 que tiene posee una regulación incompatible con el derecho a la igualdad, ya que introduce diferenciaciones inconsistentes a la luz del texto constitucional, por lo tanto, mediante el proceso constitucional de amparo se puede lograr revertir esta situación, esto es, declarar inconstitucional tal norma. Esto siguiendo el artículo 107 del Código Procesal Constitucional donde indica que se notifica al Poder Ejecutivo cuando se cuestiona una norma como Decreto Legislativo. En tal sentido, se podrá prescindir de la norma y garantizar el derecho a la igualdad, ya que a partir de la eliminación de la norma se puede lograr que cada todos los servidores –sean nombrados o contratados– perciban los mismos beneficios establecidos por la norma.

4.4. Precisiones sobre el derecho a la igualdad y sus alcances para los efectos del análisis de la presente problemática

Se considera que la igualdad es un principio que se aplica a diversos contextos, ya que tiene como fundamento a la persona humana, esto es, a protección del mismo porque es el fundamento básico de la sociedad y del Estado, por consiguiente, la igualdad “cruza transversalmente todos y cada uno de los espacios de desarrollo de la persona, pues garantiza la dignidad humana” (Exp. N° 00027-2006-AI/TC). Teniendo en cuenta ello, se debe precisar que la igualdad se proyecta en el campo del derecho laboral porque es un espacio donde es susceptible de producirse situaciones de desigualdad y desequiparación, entonces para superar dicha problemática es fundamental proyectar los alcances del derecho a la igualdad, solo así se podrá garantizar que al interior del sistema jurídico se garantice igualdad en las relaciones laborales. Este derecho es una pieza clave para que los sistemas jurídicos sean justos y equitativos, ya que en contextos de desigualdad se torna en un asunto complejo garantizar la estabilidad del orden jurídico, además, se abren las puertas para activar este mecanismos de control (procesos constitucionales, entre otros) para evitar que se sigan produciéndose situaciones de desigualdad (concede protección al titular del derecho fundamental para que sea tratado equitativamente si se encuentra en situaciones idénticas).

El Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2005-PI/TC) ha precisado que el derecho a la igualdad de trato en sede constitucional implica los siguientes ámbitos:

- (i) Existe la regla de no discriminación laboral, lo cual traduce el principio de igualdad ante la ley.

- (ii) La igualdad ante la ley en materia laboral se traduce en igualdad de oportunidades en el acceso al empleo.
- (iii) La igualdad de oportunidades se manifiesta en que el Estado y los particulares no generen diferenciación no razonable o arbitraria.

Lo explicado conduce a sostener que la discriminación en materia laboral se produce cuando hay afectación al trabajador en sus características básicas e innatas como ser humano o cuando media la vulneración de la cláusula de no discriminación que viene previstas en la Constitución.

Puntualmente, sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación es una proscripción que rige para todo tipo de régimen laboral –sea público o privado–, concretamente, en el caso de la actividad pública se tiene que el inciso a), del Art. 24 del Decreto Legislativo N.º 276 reconoce y establece que son derechos de los servidores públicos de carrera el competir y desempeñar actividades laborales sobre la base del mérito, sin que se produzca o medie discriminación de carácter política, religiosa, económica, raza o sexo así como de ninguna índole. En la misma línea, el Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR sanciona con nulidad el despido que tenga una justificación discriminatoria. Todo ello deja en claro que la igualdad tienen una proyección autoritativa porque garantiza que no se produzca o presente discriminación de ninguna índole, si se produce dicha situación entonces tal acto se sanciona con la nulidad.

En líneas generales, se toma en cuenta que todo trato que sea carente de objetividad y que efectúe distinciones entre las personas, en este caso, trabajadores rompe con el esquema del principio de igualdad y por ende resultan discriminatorias, sin embargo, no todas las distinciones de trato han de considerarse discriminatorias. Sobre este último punto el

Tribunal Constitucional ha indicado que las diferenciaciones que tenga como finalidad exigir ciertas cualificaciones para el cumplimiento de una determinada función no es discriminatoria (se entiende que se pide ciertas aptitudes para el cumplimiento de la labor), en cambio, cuando se excluye o conmina al trabajador por razón de su afiliación sindical u otros sí constituye acto discriminatorio. Entonces, debe quedar claro que mientras no se restringa la igualdad de oportunidades, las diferencias de trato no se considerarán discriminatorias.

Frente a lo anterior, se debe mencionar que las diferenciaciones introducidas por la norma para excluir de ciertos beneficios, en este caso la compensación por luto y sepelio para trabajadores contratados, es discriminatorio porque hace una diferenciación sin base objetiva, nítida y racional, sino que existe una motivación de desproteger a los trabajadores, es decir, las medidas adoptadas son tratos diferenciados que se producen por razones que no tiene un parámetro de justificación estándar o visible.

