



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Pleno.Sentencia 1135/2020

EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de noviembre de 2020, los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **FUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 04795-2017-PA/TC.

Asimismo, el magistrado Miranda Canales formuló un fundamento de voto.

Los magistrados Ledesma Naváez, Ferrero Costa y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

Se deja constancia de que el magistrado Blume Fortini formuló un fundamento de voto que será entregado en fecha posterior.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Gloria Natalia Gonzales Vásquez contra la sentencia de fojas 271, de fecha 2 de noviembre de 2017, expedida por la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de setiembre de 2015, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), con el objeto que se ordene renovar el contrato administrativo de servicios en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque, y que se ordene el pago de los costos procesales. Manifiesta que prestó servicios desde el 17 de marzo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016 en virtud de contratos administrativos de servicios (CAS). Refiere que en el mes de marzo de 2015 recibió la noticia de que se encontraba embarazada, por lo que en marzo de 2015 comunicó a su empleador su estado gestacional; sin embargo, al término de su contrato CAS del periodo del 1 de enero a junio de 2015 le comunicaron que su contrato no sería prorrogado, por lo que considera que se le marginó solo por estar embarazada. Por tanto, se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad a la no discriminación por razones de sexo y al trabajo.

La representante de Sunat propone la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda expresando que mantuvo una relación con la actora dentro de los alcances del régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios, la cual se extinguió al cumplirse el plazo de vencimiento pactado, acorde con lo normado en el literal “h” del artículo 13 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, reglamento del Decreto Legislativo 1057, que contempla entre los supuestos de extinción el vencimiento del plazo del contrato. Agrega que el término de la relación entre ambas partes no se debió al estado de embarazo de la demandante, sino que los contratos CAS son a plazo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

determinado, conforme lo señala el artículo 5 del Decreto Legislativo 1057. Por otro lado, señala que, al igual que la actora, hubo otros colaboradores que mantenían vínculo a través de contratos CAS, y sus vínculos culminaron por vencimiento de contrato.

El Sexto Juzgado Civil de Lambayeque, con fecha 1 de octubre de 2016, declaró infundada la excepción propuesta y, con fecha 23 de marzo de 2017, declaró improcedente la demanda de amparo por considerar que el CAS prevé como causales de extinción del vínculo laboral el vencimiento del plazo del contrato y este puede ser en cualquier mes del año, no necesariamente a fines del ejercicio fiscal, como alega la demandante. En cuanto a su estado de embarazo, señala que la actora, mediante correo electrónico, solicitó permiso para asistir a un chequeo médico en EsSalud, dicho permiso sí fue concedido, por lo que no existe medio de prueba alguno que acredite que el motivo de la no renovación de su CAS se debió a su estado de embarazo.

La Sala Superior revisora revoca la apelada y, reformándola, declara infundada la demanda por considerar que la demandante ha venido laborando con contrato laboral en la modalidad de CAS, una modalidad de contrato laboral a plazo determinado que considera como una de las formas de su extinción, la figura de vencimiento del plazo del contrato, prevista en el inciso “h” del artículo 10 del Decreto Legislativo 1057, la cual determina que el referido vínculo laboral acaba con su vencimiento, por lo que, si se hubiese cometido alguna arbitrariedad, tiene expedido su derecho para hacerlo valer en la vía correspondiente en procura de su resarcimiento; sin embargo, no cabe reposición en el puesto de trabajo como pretende la actora. En cuanto a su estado de embarazo, de la valoración de los elementos de autos se observa que no se ha cumplido.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la renovación del contrato de la demandante en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque que venía desempeñando. Agrega que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad, a la no discriminación por razones de sexo, y al trabajo.

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, se estableció lo siguiente:

12[...] que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada “igualmente satisfactoria”: una objetiva, vinculada al análisis de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

la vía propiamente dicha (vía específica idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).

13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)[1], o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea)[2]. Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.

