

Pleno. Sentencia 426/2020

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

Con fecha 6 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, ha emitido la siguiente sentencia, que declara **FUNDADA** la demanda de amparo.

Asimismo, los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña formularon fundamentos de voto y el magistrado Ferrero Costa emitió su voto singular.

La secretaría del Pleno deja constancia que los votos mencionados se adjuntan a la sentencia y que los señores magistrados proceden a firmar digitalmente la presente en señal de conformidad

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión del Pleno Administrativo del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto singular del magistrado Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Mary Cyntia Sagua Pereyra contra la sentencia de fojas 205, de fecha 12 de julio de 2016, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de diciembre de 2014, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Chucuito, Juli, solicitando que cesen los actos discriminatorios de sus derechos laborales como mujer y que, en consecuencia, se cumpla con otorgarle licencia por maternidad prenatal y posnatal, con el correspondiente abono de sus remuneraciones, subsidio por maternidad y demás derechos que por ley le corresponden, dejando subsistente su vínculo laboral al término del descanso por maternidad, con costas y costos del proceso. Refiere que prestó servicios en el cargo de técnico en contabilidad III desde el 1 octubre de 2013 hasta el 10 de noviembre de 2014, en virtud de contratos administrativos de servicios (CAS) y contratos de servicios personales sujetos a la carrera pública regulada por el Decreto Legislativo 276, por lo que la demandada mantenía una relación laboral a plazo indeterminado, sujeta a subordinación y control, habilitada en todos sus derechos como servidora pública. Manifiesta que, con fecha 4 de noviembre de 2014, solicitó que se le conceda licencia por maternidad prenatal y posnatal, por el término de 90 días, a partir del 9 de noviembre de 2014, al amparo de la Ley 26644, que establece el derecho de la trabajadora gestante a gozar de licencia por maternidad. Indica con fecha 11 de noviembre de 2014, reiteró su pedido de licencia por maternidad, indicando que la fecha probable del parto sería el 19 de noviembre de 2014; sin embargo, no obtuvo respuesta, y dio a luz el 14 de noviembre de 2014; así que, ante la preocupación de no estar gozando de su licencia de maternidad, con fecha 10 de diciembre de 2014, volvió a su pedido. Alega la vulneración a la discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

El procurador público municipal de la Municipalidad Provincial de Chucuito, Juli, propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contesta la demanda indicando que, si bien la recurrente solicitó por escrito licencia por maternidad con fecha 4 de noviembre de 2011, no acreditó documentalmente su estado de gestación; es decir, la entidad no había sido notificada documentalmente del embarazo al 10 de noviembre de 2014, fecha en que concluyó su vínculo laboral. Manifiesta que no se le puede otorgar licencia por maternidad si no acredita con documento fehaciente dicho derecho, por otro lado, señala que los contratos de trabajo suscritos entre la demandante y la municipalidad son de carácter temporal y que el último contrato venció el 10 de noviembre de 2014. Agrega que la demandante comunicó su estado de embarazo en forma documentada recién el 11 de noviembre de 2014, fecha en que concluía su contrato; por ende, ya no existía un vínculo laboral entre las partes y la municipalidad ya no tenía la facultad de otorgarle la licencia de maternidad.

El Primer Juzgado Mixto de de Chucuito, Juli, con fecha 5 de junio de 2015, declara improcedente la excepción propuesta, y con fecha 7 de octubre de 2015, declara fundada la demanda, manifestando que la recurrente, con fecha 4 de noviembre de 2014, solicitó que se le conceda licencia por maternidad pre y posnatal por el término de 90 días a partir del 9 de noviembre de 2014, todo ello en amparo de la Ley 26644, para lo cual adjuntó copia de la tarjeta de control de maternidad, lo que prueba que la demandada sí tenía conocimiento del estado de gravidez de la actora; sin embargo, no emitió el acto administrativo correspondiente que concede la licencia por maternidad.