V. CONCLUSIONES

- La conclusión a la que se ha arribado es que la exclusión al personal contratados de los beneficios que la ley reconoce tales como son el subsidio por fallecimiento y los gastos de sepelio vulneran derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación. Ello resulta así porque según la Constitución Política de 1993 se reconoce que las normas relativas a derechos así como libertades deben interpretarse en coherencia con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, según la cual se tiene que ni el Estado ni un particular pueden realizar tratos discriminatorios, por el contrario, deben enfocarse en promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En la misma línea, en la doctrina constitucional revisada se menciona que las personas – dentro de un marco fáctico o supuesto de hecho concreto– tienen el mismo derecho a recibir la protección así como ventajas que una norma prevé –tal como se desprender del contenido normativo de la Constitución y los derechos fundamentales–, siendo así, en este caso concreto, no existe una justificación objetiva que garantice o establezca que dicha diferenciación mencionada sea considerada como válida.
- La fundamentación que posee la norma para hacer distinciones no son sostenibles, ya que tanto los servidores contratados como nombrados realizan una labor específica, ese hecho denota que los beneficios especificados en la norma deben aplicarse para todos los servidores.
- Los derechos que son vulnerados, concretamente, son el derecho a la igualdad en su faceta de aplicación de la ley en igualdad de condiciones, a su vez, el derecho a no

ser discriminado por ningún motivo. Las situaciones fácticas que han desencadenado y generado la vulneración de estos derechos son: (i) la exclusión de trabajadores contratados de los beneficios económicos se justifica en informes de SERVIR, entidad que menciona que ni los servidores contratados ni los que desempeñan cargos políticos o de confianza pueden recibir estos beneficios subsidio por luto y fallecimiento y (ii) el artículo 2° y 48 del D. Leg. N° 276 disponen que los servidores contratados así como aquellos que son de confianza o tienen un encargo político no les corresponde percibir el subsidio por gastos de sepelio y fallecimiento.

- El proceso constitucional de amparo es un mecanismo que sirve para garantizar el derecho a la igualdad, en este caso, se ha podido establecer que con este procedimiento se puede lograr que el servidor contratado pueda acceder a los beneficios como son de sepelio y fallecimiento. Luego, se tiene el proceso de inconstitucionalidad que sirve para cuestionar la norma que es incompatible con la Constitución, al respecto, se tiene el D. Leg. N° 276 que introduce diferenciaciones que no tienen base objetiva, por ende, contraviene el texto constitucional siendo menester expulsar la disposición específica que hace diferenciación entre servidores contratados y nombrados al momento de reconocer u otorgar beneficios de sepelio y fallecimiento –se restringe hacia los primeros, pero sin base objetiva–.

VI. SUGERENCIAS

- Es pertinente interponer demanda constitucional de amparo para revertir la situación vulneración del derecho a la igualdad que se produce con el hecho de que existe diferenciación carente de objetividad entre servidores nombrados y contratados, ello al momento de reconocer los beneficios que la ley contempla para casos de sepelio y luto. Mediante el proceso de amparo se tutelaría que todos los servidores públicos – sean contratados o nombrados– puedan percibir el monto correspondiente sobre las bonificaciones que la ley establece o reconoce.
- Se debe interponer demanda de inconstitucionalidad con la finalidad de eliminar la norma que regula la existencia de diferenciación entre servidores contratados y nombrados en la percepción de subsidios por gastos de sepelio y fallecimiento. En especial, las normas materia de control deben ser el artículo 2 y 48 del D. Leg. N° 276 porque allí se precisa acerca del otorgamiento de los beneficios mencionados.
- Se recomienda la modificación de los artículos 2 y 48 del D. Leg. N° 276 porque allí se aloja la desequiparación entre servidores públicos contratados y nombrados, en especial, en lo relacionado con el reconocimiento y otorgamiento de beneficios por luto y sepelio, por ende, a través de un proyecto de ley se puede canalizar y mejorar esta situación.

VII. BIBLIOGRAFIA

- Alvites, E. (2006). “Igualdad y derechos sociales. Reflexiones”. S. Mosquera (Coord.), *El derecho fundamental de igualdad* (pp. 140 - 160). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Baldassarre, A. (1994). “Constitución y teoría de los valores” En *Revista de las Cortes Generales*. Número 32, pp. 20 – 30.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Blancas Bustamante, C. (2017). *Derecho constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*. OEA.
- Eguiguren Praeli, F. (1997). *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En: *Revista Ius et Veritas*. Lima, No.15.
- _____ (2002). *Estudios Constitucionales*. Lima, Perú: ARA Editores
- Espinosa – Saldaña Barrera, E. (2010). “Derecho a la Igualdad en el Perú: Modelo para armar, avances y retos por enfrentar. Reflexiones a la luz de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular”. En *Gaceta Jurídica. Los derechos Fundamentales, Estudios de Derechos Constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

- Eto Cruz, G. (2016). *Constitución Peruana. Historia y Dogmática*. Lima, Perú: Editorial Adrus.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Lima: Editorial Trotta.
- Garzón Valdés, E. (2006). *Tolerancia, dignidad y democracia*. Lima, Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Gutiérrez Camacho, W. y J. Sosa Sacio, (2005). *La Constitución Comentada*. Lima: Imprenta Editorial El Búho EIRL.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Landa Arroyo, C. (2019). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008 – 2018*. Lima: Palestra Editores.
- Luño, A. (2007). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson.
- Mosquera Monelos, S. (2006). “El derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de religión” En S. Mosquera (Coord.). *El derecho fundamental de igualdad* (pp. 14 - 30). Lima: Palestra Editores.
- Muro Rojas, M. y F. Mesinas Montero (2006). *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Imprenta Editorial El Búho EIRL.
- Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: ARA Editores.
- Neves Mujica, J. y C. Ledesma (2012). *Código de derecho laboral. Volumen II. Régimen laboral del sector público*. Lima: Palestra Editores.

Pérez Luño, A. "Igualdad". *En 10 palabras clave sobre derechos humanos*. (2005). Navarra, España: Editorial Verbo Divino.

Rodríguez Piñero, M. y M. Fernández López (1986). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.