14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) si transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)[3]; situación también predicable cuando existe un proceso ordinario considerado como “vía igualmente satisfactoria” desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)[4].

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
- Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revela que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en alguna otra causal de improcedencia).

3. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que existe la necesidad de una tutela urgente atendiendo a la relevancia del derecho que exige a la demandante de acudir a otra vía para discutir su pretensión. Ello se configura porque la actora, tanto en su demanda como en su recurso de agravio constitucional, afirma que a la fecha de su cese se encontraba en estado de gestación y que por ello se vulneró su derecho al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

trabajo y a la no discriminación 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.

Sobre los problemas vinculados al Contrato Administrativo de Servicios (CAS)

4. Ahora bien, y a propósito del caso concreto, este Tribunal Constitucional estima pertinente señalar, en primer término, y sin duda alguna, una preocupación central de quien imparte justicia en general, y de este Tribunal Constitucional en particular, es la de asegurar el cumplimiento de sus decisiones. En ese sentido, en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta en contra del Decreto Legislativo 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS).
5. Esto ha llevado a que el Tribunal Constitucional haya desestimado, en numerosas ocasiones, demandas donde trabajadores que laboraban al amparo de este régimen especial habían solicitado su reposición en el cargo que venían desempeñando en condición de trabajador permanente, alegando la desnaturalización de su contrato. Esta práctica constante, como queda claro, resulta coherente con lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente 00002-2010-PI/TC.
6. Ahora bien, y más allá de lo señalado a nivel jurisprudencial, resulta pertinente recordar que el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) surgió con la intención de dejar atrás la Contratación por Servicios No Personales (SNP), ampliamente extendida a inicios de la década pasada. Sin embargo, resulta claro que, luego de varios años de utilización, no parece que este sistema de contratación responda actualmente al objetivo de forjar una administración pública eficiente, basada en la meritocracia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos.
7. En efecto, ello no podía ser de otro modo dada la temporalidad o, mejor dicho, la transitoriedad que debía tener este régimen especial y que quedó plasmado en la Ley 29849, que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, en cuyo artículo 1 se dispuso como objetivo “establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057. (...) La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley”.
8. Sin embargo, y contra lo que pudiera pensarse, lo cierto es que, después de varios años, el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) no solo continúa existiendo sino que también ha venido creciendo de manera sostenida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

a una tasa promedio anual de 8% en el período 2009 – 2016, de tal forma que actualmente representan al 22% del empleo público sujeto a un régimen laboral, como bien se desprende del Informe “Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”, emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

9. En mérito a lo expuesto, este Tribunal estima que la cobertura constitucional y legal de este régimen especial no puede ni debe entenderse como una constante, y sin variación alguna en el tiempo, máxime si cada vez son más el número de causas que plantean problemáticas complejas que giran en torno a la permanencia de este régimen.
10. Citamos, a modo de ejemplo, los casos de trabajadoras embarazadas a las que no se les renueva el contrato, trabajadores sindicalizados o que buscan formar un sindicato, trabajadores que son contratados inicialmente bajo diversas modalidades para luego, con el fin de no otorgar la reposición en un eventual proceso judicial, se les hace firmar contratos CAS, entre otros supuestos. Siendo así, cabe cuestionarse casos por cuánto tiempo más el mantenimiento de este régimen especial contará con una cobertura constitucional y legal suficiente, muy independientemente de las loables intenciones que podrían guiar a quienes han permitido su permanencia.
11. De otro lado, existe otra cuestión de suma importancia en torno a esta problemática. Y es que, si bien es cierto que el ejercicio de las competencias explícitas e implícitas de un Tribunal Constitucional puede reivindicar ciertas funciones y potestades para sí, aunque no se encuentran expresamente reconocidas para él, ello debe darse siempre y cuando se encuentren dentro de lo "constitucionalmente necesario", y no, como alegan algunos, de lo "constitucionalmente posible".
12. Es en ese tenor, y en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, que el Tribunal Constitucional peruano debía entender que en rigor a quien corresponde solucionar la problemática en torno a la aún permanencia del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) es al legislador, sin que ello equivalga a consagrar un inmovilismo estéril sobre el particular, cuando es precisamente el Tribunal Constitucional quien tiene como labor precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos.
13. A partir de lo aquí expuesto, queda claro que, a partir del reconocimiento de este régimen especial como uno de carácter transitorio, cuya temporalidad no puede entenderse como algo que se prolongue indefinidamente, y de la lamentable constatación de que no ha operado cambio alguno en materia legislativa sobre este particular en ya casi una década, corresponde hacer ajustes a la posición que ha venido llevando a cabo este Tribunal sobre el particular, con miras a garantizar una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