La Sala superior competente, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, señalando que la recurrente solicitó que se le otorgue la licencia por maternidad prenatal y posnatal, sin embargo, nunca comunicó a la entidad demandada su estado de gravidez (embarazo), y esperó a que el contrato venciera para recién solicitar la licencia, lo cual denota un actuar de mala fe, porque debió dar a conocer de su estado de embarazo cuando aún estaba vigente su contrato laboral, ya que tenía conocimiento de que cada mes vencía su contrato. En consecuencia, no existe medio probatorio que demuestre que la actora haya pedido la licencia por maternidad antes de la extinción de su contrato. Por otro lado, indica que no se encuentran actos o comportamientos que constituyan discriminación hacia la actora, lo que sucedió fue que venció su contrato y este ya no fue renovado. Agrega que la entidad demanda, al no haberle renovado su contrato, no está discriminándola, lo que hace es cumplir con el compromiso fijado por ambas partes, por consiguiente, no existen actos discriminatorios que prueben la vulneración de ese derecho hacía la demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que cesen los actos discriminatorios de los derechos laborales de la actora como mujer y que se cumpla con otorgarle licencia por maternidad prenatal y posnatal ya que habría sido objeto de discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo.

Procedencia de la demanda

2. Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Puno y, en vista de que la Nueva Ley Procesal de Trabajo (Ley 29497), no fue implementada en el referido distrito judicial al interponerse la demanda (26 de diciembre de 2014), de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la controversia.
3. Asimismo, conforme a los presupuestos establecidos en el fundamento 15 de la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, este Tribunal considera que, para el caso en concreto, se debe realizar un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto, ya que la recurrente en su demanda solicita que se le otorgue licencia por maternidad prenatal y posnatal al haber dado a luz. Por tanto, en el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que existe una afectación de especial urgencia que exime a la demandante de acudir a otra vía para discutir su pretensión. En consecuencia, el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger los derechos invocados por la parte demandante, por lo que se procederá a analizar el fondo de la controversia.

El derecho a especial protección de la madre trabajadora

4. La demandante invoca en su escrito un *derecho a gozar de licencia por maternidad*, el cual en realidad, no se encuentra enumerado en la Constitución, lo que no quiere decir que carezca de fundamentalidad.
5. En primer lugar, es necesario mencionar que la licencia por maternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, que adquiere



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia.

6. Efectivamente, nuestra Constitución reconoce el *derecho a la salud*, que comprende la dimensión reproductiva así como la “salud (...) del medio familiar” (artículo 7); asimismo, el Tribunal ha precisado que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas con la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución.
7. Asimismo, como ya se ha puesto de relieve, el artículo 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado *protegen especialmente al niño a la madre y a la familia*. Incluso más, la Norma Fundamental dispone la promoción de la *paternidad y maternidad responsables* (artículo 6), así como el deber del Estado de brindar *atención prioritaria al trabajo*, y, de manera específica, *protección especial a la madre que trabaja* (artículo 23). En similar sentido, el artículo 24.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por las Naciones Unidas y ratificada por el Perú) establece que los estados parte deben “Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres”.
8. Ahora bien, la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, pero, en todo caso, es claro que el legislador, considerando la existencia de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.
9. Con lo anotado, es claro que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso prenatal y posnatal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia. La titularidad de este derecho no corresponde a la mujer en cuanto tal, sino solo en la medida en que haya concebido, y resulta exigible precisamente desde ese momento.
10. De esta forma, la licencia por maternidad (prenatal y posnatal), cuya amplitud y condiciones fueron desarrolladas por la Ley 26644 como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la que se hiciera referencia, constituye un mecanismo tendiente a asegurar la viabilidad del embarazo, así como la salud de la madre y de la persona por nacer; y, con posterioridad al nacimiento, está destinada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

a favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio normal.

11. En este contexto, a entender del Tribunal, el derecho a gozar de licencia por maternidad constituye, claramente, un contenido implícito de los derechos antes referidos (salud reproductiva, salud del medio familiar), que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a la madre trabajadora.