Rubio Correa, M. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

VIII. ANEXOS

- a. Matriz de consistencia**
- b. Instrumentos de investigación**
- c. Proyecto de ley**
- d. Sentencia de vista emitida por la Sala Civil de Puno**

a. Matriz de consistencia

OTORGAMIENTO DEL BENEFICIO PROBLEMA	OBJETIVOS	UNIDADES DE ANÁLISIS Y CATEGORÍAS	MÉTODOS Y ENFOQUE	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	TIPO DE INVESTIGACIÓN
<p>Objetivo General.</p> <p>¿Cuáles son los derechos fundamentales que se le otorgan a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 y que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio?</p> <p>Objetivos Específicos.</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores públicos de carrera (trabajadores nombrados), además, en qué se respalda o se apoya el artículo 48° del Decreto</p>	<p>Objetivo General.</p> <p>- Establecer los derechos fundamentales que se le otorgan a los servidores públicos contratados que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 que son excluidos de los beneficios económicos como son el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.</p> <p>Objetivos Específicos.</p> <p>- Explicar los fundamentos teóricos o normativos que justifican el otorgamiento de beneficios económicos con exclusividad a los servidores públicos de carrera (trabajadores nombrados), además, en qué se respalda o se apoya el artículo 48° del Decreto</p>	<p>(i) Los derechos fundamentales: concepto, características, protección y función.</p> <p>(ii) La Constitución: contenido e implicancias para el sistema jurídico.</p> <p>(iii) El régimen de los trabajadores nombrados (servidores públicos) que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo 276: alcances, finalidad del régimen, trabajadores comprendidos en dicho régimen, entre otros.</p> <p>(iv) La naturaleza del otorgamiento del beneficio por subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio para los trabajadores del sector público.</p>	<p>Métodos: Descriptivo, explicativo y hermenéutico.</p> <p>Enfoque: - Cualitativo.</p>	<p>Técnicas.</p> <p>- observación, análisis de contenido y examen exegético de la norma.</p> <p>Instrumentos.</p> <p>- Ficha de resumen bibliográfico, ficha bibliográfica y ficha de observación.</p>	<p>Tipo de investigación</p> <p>- Explicativa descriptiva. - No experimental.</p> <hr/> <p>FUENTE DE ANÁLISIS</p> <p>- Decreto Legislativo 276. - Informes Técnicos de SERVICIO CIVIL</p>

<p>o N° 276 para que los trabajadores no reciban la asignación de las bonificaciones y beneficios que establece dicha norma?</p> <p>vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación a los servidores públicos que no perciben beneficios económicos del Decreto Legislativo N° 276, en especial, subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.</p> <p>¿son las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales?</p>	<p>Legislativo N° 276 para disponer que los trabajadores contratados no reciban la asignación de las bonificaciones y beneficios que establece dicha norma.</p> <p>- Determinar si se vulnera el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación a los servidores públicos contratados que no perciben beneficios económicos del Decreto Legislativo N° 276, en especial, subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.</p> <p>- Indicar las acciones o medidas de carácter constitucional que podrían plantear y utilizar aquellos servidores públicos contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 para reparar la agresión que sufren en la esfera de sus derechos fundamentales.</p>	<p>(v) La vulneración de derechos de los trabajadores contratados en el régimen del Decreto Legislativo 276 en el otorgamiento del beneficio del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.</p> <p>(vi) La agresión del derecho a la igualdad y la no discriminación por denegar los beneficios del subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio.</p> <p>(vii) Mecanismos de protección frente a la exclusión de aquellos servidores públicos que están excluidos del otorgamiento de beneficios: protección mediante mecanismos legales (vía judicial), protección mediante procesos constitucionales (vía justicia constitucional), otros.</p>			
--	---	---	--	--	--

b. Instrumentos de investigación

FICHA DE REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

AUTOR (a): _____

TÍTULO: _____

AÑO: _____

EDITORIAL: _____

CIUDAD: _____

EDICIÓN: _____

CONTENIDO:

c. Proyecto de ley**PROYECTO DE LEY N° -2019****Proyecto de Ley que modifica el Decreto Legislativo
276 en los artículos 2 y 48****PROYECTO DE LEY**

El Congreso de la República ha dado la siguiente Ley

Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, en especial, los artículos 2 y 48.

Artículo 1°: De la inclusión de los servidores públicos contratados en el D. Leg. 276 para fines de percepción de bonificaciones

Los servidores contratados que laboren dentro de la administración pública podrán percibir las bonificaciones correspondientes, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1. El trabajador haya ingresado al cargo previo concurso de méritos.
2. La bonificación a la que tienen derecho son los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio.

Artículo 2°: La fijación de percepción de bonificaciones del servidor contratado

La remuneración de los servidores públicos contratados conllevará a bonificaciones, en especial, los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA**

El Tribunal Constitucional (Exp. N° 0008-2005-PI/TC) ha precisado que el derecho a la igualdad de trato en sede constitucional implica los siguientes ámbitos:

- (i) Existe la regla de no discriminación laboral, lo cual traduce el principio de igualdad ante la ley.

- (ii) La igualdad ante la ley en materia laboral se traduce en igualdad de oportunidades en el acceso al empleo.
- (iii) La igualdad de oportunidades se manifiesta en que el Estado y los particulares no generen diferenciación no razonable o arbitraria.

Lo explicado conduce a sostener que la discriminación en materia laboral se produce cuando hay afectación a la relación en sus características básicas e innatas, además, se deteriora la dignidad del trabajador como ser humano o cuando media la vulneración de la cláusula de no discriminación que viene previstas en la Constitución.