óptima protección de los derechos fundamentales que aquí puedan encontrarse implicados, sobre todo en aquellas controversias señaladas, a modo de ejemplo, en el fundamento 10 *supra*.

14. Y es que si bien, en tanto y en cuanto el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) se encuentra plenamente vigente y su constitucionalidad ha sido confirmada, todavía seguirán existiendo pronunciamientos que guarden coherencia con dicha posición. Sin embargo, resulta necesario que, en casos como el presente, el Tribunal Constitucional peruano asuma una participación que, sin romper los parámetros constitucional o legalmente necesarios y su real capacidad operativa, pueda afrontar los problemas derivados de la supervivencia de este régimen especial, más allá de lo inicialmente proyectado y en búsqueda de una efectiva protección de todo el plexo de derechos fundamentales que puedan encontrarse implicados en estas controversias.
15. Debemos, por tanto, reforzar la idea de que la labor del juez constitucional, que tiene por fin último el reconocimiento y la tutela de los derechos, debe, precisamente, superar cualquier dificultad, limitación o formalidad que dificulte ese quehacer. En ese sentido, debe dejarse de lado cualquier interpretación formalista de una norma o un concepto, haciendo uso de otros criterios y métodos de interpretación que apunten a una óptima defensa de los derechos fundamentales.

Discriminación contra la mujer y la necesidad de su protección ante los despidos nulos en el régimen CAS

16. El inciso segundo del artículo 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. De ello se desprende que "(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Asimismo, el artículo 23 de la Constitución señala que "el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)".
17. A su vez, y en lo referido a la discriminación por sexo, específicamente de la mujer, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC ha señalado que "cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de embarazo, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno de derecho por contravenir el inciso 2) del artículo 2.º de la Constitución." (f. 20)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

18. Asimismo, y en una lógica de convencionalización del Derecho, resulta necesario señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una importante línea de jurisprudencia en torno a la discriminación contra la mujer. Así, aunque, en específico, los casos contenciosos que ha resuelto se centran en la violencia contra la mujer como una forma de discriminación, se debe rescatar que el análisis de este tribunal internacional parte de la obligación general de no discriminación, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
19. En ese sentido, en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana recogió la noción de discriminación contra la mujer prevista en un instrumento internacional:

“Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (...)” (párrafo 394).
20. Asimismo, la Corte Interamericana se ha referido a la obligación de no discriminación en su Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, en los siguientes términos:

“El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.” (párrafo 53).
21. Por consiguiente, dado que la discriminación contra la mujer puede extenderse también al ámbito laboral, los Estados Parte de la Convención Americana, como lo es el Estado Peruano, tiene entonces que asegurar el cumplimiento del mandato de no discriminación en cuanto al goce y ejercicio del derecho al trabajo. Respecto a este último, la Corte ha establecido en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017, que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

“(…) la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.” (párrafo 50).