Análisis del presente caso

12. En el caso de autos, se encuentra debidamente acreditado que la recurrente se encontraba gestando, tal como lo señala su solicitud de fecha 4 de noviembre de 2014 (fojas 58 a 59), en la que solicita licencia por maternidad prenatal y posnatal, adjuntando la tarjeta de control de maternidad. Asimismo, se advierte que volvió a reiterar su pedido con fechas 11 de noviembre (folio 64) y 10 de diciembre de 2014 (folio 60), incluso señaló que la fecha probable del parto era el 19 noviembre de 2014.
13. La demandante no obtuvo respuesta, tal y como la misma demandada lo reconoce en la contestación de demanda (fojas 98 a 101), en la que señala que no se concedió dicha licencia debido a que, si bien la trabajadora la solicitó con fecha 4 de noviembre de 2014, no acreditó documentalmente su estado de embarazo. Señala que recién lo acreditó mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2014, mientras que ya había concluido su contrato el 10 de noviembre de 2014 (folio 214), por ende, ya no existía vínculo laboral entre las partes y no tenía la facultad de otorgarle la respectiva licencia.
14. Por tanto, este Tribunal concluye que la accionante ha padecido un tratamiento arbitrario y que, aunque la emplazada se justifique en que no se acreditó documentalmente el embarazo y que el último contrato de la actora vencía el 10 de noviembre, conforme a lo señalado en el fundamento 12 *supra*, en su solicitud de fecha 4 de noviembre de 2014 se adjunto la tarjeta de control de maternidad, además de que para esa fecha ya resultaba evidente el estado de gestación de la recurrente, tal es así que dio a luz el 14 de noviembre de 2014 (folio 67). No obstante, el agravio se ha tornado irreparable, pues dicho beneficio tiene sentido en la medida en que busca coadyuvar a la recuperación de la mujer luego del alumbramiento, así como a procurar el bienestar del recién nacido.
15. En la medida en que, luego de presentada la demanda, la agresión denunciada en su momento como amenaza se ha consumado y, en las actuales circunstancias, se ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

convertido en irreparable, resulta aplicable, *a contrario sensu*, el artículo 1, segunda parte, del Código Procesal Constitucional. De acuerdo con dicha norma “Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarían las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”.

16. A criterio del Tribunal, el descanso por maternidad es un derecho que les asiste a todas las mujeres trabajadoras, independientemente de su régimen y condición laboral, por lo que su rechazo en el presente caso resulta arbitrario.
17. Dada la importancia del descanso por maternidad para las madres trabajadoras como concreción de la especial protección de la que son objeto, y atendiendo a que, en situaciones similares, otras trabajadoras podrían sufrir un tratamiento arbitrario de esta índole, es necesario que este Tribunal declare fundada la presente demanda y se ordene que la emplazada no vuelva a incurrir en actitudes de este tipo.
18. Las trabajadoras gestantes, en ningún concepto, pueden ser compelidas a renunciar al descanso por maternidad y sus requerimientos. En tal sentido, deben ser atendidas con prontitud, por lo que, ante eventuales arbitrariedades, la jurisdicción constitucional, a través de los procesos de cumplimiento y amparo, dada la premura en que debe dilucidarse tal pretensión, resulta idónea para salvaguardar los derechos de las gestantes.
19. De otro lado, se acredita de fojas 2 a 15 que la actora laboró como asistente administrativa del 1 de octubre de 2013 al 31 de marzo de 2014 en virtud de contratos administrativos de servicios, y desde el 1 de abril al 10 de noviembre de 2014 mediante contratos de servicios personales como técnico en contabilidad III (folios 16 a 19), con lo cual no le alcanzaría la protección prevista en el artículo 1 de la Ley 24041.
20. Finalmente, corresponde ordenar a la emplazada que asuma el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTHIA SAGUA PEREYRA

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado que la accionante ha sido víctima de un tratamiento arbitrario, pues, pese a encontrarse gestando, se le ha negado el derecho a gozar de licencia por maternidad (Ley 26644), consecuentemente, se dispone que la Municipalidad Provincial de Chucuito, Juli, no vuelva a incurrir en lo sucesivo en las conductas que motivaron la demanda.
2. Disponer que, de reincidir la Municipalidad Provincial de Chucuito, Juli, en arbitrariedades de esta naturaleza, se apliquen las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley, con el pago de costos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTHIA SAGUA PEREYRA

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

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo y me aparto del fundamento 2 y 3 en el que, a los efectos de determinar si existe en el caso una vía igualmente satisfactoria, en aplicación de los criterios establecidos en el precedente contenido en la STC 02383-2013-PA/TC, conocido como precedente Elgo Ríos, se señala expresamente lo siguiente:

“Debe indicarse que el presente caso pertenece al distrito judicial de Puno y, en vista de que la Nueva Ley Procesal de Trabajo (Ley 29497), no fue implementada en el referido distrito judicial al interponerse la demanda (26 de diciembre de 2014), de conformidad con la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos), la vía del proceso constitucional de amparo es la vía idónea para resolver la controversia”.