Puntualmente, sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación es una proscripción que rige para todo tipo de régimen laboral –sea público o privado–, concretamente, en el caso de la actividad pública se tiene que el inciso a) del Art. 24 del Decreto Legislativo N.º 276 reconoce y establece que son derechos de los servidores públicos de carrera el competir y desempeñar actividades laborales sobre la base del mérito, sin que se produzca o medie discriminación de carácter política, religiosa, económica, raza o sexo así como de ninguna índole. En la misma línea, el Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR sanciona con nulidad el despido que tenga una justificación discriminatoria. Todo ello deja en claro que la igualdad tienen una proyección de carácter general porque garantiza que no se produzcan o presenten contextos de discriminación de ninguna índole, si se produce dicha situación entonces tal acto se sanciona con la nulidad.

En líneas generales, se toma en cuenta que todo trato que sea carente de objetividad y que efectúe distinciones entre las personas, en este caso, trabajadores rompe con el esquema del principio de igualdad y por ende resultan discriminatorias, sin embargo, no todas las distinciones de trato han de considerarse discriminatorias. Sobre este último punto el Tribunal Constitucional ha indicado que las diferenciaciones que tenga como finalidad exigir ciertas cualificaciones para el cumplimiento de una determinada función no es discriminatoria (se entiende que se pide ciertas aptitudes para el cumplimiento de la labor), en cambio, cuando se excluye o conmina al trabajador por razón de su afiliación sindical u otros sí constituye acto discriminatorio. Entonces, debe quedar claro que mientras no se restrinja la igualdad de oportunidades, las diferencias de trato no se considerarán discriminatorias.

Frente a lo anterior, se debe mencionar que las diferenciaciones introducidas por la norma para excluir de ciertos beneficios, en este caso la compensación por luto y sepelio para trabajadores contratados es discriminatorio porque hace una diferenciación sin base objetiva, nítida y racional, sino que existe una motivación de desproteger a los trabajadores, es decir, las medidas adoptadas son tratos diferenciados que se producen por razones que no tiene un parámetro de justificación estándar o visible.

La exclusión al personal contratados de los beneficios que la ley reconoce tales como son el subsidio por fallecimiento y los gastos de sepelio vulneran derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación. Ello resulta así porque según la Constitución Política de 1993 se reconoce que las normas relativas a derechos así como libertades deben interpretarse en coherencia con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, según la cual se tiene que ni el Estado ni un particular pueden realizar tratos discriminatorios, por el contrario, deben enfocarse en promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En la misma línea, en la doctrina constitucional revisada se menciona que las personas –dentro de un marco fáctico o supuesto de hecho concreto– tienen el mismo derecho a recibir la protección así como ventajas que una norma prevé –tal como se desprender del contenido normativo de la Constitución y los derechos fundamentales–, siendo así, en este caso concreto, no existe una justificación objetiva que garantice o establezca que dicha diferenciación mencionada sea considerada como válida.

En suma,

2. IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La modificación legislativa que se propone no es contradictoria con ninguna norma constitucional, sino que busca mejorar el sistema de incentivos en el sector público, en especial, en el otorgamiento de subsidio por luto y sepelio a los servidores públicos contratados. Lo cual superar la desigualdad y desequiparación existente en la legislación nacional.

3. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

Este proyecto de ley no genera costos al erario de la nacional, sin embargo, cuando se produzca la modificación de la norma tendrá impactos en los recursos públicos, situación que debe ser analizada y evaluada por los órganos pertinentes, en este caso, el Ministerio de Economía y Finanzas. Entonces, se tienen que evaluar dos aspectos del costo-beneficio: (i) la norma en un primer momento no generará gastos porque se tendrá que proseguir el trámite establecido en el Reglamento del Congreso de la República, lo cual no conlleva gastos y (ii) la implementación efectiva de la norma supone gastos al erario público, la misma que será evaluada en su oportunidad y canalizada por la entidad competente.

d. Sentencia de vista de la Sala Civil

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO****Sala Civil de Puno**

Expediente : 01927-2016-0-2101-JR-CA-03. C.A. Pág./258.
 Demandante : Rosa Mamani Sosa.
 Demandado : Municipalidad Distrital de Acora.
 Materia : Proceso contencioso administrativo.
 Pretensión : Nulidad de acto administrativo – Subsidios por luto y sepelio.
 Procede : Juzgado Mixto de la Provincia de El Collao – Ilave.
 Ponente : J.S. Pánfilo Monzón Mamani.

Sentencia de Vista

Resolución N° 013

Puno, veintinueve de abril
de dos mil diecinueve.

I.- VISTOS:**1.- Asunto.**

En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por la demandante Rosa Mamani Sosa, de fojas 96 a 99, así como los actuados en el presente proceso y el dictamen fiscal de fojas 108 a 114.

2.- Petitorio y fundamentos contenidos en la demanda.

Mediante escritos de fojas 15 a 20 y subsanación de fojas 25, Rosa Mamani Sosa interpone demanda contencioso administrativa, en contra de la Municipalidad Distrital de Acora representado por su Alcalde; peticionando, como pretensión principal, la nulidad total de la Resolución de Alcaldía N° 452-2016-A/MDA de fecha cuatro de septiembre de dos mil dieciséis; y como pretensión accesoria, se ordene a la entidad demandada para que emita nuevo acto administrativo, absolviendo el recurso interpuesto por la recurrente en contra de la Resolución de Alcaldía N° 356-2016-A/MDA de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis, en el que se revoque la resolución impugnada y reformándola se declare fundado dicho recurso de reconsideración y disponga declarar procedente el subsidio por fallecimiento y gastos de sepelio de su esposo, para tal efecto emita la correspondiente Resolución de Alcaldía.