22. A partir de todo lo anterior, se debe afirmar que el despido debido al estado de gravidez constituye una forma de discriminación contra la mujer, que, a su vez, guarda conexión con el derecho al trabajo, en tanto el despido de la trabajadora obedeció a su estado de gestación.
23. En consecuencia, queda claro que las mujeres embarazadas, en tanto se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, merecen una protección especial por parte del Estado, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados, al margen del régimen laboral en el que se encuentren.
24. Ello tiene como consecuencia que, aún en el supuesto de que la trabajadora se encuentra en el régimen especial CAS, será nulo el despido o la no renovación de su contrato, siempre que se demuestre que la conclusión del vínculo laboral, en último término, se encuentra relacionada directamente con el estado de embarazo de la trabajadora.

Análisis del caso concreto

25. Del estudio de los actuados, se aprecian los contratos administrativos de servicios suscritos por la demandante (folios 1 a 4 y 6), así como sus boletas de pago (folios 7 a 12) y la constancia de prestación de servicios (folio 17), con lo cual queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado.
26. Ahora bien, la demandante señala que la no renovación de su CAS responde a que, previamente, había comunicado a su empleador su estado de gestación. Sobre el particular, este Tribunal ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo constituyen, indubitablemente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2, del artículo 2 de la Constitución.
27. Al respecto, la actora señala en su demanda que en marzo de 2015 informó a su empleador sobre su estado de gestación (folio 26). Además, de autos se advierte un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

correo de mayo de 2015 en el que la demandante solicita “permiso por control médico” para hacerse un chequeo por motivo de su embarazo, por lo que la parte demandada no puede argüir haber desconocido del estado de gestación de la recurrente.

28. En consecuencia, la entidad demandada no ha podido demostrar que la no renovación del contrato de la demandante, que estaba embarazada cuando sucedieron los hechos, haya obedecido a causa diferente de su estado de embarazo, pues tuvo conocimiento de esto. En este sentido, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por haberse acreditado que la demandante fue víctima de un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.
2. En consecuencia, **ORDENAR** la reposición de la demandante en el cargo en que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos o en uno de igual o similar nivel.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero pertinente realizar las siguientes precisiones:

La participación de las mujeres en el sector público

1. De acuerdo a SERVIR, en el año 2017 el sector público contaba con alrededor de 1 millón 422 mil servidores, de los cuales 47% eran mujeres.¹ La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó de 43% a 47% durante el periodo 2004-2017. Hoy, en el sector público, prácticamente 5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada 10 en el sector privado formal.²
2. Como dato adicional, la participación de las mujeres en el empleo público según régimen laboral se divide en el siguiente esquema: i) un 30% de las servidoras públicas están empleadas en los regímenes de carreras especiales (diplomáticos, docentes, profesores, médicos, etc); ii) un 21% se encuentra empleada bajo el régimen establecido por el Decreto Legislativo 276; iii) mientras que el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) rige al 20% de servidoras públicas; entre otros.³
3. Frente a esta realidad del empleo público donde existe un porcentaje considerable de servidoras públicas, tanto el legislador como los operadores jurídicos no pueden desconocer la particular situación que presentan las mujeres en el ámbito laboral. En particular, el presente caso advierte una situación recurrente en la Administración pública, referida a la situación que presentan las servidoras públicas gestantes y que son madres, frente a actitudes y conductas discriminatorias por parte de algunos empleadores. Y es que, como lo ha señalado la Oficina Internacional del Trabajo, la situación de embarazo de mujeres en edad reproductiva constituye una de las manifestaciones más frecuentes de la discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral.⁴

¹ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de enero de 2019).

² SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de enero de 2019).

³ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 10. Disponible en: [https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe La Mujer en el Servicio Civil Peruano 2019.pdf](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de enero de 2019).