Es decir, antes de resolver el fondo de la controversia, en tales fundamentos se realiza un análisis previo relativo a verificar si a la fecha de interposición de la demanda de amparo en el caso sub *litis*, se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en el Distrito Judicial de Puno; y, como quiera que a esa fecha aún no se encontraba vigente tal ley en el referido distrito judicial, se concluye que el accionante no contaba con una vía igualmente satisfactoria, siendo procedente el amparo. De lo contrario, esto es, de haber estado en rigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de la presentación de la demanda, se infiere que esta hubiera sido declarada improcedente por existir una vía igualmente satisfactoria: la del proceso laboral abreviado.

A este respecto, discrepo rotundamente con que se haya efectuado el referido análisis previo. A mi juicio, carece de objeto que este se haya realizado por las consideraciones que detallo a continuación:

1. El proceso de amparo también puede proceder en aquellos casos en que esté implementada y aplicándose la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, en tanto se demuestre que el proceso de amparo que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho de la parte demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela.
2. Se trata, entonces, de determinar si existe una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando la parte demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTHIA SAGUA PEREYRA

su pretensión que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión a sus derechos constitucionales.

3. En el presente caso, la recurrente interpuso su demanda el 26 de diciembre de 2014. Esto es, hace más de 3 años y 6 meses, y su causa se encuentra en el Tribunal Constitucional desde el 2016, por lo que, bajo ningún supuesto, haya estado vigente o no la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el Distrito Judicial de Puno, resulta igualmente satisfactorio que se le condene a reiniciar su proceso en la vía ordinaria, a través del proceso laboral abreviado.
4. La postura de aplicar los criterios del precedente Elgo Ríos para casos como el presente, alarga mucho más la espera del litigante para obtener justicia constitucional; espera de por sí tortuosa y extenuante, y que puede tardar varios años. Tampoco se condice con una posición humanista, con los principios constitucionales que informan a los procesos constitucionales, ni con una real y efectiva tutela de urgencia de los derechos fundamentales.

S.

BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con el fallo y la fundamentación de la sentencia expedida en autos, me aparto de la referencia al precedente Elgo Ríos —Expediente 02383-2013-PA/TC—, efectuada en los fundamentos 2 y 3 de la misma.

Para ello, me remito al voto singular que entonces suscribí. En él señalé que, en mi opinión, los criterios allí detallados constituyen una regla compleja que genera un amplio margen de discrecionalidad, en perjuicio de la predictibilidad que requiere el estado de Derecho.

Por tanto, considero que el análisis de la pertinencia de la vía constitucional debe efectuarse en virtud del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito realizar las siguientes observaciones:

1. Considero importante resaltar que el Tribunal Constitucional, como le corresponde hacerlo, ha venido precisando, por medio de varios pronunciamientos, cuál es su competencia para conocer demandas de amparo. Es en ese contexto que se han dictado una serie de precedentes y criterios que interactúan entre sí, para otorgar una respuesta adecuada a cada situación.
2. La verificación de cada uno de estos elementos, como no podría ser de otra forma, responde a un análisis pormenorizado de cada caso y sus circunstancias. En esa línea, no parecería conveniente, como podría entenderse de la lectura del texto presentado por el ponente, prescindir del análisis respecto a la interacción entre los diversos precedentes y criterios que guardan relación con la presente controversia.
3. Al respecto, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), el Tribunal Constitucional ha señalado que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, la procedencia de la demanda debe analizarse tanto desde una perspectiva objetiva como de una subjetiva. Así, desde la perspectiva objetiva debe atenderse a la estructura del proceso, correspondiendo verificar a si la regulación del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea). También a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, por lo que debe analizarse si en la vía ordinaria podrá resolverse debidamente el caso iusfundamental puesto a consideración (tutela idónea).
4. Por otra parte, y desde la *perspectiva subjetiva*, corresponde analizar si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada. Al respecto, es necesario evaluar si transitar la vía ordinaria pone en *grave riesgo* al derecho afectado, de tal modo que el agravio alegado puede tonarse irreparable (urgencia como amenaza de irreparabilidad). Asimismo, debe atenderse a si es necesaria una *tutela urgente*, apreciando para ello la relevancia del derecho involucrado o también a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).
5. Es en este sentido que considero que debió realizarse el respectivo análisis de procedencia de la demanda, tomando en cuenta todos los criterios establecidos, con carácter de precedente, en el caso Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