Fundamenta en que, es servidora de la entidad demandada, habiendo sido respuesta mediante el acta de reposición de fecha uno de septiembre de dos mil diez por mandato judicial, laborando actualmente en el área de limpieza sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276; en fecha veintisiete de julio de dos mil dieciséis, al haber fallecido su esposo, ha recurrido ante la entidad demandada a fin de solicitar se le asigne el subsidio por luto y sepelio, la misma que ha sido denegado, porque es servidor contratado y no pertenece a la carrera administrativa, ante ello ha presentado recurso de reconsideración que también ha sido denegado; sin embargo, considera que ésta decisión es contraria a Ley, toda vez de que en ningún extremo la norma exige, para hacer uso de éste derecho, ser servidor de carrera.

3.- Resolución materia de apelación.

Es materia de apelación, la Sentencia N° 448-2018, contenida en la Resolución N° 09, su fecha dieciséis de julio de dos mil dieciocho, de fojas 84 a 91, que declara infundada la demanda de fojas veinticinco, interpuesta por Rosa Mamani Sosa, en contra de la Municipalidad Distrital de Acora; en tal sentido, declara la conclusión del proceso y dispone el archivo del expediente.

4.- Fundamentos del recurso de apelación y pretensión impugnatoria.

El demandante Rosa Mamani Sosa, fundamenta su recurso de apelación -principalmente- en que: **a)** El Decreto Legislativo N° 276 y en especial los artículos 144° y 145° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, no hacen distinción, para percibir el subsidio por luto y gastos de sepelio, ser servidor contratado o de carrera, sino solamente requiere ser servidor público, por lo que los contratados tienen la calidad de servidores; por lo tanto, les corresponde el subsidio por luto y gastos de sepelio; y, **b)** La Juez incurre en error de derecho, al considerar que solamente corresponde a los servidores de carrera, lo cual contraviene a la igualdad de las personas ante la Ley, habida cuenta que tanto los servidores contratados como los de carrera realizan la misma labor, por lo que no se puede marginar a los contratados. Cuya pretensión impugnatoria es que, declare la nulidad de la sentencia y/o revoque la misma, reformándola declare fundada la demanda en todos sus extremos; y,

II.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Del recurso de apelación y potestades de la instancia superior:

Conforme dispone el artículo 364° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. Asimismo, conforme al artículo 382° del Código mencionado, el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- De los fines del proceso:

Dispone el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, el Juez debe atender a que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia; lo cual implica que debe preferentemente emitirse sentencia pronunciándose sobre el fondo de la controversia, a no ser que el proceso se halle viciado; siendo pertinente lo señalado mediante ejecutoria suprema, "*La finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses que tiene como correlato la búsqueda de la verdad histórica o real más que la verdad legal ...*"¹.

TERCERO.- De la carga de la prueba:

Por disposición del artículo 33° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión; sin embargo, en virtud de la carga probatoria dinámica (la mejor aptitud para probar), contemplada en el segundo

¹ CASACIÓN N° 3115-96/JUNÍN, publicada en el diario oficial El Peruano del 23 de abril de 1998.

5.2.- Por su parte, **las pretensiones de reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas necesarias para tales fines**, son pretensiones eminentemente resarcitorias, de tutela de derechos, de restablecimiento de la legalidad pero a favor de las posiciones jurídicas del administrado que sufrió los efectos de una irregular actuación administrativa, pudiendo interponerse estas pretensiones contra actuaciones materiales, y se busca una tutela tanto declarativa como de condena, ya que en primer lugar se reconoce o se dispone el restablecimiento de un derecho o interés conculcado por la actuación administrativa (efecto declarativo)², y en segundo lugar, se condena a la administración para que adopte todas las medidas o actos necesarios para el fin de reconocer o restablecer los derechos conculcados (efecto condenatorio).

SEXTO.- Del acto administrativo impugnado y del legitimado pasivo en el proceso contencioso administrativo:

Como se tiene adelantado, por disposición del artículo 20° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, es requisito para la procedencia de la demanda contencioso administrativa, el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales; esto es, para la procedencia del proceso contencioso administrativo, es indispensable efectuar un reclamo previo ante sus propias dependencias hasta obtener una resolución que cause estado o, lo que es lo mismo, concluya la vía administrativa prevista regularmente; por ello es que, sólo y únicamente se puede impugnar judicialmente el acto administrativo que haya causado estado, esto es, que da por agotada la vía administrativa, o el silencio administrativo negativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación.

Precisamente al respecto, dispone el numeral 218°1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ahora artículo 228°1 del Texto Único Ordenado de dicha Ley, los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo; siendo actos que agotan la vía administrativa, de acuerdo al numeral 218°2 literal b), actualmente numeral 228°2 de la Ley mencionada, entre otros, *“El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; (...)”*.

Asimismo, el legitimado pasivo conforme a lo dispuesto por el artículo 15° incisos 1 y 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, es la entidad administrativa que expidió en última instancia el acto o la declaración administrativa impugnada o la entidad cuyo silencio, inercia u omisión es objeto del proceso, que es representada procesalmente por Procurador Público correspondiente, en caso de tenerlo.