⁴ OIT. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios. No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad. p. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/--ro-lima/--sro-san_jose/documents/publication/wcms_220030.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

4. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se vieron reflejadas en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del XIX y comienzos del siglo XX fue la de prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones, no solo por razones de maternidad o la presunta menor fuerza física de la mujer sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos "preparada" que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.
5. En esa medida, la legislación laboral enfatizó el rol de la mujer en el hogar como esposa y madre desincentivando, a su vez, la contratación de mujeres fuera del hogar. Ello se vio reflejado inclusive en los primeros instrumentos internacionales adoptados sobre la materia. Sin embargo, en el marco del Estado Constitucional presidido por el principio de igualdad y no discriminación, se debe garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, también en el ámbito laboral. Ello exige tomar en consideración situaciones objetivas especiales como la maternidad, que evidentemente ameritan una protección distinta (reforzada).
6. Específicamente, sobre la situación de la maternidad, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que dicha situación exige la adopción de medidas especiales para garantizar el desarrollo de la mujer en el ámbito laboral:

(...) la protección de la maternidad, plasmada en la prohibición del despido y la concesión de un descanso antes y después de la fecha del parto, es un imperativo permanente. En la práctica, no obstante, la maternidad sigue siendo un factor de discriminación cuando se la tiene en cuenta directa o indirectamente a la hora de la contratación o para poner término a la relación de trabajo. La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginadas del mercado de trabajo.

7. Es bajo este nuevo enfoque que la normativa internacional y nacional vigente brinda una protección especial a la maternidad en el ámbito laboral a través de diversos instrumentos internacionales, como se analizará a continuación.

La protección de la maternidad en el trabajo en la Constitución Política de 1993

8. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.
9. En ese sentido, el artículo 2 inciso 2 establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. De ello se desprende que "(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Igualmente, el artículo 26 inciso 1 de la Constitución establece que en la relación laboral se respeta el principio de "Igualdad de oportunidades sin discriminación".

10. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC desarrolló el contenido del principio de igualdad en el ámbito laboral:

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

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 cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.

11. En ese entendido, queda claro que el despido de las trabajadoras atendiendo a su condición de madres o por situaciones vinculadas con el ejercicio de la maternidad (como es el caso de la lactancia) configuran una vulneración al principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.
12. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución señala lo siguiente: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, **el cual protege especialmente a la madre**, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

13. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC ha señalado lo siguiente:

15. (...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

14. Asimismo, se puede observar también que el propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la "licencia por maternidad" y el "permiso por lactancia" para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.

15. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y salud de las mujeres y el derecho a la salud del niño o niña; sino que, además, no exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales, es decir una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.

16. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado para las mujeres, sino que además han sido sujetas a discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

17. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

18. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.
19. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que "la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa 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 [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente 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 [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).
20. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N.º 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]" (Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

21. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.
22. De lo señalado en los fundamentos supra, este Tribunal es consciente que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados.
23. En este sentido, a este Tribunal no le queda duda que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución que consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren.

Despido nulo por razones de discriminación por el sexo en el caso específico del régimen CAS

24. El artículo 6 inciso g del Decreto Legislativo 1057 establece el derecho de los trabajadores del régimen CAS de poder solicitar licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales. Asimismo, el inciso k del mismo artículo señala lo siguiente:

"Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico *o licencia pre y post natal*, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador" [énfasis agregado].

25. De manera complementaria, el artículo 8-A, inciso 1, del Reglamento del Decreto Legislativo 1057 (aprobado por DS 075-2008-PCM) señala lo siguiente:

8.A.1. La madre trabajadora sujeta al régimen del Decreto Legislativo N° 1057, al término del período post natal, *tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo cumpla un año de edad*, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N.º 27240 - Ley que otorga permiso por lactancia materna [énfasis agregado].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