6. Y es que un análisis, como el que realiza la ponencia, que solo desarrolle la perspectiva objetiva será, en cualquier caso, un proceso incompleto que, además de no tomar en cuenta todos los criterios expresamente señalados en el mencionado precedente, puede llevar, en algún caso concreto, a asumir posiciones erróneas por no evaluar, por ejemplo, si, por consideraciones de urgencia y de manera excepcional, es preferible admitir a trámite la demanda de amparo pese a existir una vía ordinaria regulada.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lpderecho.pe



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

La Ley 26644, que regula el goce del derecho de descanso pre y post-natal de la trabajadora gestante (en adelante, la Ley), en su artículo 1, señala lo siguiente:

Precísase que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal. El goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el post natal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una **antelación no menor de dos meses a la fecha probable de parto** [...] (énfasis añadido).

Por su parte, el Reglamento de la Ley (Decreto Supremo 005-2011-TR), en su artículo 5.1 prescribe:

La trabajadora gestante puede optar por diferir en todo o en parte el goce del descanso pre natal, en cuyo caso el número de días naturales diferidos se acumulará al período de descanso post natal. Para dicho efecto, deberá comunicar por escrito su decisión al empleador **hasta dos (2) meses antes de la fecha probable del parto**, indicando el número de días de descanso pre natal que desea acumular al período de descanso post natal y acompañando el correspondiente **informe médico que certifique que la postergación del descanso pre natal por dicho número de días no afectará de ningún modo a la trabajadora gestante o al concebido**, pudiendo éste ser variado por razones de salud de la gestante o del concebido debido a una contingencia imprevista (énfasis añadido).

También este Reglamento indica lo siguiente, en su artículo 4.1:

Para el goce del descanso pre natal la trabajadora gestante presentará al empleador el correspondiente **Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT) por maternidad, expedido por ESSALUD, o en su defecto un Certificado Médico en el que conste la fecha probable del parto**, pudiendo éste encontrarse contenido en el formato regulado por el Colegio Médico del Perú o en el recetario de uso regular del profesional médico que emite la certificación (énfasis añadido).

En el caso de autos, la demandante presentó su solicitud de “Licencia por maternidad pre y post natal” el 4 de noviembre de 2014, indicando como fecha aproximada del parto el 19 de noviembre del mismo año (cfr. Fojas 58). En dicha solicitud pedía que se le conceda licencia por 90 días, a partir del 9 de noviembre de 2014.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04154-2016-PA/TC
PUNO
MARY CYNTIA SAGUA PEREYRA

Es decir, la demandante solicitaba diferir parte del descanso pre natal para acumularlo al período de descanso post natal.

Sin embargo, la recurrente no presentó su solicitud antes de los dos meses de la fecha probable del parto, como manda el artículo 1 de la Ley y el artículo 5.1 de su Reglamento, sino a tan solo 15 días de la fecha probable de este. Por tanto, la recurrente presentó su solicitud extemporáneamente.

A mayor abundamiento, la recurrente adjuntó a la mencionada solicitud del 4 de noviembre de 2014 lo que ella llama “Tarjeta de Control de Maternidad”, pero no el “Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT) por maternidad, expedido por ESSALUD, o en su defecto un Certificado Médico en el que conste la fecha probable del parto”, como ordena el citado artículo 4.1 del Reglamento de la Ley. Y ya que pedía diferir parte del descanso pre natal para acumularlo al período de descanso post natal, tampoco adjuntó el informe médico que certifica que la postergación del descanso pre natal no afectará a la gestante o al concebido, como manda el mismo artículo de este Reglamento.

Siendo esto así, la solicitud de la recurrente no solo fue extemporánea, sino también incompleta.

La ponencia no dice que las normas legales citadas vulneren algún derecho fundamental de la demandante y, por tanto, sean inaplicables a esta, conforme al control difuso de constitucionalidad consagrado en el artículo 138 de la Constitución. Por mi parte, tampoco encuentro que tales normas sean inconstitucionales, por lo que corresponde a todos, y con mayor razón a este alto Tribunal, darles cumplimiento.

Por estas consideraciones, al no haberse acreditado la violación de derechos constitucionales, voto por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

FERRERO COSTA