SÉPTIMO.- De las normas relativas a los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio de los servidores administrativos:

Ahora bien, el artículo 142° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, dispone que, *“Los programas de bienestar social dirigidos a contribuir al desarrollo humano del servidor de carrera, y de su familia en lo que corresponda, procuran la atención prioritaria de sus necesidades*

² El **reconocimiento** del derecho o interés jurídicamente tutelado, se peticona cuando el administrado no tiene o no goza de tal derecho o interés pretendido; mientras que, el **restablecimiento** del derecho o interés jurídicamente tutelado, se peticona cuando habiendo estado gozando el administrado se le suspende, recorta o suprime de su goce.

básicas, de modo progresivo, mediante la ejecución de acciones destinadas a cubrir los siguientes aspectos: (...). j) Subsidios por fallecimiento del servidor y sus familiares directos, así como por gastos de sepelio o servicio funerario completo”; precisando respecto al subsidio por fallecimiento en el artículo 144° que, “El subsidio por fallecimiento del servidor se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales, en el siguiente orden excluyente: cónyuge, hijos, padres o hermanos. (...)”, y en el artículo 145° en cuanto al subsidio por gastos de sepelio, “El subsidio de sepelio será de dos (2) remuneraciones totales, en tanto se dé cumplimiento a lo señalado en la parte final del inciso j) del artículo 142°; y se otorga a quien haya corrido con los gastos pertinentes”.

OCTAVO.- Del derecho a la igualdad:

La Constitución Política del Perú, en sus artículos 2° inciso 2 y 26° inciso 1 consagran el derecho a la igualdad, que involucra tanto el derecho fundamental de igualdad ante la Ley y la proscripción de toda clase de discriminación, motivada en el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole, en lo que sería una fórmula amplia y cláusula abierta de protección de acuerdo con el carácter progresivo de los derechos fundamentales, como en el artículo 26° de dicho cuerpo constitucional, en el que el principio - derecho a la “igualdad de oportunidades sin discriminación”, debe respetarse en toda relación laboral.

A respecto, el Tribunal Constitucional, ha establecido:

“(...) 40. Sin embargo, la igualdad además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencias de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación pues, del principio de igualdad no excluye el trato desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables³”.

Por otro lado, el máximo intérprete de la Constitución, sobre el principio de igualdad y la discriminación en materia laboral, indicó:

*“35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC N° 0008-2005-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.***

36. La discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

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

³ STC Expediente N° 2835-2010-PA/TC, de fecha 13 de diciembre del 2011.

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 restringida⁴ (resaltados nuestro).

En otro pronunciamiento, refirió:

*"10. Sobre el particular este Colegiado ha precisado que: 'la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución. Asimismo la discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1) acción directa: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad; y 2) por acción indirecta: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores'. Por tanto dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. **Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral** (formación y capacitación laboral, promociones, **otorgamiento de beneficios, etc.**)⁵ (resaltados nuestro).*

Asimismo, el derecho a la igualdad y no discriminación deben interpretarse de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, que señala, "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Ello es acorde con la doctrina internacional, la cual reconoce que las normas internacionales de trabajo, también llamado Derecho Internacional Laboral, tienen dos funciones: la utilización directa de una disposición internacional para resolver el litigio y la aplicación indirecta cuyas formas son, en primer lugar, la utilización interpretativa del derecho internacional y en segundo lugar el empleo de fuente de inspiración para el reconocimiento de principios jurisprudenciales. Precisamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su numeral 3) del artículo 23^o, establece que toda persona que trabaje tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Por otro lado, el derecho a la igualdad también ha sido recogido por las normas internacionales de trabajo, estableciendo:

"38. La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Así, en la Declaración de Filadelfia, se reconoce que 'todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen

⁴ STC Expediente N° 05652-2007-PA/T.C, de fecha 06 de noviembre de 2008.

⁵ STC Expediente N° 04922-2007-PA/T.C, de fecha 18 de octubre de 2007.

derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades'. En igual sentido, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, se reiteró el principio constitucional de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, confirmándose así el propósito universal de erradicar la discriminación en el mundo del trabajo mediante la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades. Entre los primeros instrumentos elaborados por la OIT con el objetivo específico de **promover la igualdad y eliminar la discriminación en el trabajo se encuentran el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración**, así como el Convenio y la Recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación⁸ (resaltado nuestro).

NOVENO.- Del análisis del caso de autos, consideraciones de la Superior Sala sobre el caso concreto y absolución de los agravios de la apelación:

9.1 Pretensiones postuladas y desestimación de la demanda.

1).- Del petitorio contenido en la demanda de fojas 15 a 20, se tiene que la demandante pretende la nulidad total de la Resolución de Alcaldía N° 452-2016-A/MDA de fecha cuatro de septiembre de dos mil dieciséis, cuya copia obra de fojas 3 a 4 repetida de fojas 54 a 55, y se ordene a la entidad demandada declare procedente los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio al fallecimiento de su esposo, para tal efecto se emita la correspondiente resolución de alcaldía.

2).- Absuelto el traslado de la demanda por la Procuraduría Pública Municipal de la Municipalidad Distrital de Acora representado por Luis Alberto Machaca Candia, mediante escrito de fojas 35 a 41, en forma negativa, y tramitado el proceso conforme a su naturaleza, la demanda fue desestimada mediante la sentencia apelada y materia de revisión, bajo el fundamento de que, el subsidio reclamado solamente corresponde a los servidores de carrera, y no a los servidores contratados como es el caso de la demandante.

9.2.- Consideraciones sobre el caso y absolución de agravios.

Se denuncia como **agravios a) y b)** en la apelación que, el Decreto Legislativo N° 276 y en especial los artículos 144^o y 145^o del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, no hacen distinción, para percibir el subsidio por luto y gastos de sepelio, ser servidor contratado o de carrera, sino solamente requiere ser servidor público, por lo que los contratados tienen la calidad de servidores; por lo tanto, les corresponde el subsidio por luto y gastos de sepelio; y, la Juez incurre en error de derecho, al considerar que solamente corresponde a los servidores de carrera, lo cual contraviene a la igualdad de las personas ante la Ley, habida cuenta que tanto los servidores contratados como los de carrera realizan la misma labor, por lo que no se puede marginar a los contratados.