26. En ese sentido, el régimen CAS ya reconoce beneficios a las trabajadoras que se encuentran en situación de maternidad. Por ende, si bien se trata de un régimen laboral transitorio y de carácter temporal, ello no impide que las trabajadoras sujetas al mismo gocen de los derechos fundamentales inherentes a su condición de madres, los que, como hemos visto, tienen protección constitucional.
27. Al respecto, cabe señalar que en la sentencia del Expediente 00976-2001-PA/TC (fundamento 15.a), el Tribunal Constitucional señaló que el despido nulo sucede – entre otros supuestos– cuando:
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su *sexo*, raza, religión, opción política, etc.
 - Se despide a la trabajadora por su *estado de embarazo* (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
28. Ahora bien, en el régimen del CAS, en principio no podría producirse un despido nulo, porque se ha entendido que este está restringido al régimen de la actividad laboral privada pues así ha sido regulado en el D.L. 728; a diferencia del D.L. 1057 en el que los trabajadores están sujetos a una contratación temporal.
29. Sin embargo, la posibilidad de que pueda producirse un despido nulo en el régimen CAS debe ser reinterpretada de forma tal que se ajuste a la obligación que deriva de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 23, en lo referido a la especial protección de la mujer trabajadora en situación de maternidad.
30. En consecuencia, y con la finalidad de brindar una protección reforzada a la madre en el ámbito laboral, el despido de una trabajadora del régimen CAS deberá ser considerado como un **despido nulo** con las consecuencias que el Tribunal le ha reconocido en su jurisprudencia, cuando este tenga como causa el estado o ejercicio de su maternidad o de razones vinculadas a ella.
31. Consideramos que, en estos casos, debido a la dificultad que implica poder demostrar que un despido ha tenido como causa el estado de maternidad o las consecuencias de este, deberá operar la presunción de que el despido ha tenido como razón dicho estado si es que la trabajadora, previamente, puso en conocimiento a la entidad empleadora y acreditó que se encontraba en dicho estado.
32. Así pues, tras haber tomado conocimiento de la situación de embarazo, las trabajadoras del régimen CAS tendrán protección contra el despido en los términos señalados, en conformidad con el mandato contenido en el artículo 23 de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

Constitución.

33. Ahora bien, no se puede obviar que el despido no es la única forma de terminar una relación laboral en el régimen del D.L. 1057, pues esta situación también se puede materializar con la no renovación del contrato. Por lo que, esta protección reforzada para la madre trabajadora, deberá extenderse también a los casos en los que se presente la renovación del contrato administrativo de servicios. De lo contrario esta protección perdería eficacia.
34. Asimismo, conforme a lo señalado en los fundamentos 28 a 31 *supra*, esta protección debe también cubrir el periodo de lactancia, el que, como se analizó precedentemente, por mandato legal es hasta que el hijo/a haya cumplido un año.
35. De no ser así, existiría una lectura contradictoria de las disposiciones del régimen CAS con la Constitución: por un lado, se garantizaría que las trabajadoras puedan ejercer derechos vinculados con su condición biológica de madres, pero, por otro lado, se dejaría a merced del empleador poder prescindir de los servicios de las trabajadoras, en puridad, por los costos que pudieran generar el ejercicio de los derechos vinculados a la maternidad.
36. Si bien es cierto que, el Decreto Legislativo 1057 no restringe la potestad del empleador para dejar de renovar los contratos administrativos de servicios, también es cierto que, en el caso de las madres trabajadoras, esta situación puede ser gravemente negativa y colisiona con disposiciones constitucionales (artículos 2.2, 23 y 26 inciso 1) cuando la falta de renovación esté vinculada únicamente al estado de maternidad de la trabajadora.
37. Ahora bien, esto no implica en absoluto que los empleadores no puedan terminar una relación laboral en el régimen CAS a una mujer en estado de maternidad, sino que tendrán la carga de demostrar que la falta de renovación del contrato o el despido ha tenido una causa justa.
38. Por otro lado, si bien este Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del régimen CAS de manera abstracta y general (Exp. 0002-2010-PI/TC), ello no quiere decir que la aplicación de dicha norma al caso concreto no pueda ser inconstitucional. Como ya se señaló anteriormente (STC. Exp. 0014-2014-PI y otros, fundamento 144):

(...) Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional *procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que a posteriori se presente la posibilidad de que tal inconstitucionalidad pueda*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos
[énfasis agregado]