1).- En principio, señala el artículo 48^o del Decreto Legislativo N° 276, "La remuneración de los servidores contratados será fijada en el respectivo contrato de acuerdo a la especialidad, funciones y tareas específicas que se le asignan, y **no conlleva bonificaciones de ningún tipo, ni los beneficios que esta ley establece**".

2).- Sin embargo, del contenido normativo de los artículos 51^o, 52^o y 53^o del mismo Decreto Legislativo N° 276, se advierte que **son bonificaciones:** la bonificación personal, la bonificación familiar y la bonificación diferencial.

Mientras que el artículo 54^o, respecto a **los beneficios**, establece:

"Son beneficios de los funcionarios y servidores públicos:

⁸ STC Expediente N° 05652-2007-PA/TC, de fecha 06 de noviembre de 2008.

a) Asignación por cumplir 25 ó 30 años de servicios: Se otorga por un monto equivalente a dos remuneraciones mensuales totales, al cumplir 25 años de servicios, y tres remuneraciones mensuales al cumplir 30 años de servicios. Se otorga por única vez en cada caso.

b) Aguinaldos: Se otorgan en Fiestas Patrias y Navidad por el monto que se fije por Decreto Supremo cada año.

c) Compensación por Tiempo de Servicios: Se otorga al personal nombrado al momento del cese por el importe del 50% de su remuneración principal para los servidores con menos de 20 años de servicios o de una remuneración principal para los servidores con 20 o más años de servicios por cada año completo o fracción mayor de 6 meses y hasta por un máximo de 30 años de servicios" (resaltado nuestro).

3).- Por otro lado, el artículo 142º del reglamento del Decreto Legislativo N° 276, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, señala:

"Los **programas de bienestar social** dirigidos a contribuir al desarrollo humano del servidor de carrera, y de su familia en lo que corresponda, procuran la atención prioritaria de sus necesidades básicas, de modo progresivo, mediante la ejecución de acciones destinadas a cubrir los siguientes aspectos: (...) **J) Subsidios por fallecimiento del servidor y sus familiares directos, así como por gastos de sepelio o servicio funerario completo; (...)**" (resaltados nuestro).

Por su parte el artículo 149º del mismo cuerpo normativo, establece:

"Los funcionarios, **servidores contratados** y personal cesante de la entidad **tendrán acceso a los programas de bienestar y/o incentivos en aquellos aspectos que correspondan**" (resaltado nuestro).

4).- Ahora bien, si bien el dispositivo legal primero citado, señala que los servidores contratados no tienen derecho a las bonificaciones ni beneficios que dicha ley establece, se entiende a favor de los servidores públicos nombrados y comprendidos dentro de la carrera administrativa; sin embargo, por disposición del artículo 2º del mismo Decreto Legislativo N° 276, los servidores públicos contratados se hallan comprendidos en las disposiciones del mencionado Decreto Legislativo, en lo que les sea aplicable. De ahí que, como **los subsidios por fallecimiento y gastos por sepelio no son bonificaciones ni tampoco se hallan dentro de los beneficios señalados en dicho dispositivo legal**, sino forman parte de los programas de bienestar e incentivo, no están excluidos de su percepción los servidores contratados.

5).- Además, el artículo 142º del referido Reglamento hace referencia al servidor de carrera, pero no lo hace en el sentido de que dichos programas de bienestar e incentivos son exclusivos de los servidores de carrera, ya que más adelante **en el artículo 149º del mismo Reglamento se reconoce que los servidores contratados tendrán acceso a los programas de bienestar y/o incentivos en aquellos aspectos que correspondan**. Siendo ello así, corresponde a los servidores públicos contratados la percepción de los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio.

6).- Debe tenerse en cuenta que, **el hecho del fallecimiento de un familiar de un servidor público, es un hecho que no depende de la condición laboral (contratado o nombrado) del servidor público**, ya que es un hecho que ocurre indistintamente, pues no resultaría razonable objetivamente que se haga una diferenciación para el otorgamiento del mencionado programa de incentivos, pues de lo contrario se contravendría el principio de igualdad y no discriminación reconocidos por la Constitución Política del Perú.

7).- Entonces, los artículos 142º y 149º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, aprobada por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, deben interpretarse⁷ conforme a los artículos 2º inciso 2 y 26º inciso 1 de la Constitución Política del Perú⁸, referidos al derecho a la igualdad ante la Ley y no discriminación, dado que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales es ejercida por el Poder Judicial⁹; de manera que, **que el programa de bienestar e incentivo referido a los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio, debe ser otorgada al servidor público nombrado y contratado de la administración pública, sin discriminación alguna.** Más que, la entidad demandada no ha presentado contrato laboral alguno en que se haya acordado excluir a la actora de la percepción de dichos subsidios.

8).- Siendo ello así, evidentemente el acto administrativo materia de impugnación contenido en la Resolución de Alcaldía N° 452-2016-A/MDA de fecha cuatro de septiembre de dos mil dieciséis está incurso en causal de nulidad de acto administrativo establecido en el artículo 10º inciso 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, actualmente del Texto Único Ordenado de dicha Ley.

9).- Es de agregar que los subsidios pretendidos en el presente proceso, se deben calcular en base a la remuneración total o íntegra que percibió la demandante en la oportunidad en que se generó el derecho, mes de mayo del año dos mil dieciséis como fluye de la copia del acta de defunción de fojas 65; como también mediante ejecutorias reiteradas y uniformes la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido, señalando que los subsidios mencionados previstos en los artículos 144º y 145º del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, deben pagarse teniendo como base de cálculo la remuneración total y no con la remuneración total permanente¹⁰.

DÉCIMO.- De la decisión de revocar la sentencia apelada y declarar fundada la demanda:

⁷ La aludida consonancia o **relación de conformidad de la ley con la Constitución**, "no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico - constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución. Así pues, en el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente «normas - parámetro» sino también «normas de contenido» en la determinación del contenido de las leyes ordinarias" (Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*. CEC, 1983). (Fundamento 19 de la STC Expediente N° 01701-2008-AA/TC).

⁸ Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo - subsunción del hecho - consecuencia), **exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa** (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son: (...) **e) El principio de fuerza normativa de la Constitución:** La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto. (Fundamento 12 de la STC Expediente N° 5854-2005-PA/TC).

⁹ **El primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial** mediante los procesos judiciales ordinarios; pues, conforme al artículo 138º de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que por medio de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los faculta para efectuar el control difuso conforme a su artículo 138º. (RTC Expediente N° 00270-2010-PA/TC, de fecha 7 de abril de 2010).

¹⁰ CASACIÓN N° 10987-2015/PUNO, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de fecha 10 de diciembre de 2015; CASACIÓN N° 6034-2015/AREQUIPA, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de fecha 25 de octubre de 2014; entre otras.

Por los fundamentos esbozados, los agravios denunciados por la apelante deben estimarse, con la consiguiente revocación de la sentencia apelada y declarar fundada la demanda; en tal sentido, se declare la nulidad total de la Resolución de Alcaldía N° 452-2016-A/MDA de fecha cuatro de septiembre de dos mil dieciséis, y se ordene a la entidad demandada para que emita nuevo acto administrativo, absolviendo el recurso de reconsideración interpuesto por la ahora demandante en contra de la Resolución de Alcaldía N° 356-2016-A/MDA de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis, en que se reconozca el pago de los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio a favor de la actora por el fallecimiento de su esposo Néstor Cariapaza Roque, calculados en base a la remuneración total o íntegra que percibió la demandante en la oportunidad en que se generó el derecho, mes de mayo del año dos mil dieciséis.

Para ello, como conforme a lo dispuesto por los artículos 41°, 44° y 46° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, en la sentencia estimatoria del proceso contencioso administrativo puede adoptarse cuanta medida sea necesaria para el cumplimiento de la actuación a que se encuentra obligado, el tipo de obligación a cargo del demandado, el titular de la obligación, el funcionario a cargo del cumplimiento y el plazo para su ejecución, sin que ello implique vulneración del principio de congruencia procesal; debe disponerse que la decisión judicial deberá ser cumplida por el Alcalde en ejercicio de la Municipalidad Distrital de Acora o el funcionario que éste designe, quien deberá realizar o disponer realizar las acciones administrativas correspondientes con dicho propósito, y dar cuenta de las mismas al Juzgado ejecutor. Asimismo, para la efectivización del pago se observe lo dispuesto en el artículo 47° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 y demás normas presupuestarias pertinentes, según sea el caso, bajo responsabilidad y de ejecutarse tales cometidos en ejecución de sentencia.

III.- DECISIÓN:

Por los fundamentos precedentes y con lo expuesto en el dictamen fiscal,

REVOCARON la Sentencia N° 448-2018, su fecha dieciséis de julio de dos mil dieciocho, de fojas 84 a 91, que declara infundada la demanda de fojas veinticinco, interpuesta por Rosa Mamani Sosa, en contra de la Municipalidad Distrital de Acora; en consecuencia, **REFORMANDO** dicha sentencia, declararon **FUNDADA** la mencionada demanda; consecuentemente, declararon la nulidad total de la Resolución de Alcaldía N° 452-2016-A/MDA de fecha cuatro de septiembre de dos mil dieciséis; ordenar a la entidad demandada para que emita nuevo acto administrativo, absolviendo el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente en contra de la Resolución de Alcaldía N° 356-2016-A/MDA de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis, en la que se reconozca el pago de los subsidios por fallecimiento y gastos de sepelio por el fallecimiento de su esposo Néstor Cariapaza Roque, calculados en base a la remuneración total o íntegra que percibió la demandante en la oportunidad en que se generó el derecho, mes de mayo del año dos mil dieciséis; disponer que el responsable del cumplimiento de la decisión judicial es el Alcalde en ejercicio de la Municipalidad Distrital de Acora, o el funcionario

que para el efecto designe, quien deberá cumplir o hacer cumplir el mandato realizando las acciones administrativas correspondientes con dicho propósito, y dar cuenta de las mismas al Juzgado executor, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de consentida o ejecutoriada esta sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público en caso de incumplimiento para que proceda conforme a sus atribuciones, y la determinación de los daños y perjuicios si hubiere lugar; y, para la efectivización del pago dispuesto, la entidad ejecutora debe proceder conforme a lo señalado en el artículo 47° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 y demás normas presupuestarias pertinentes, según sea el caso; bajo responsabilidad y de ejecutarse tales cometidos en ejecución de sentencia. Por Secretaría, se devuelve el expediente al Juzgado de origen. T.R. Y H.S.

S.S.

MONZÓN MAMANI

SARMIENTO APAZA

ÁLVAREZ QUIÑÓNEZ.