39. De tal manera que, entre resguardar la potestad del empleador de no renovar el contrato administrativo de servicios vencido por plazo contractual a pesar de la necesidad del servicio; y asegurar la defensa del derecho de las madres trabajadoras; esto es, entre la garantía de la libre contratación y el derecho a la igualdad y no discriminación, así como el derecho al trabajo, este supremo órgano, en este contexto de protección especial, debe satisfacer en mayor medida el segundo.
40. Cabe precisar además que este Tribunal Constitucional ya ha reconocido la posibilidad de sancionar despidos nulos en el régimen CAS en la sentencia recaída en el Expediente 07792-2013-PA/TC (en aquella ocasión el Tribunal entendió que el despido por no renovación de un trabajador por razones antisindicales era nulo, a pesar de haber trabajado bajo el régimen CAS).

Del estado actual de la protección en el caso de una mujer en estado de maternidad

41. Sin perjuicio de lo ya señalado *supra* referido a la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, es necesario recordar que a la fecha existen diversos instrumentos a nivel internacional, así como en la legislación nacional en materia de derechos laborales de las madres.
42. El artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁵ aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, señala expresamente que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.
43. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵ Suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

44. Además, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen que:

Artículo 1

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna 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. (...)

Artículo 24

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

45. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ en su artículo 10 inciso 2, reconoce esta especial protección ya en el ámbito laboral:

(...) Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, ***a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social*** [énfasis agregado].

46. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁷ parte en su artículo 1 de definir la expresión "*discriminación contra la mujer*" como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

⁶ Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley N° 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, se depositó el 28 de abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978.

⁷ Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa N.º 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982, se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

47. Mientras que en su artículo 11 inciso 2, dicho tratado establece disposiciones específicas dirigidas a proteger la situación de maternidad de las mujeres en el ámbito laboral, entre los que se encuentra la prohibición de despido por razones de embarazo:

(...) A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) ***Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad*** y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [énfasis agregado].

48. De otro lado, desde 1919 la OIT ha adoptado tres convenios relativos a la protección de la maternidad (el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad de 1956 y el Convenio núm. 183 sobre la protección a la maternidad del 2000). Al respecto, cabe señalar que la discriminación de la mujer a causa de su maternidad existe en relación tanto con la terminación del empleo como con el acceso al mismo. Por tanto, las medidas destinadas a salvaguardar el empleo de las trabajadoras embarazadas y a combatir la discriminación basada en la maternidad forman parte integrante de la protección de la maternidad. Los convenios OIT se han hecho cada vez más exhaustivos en cuanto a la amplitud de la protección que debe ofrecerse.⁸ En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

(...) La protección de la maternidad, cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919, cuando los Estados Miembros adoptaron el Convenio núm. 3, es crucial para promover los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias, en todas partes. El alcance de la protección de la maternidad, y los derechos anejos, han ido ampliándose con el tiempo, en el Convenio núm. 103, adoptado en 1952,

⁸ OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. p. 67.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

y en el Convenio núm. 183, adoptado en 2000. Junto con las Recomendaciones correspondientes, núm. 95, en 1952, y núm. 191 en 2000, los instrumentos tienen por objeto preservar la salud de la madre y del recién nacido, y proporcionar seguridad en el empleo, en especial, protección contra el despido y la discriminación, y preservar el salario y las prestaciones durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al trabajo después del parto. Así pues, se trata de que la mujer pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo, y de prevenir la desigualdad de trato en el empleo a causa de la capacidad de alumbramiento de la mujer.

49. Ello evidencia la importancia que tiene el tema para dicho organismo supranacional. Ahora bien, dado que el Convenio 183 establece los criterios actualizados referidos a la protección de la maternidad en el ámbito laboral (en tanto revisa las disposiciones del Convenio 103), en aras de concretizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, este Tribunal Constitucional procederá a analizar el mismo en detalle.

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)

50. El mencionado Convenio de la OIT fue aprobado por esta organización el 30 de mayo del 2000 y ratificado por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 012-2016-ER, publicado en el diario oficial "*El Peruano*" el 24 de febrero de 2016. Al respecto, cabe señalar que es la primera vez que un convenio de la OIT exhorta a los Estados miembros a que adopten las medidas apropiadas para impedir la discriminación en el empleo, en concreto por razones de maternidad, incluido el acceso al empleo.

51. El Convenio 183 OIT tiene por objetivo garantizar la igualdad de oportunidades para todas las madres trabajadoras. En esa medida, parte de señalar en su artículo 2 que sus disposiciones se aplican a "*(...) todas las mujeres empleadas, inclusive las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente*". Aunque existe la posibilidad de que, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, se pueda excluir a determinadas categorías de trabajadoras de los efectos de la citada convención, con la condición de que esta excepción sea transitoria, además de aplicar de manera progresiva y paulatina los beneficios contemplados en la misma a todas las madres trabajadoras.

52. Asimismo, los derechos que este tratado internacional confiere a las madres trabajadoras son los siguientes:

a) Derecho a la protección de la salud (artículo 3): destinado a proteger no solo a las mujeres embarazadas sino también a las que están en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

proceso de lactancia frente a trabajos considerados peligrosos.

b) Licencia de maternidad (artículo 4): con una duración mínima de 14 semanas, de las cuales al menos 6 semanas se otorgarán con posterioridad al parto.

c) Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5): a partir de un certificado médico se deberá otorgar una licencia, antes o después del de maternidad, en caso de enfermedad, complicaciones o riesgo de las mismas como consecuencia del embarazo o parto.

d) Prestaciones pecuniarias y médicas (artículo 6): la primera se refiere al tiempo de duración de la licencia de la maternidad, a fin de garantizar a la madre y al hijo un nivel de vida y salud adecuados; mientras que la segunda se refiere a la asistencia prenatal, durante el parto y postnatal, incluida la hospitalización.

e) Protección del empleo y no discriminación (artículos 8 y 9): se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, con licencia por maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo hasta por un plazo que determine cada Estado, además de imponer al empleador la carga de la prueba de que el despido realizado en estas condiciones no está relacionado con el embarazo y sus consecuencias. Adicionalmente, se exige a los Estados a que garanticen que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, incluyendo el acceso al empleo.

f) Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10): se le reconoce a la mujer el derecho de interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de esta, a efectos de alimentar a su hijo.

53. Es particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 8, donde se establece lo siguiente:

1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

54. El artículo en mención establece la prohibición al empleador de despedir a una mujer trabajadora en tres supuestos claramente delimitados, relacionados con el ejercicio de la maternidad:
- a) Cuando esté embarazada.
 - b) Durante el goce de su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones, o
 - c) Después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional.
55. Ello no quiere decir, claro está, que la mujer trabajadora que esté en las situaciones señaladas precedentemente no pueda ser finalmente despedida. Y es que el artículo en mención es claro al señalar que es posible que se produzca el despido siempre y cuando éste ocurra por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Al respecto, y de acuerdo a la legislación comparada, los casos en los que se puede invocar de manera legítima el despido, aun dentro del periodo de protección que establece el Convenio 183 son, a modo de ejemplo, los siguientes: a) falta grave, negligencia grave o infracción de la disciplina laboral; b) ingreso en prisión; c) trabajo para otra empresa durante el periodo de licencia; etc.⁹
56. Adicionalmente, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad (artículo 8.2 del Convenio 183 OIT).
57. Cabe señalar que el Convenio 183 de la OIT ha sido ratificado por el Perú con la Resolución Legislativa N° 30312 con fecha 21 de marzo de 2015 por lo que sus disposiciones surten todos sus efectos de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la Constitución que establece que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”* y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*, no queda sino convenir en que los contenidos anteriormente señalados resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.
58. En este sentido, a partir de esta fecha las reglas que se señalan en este tratado, referidos al despido de mujeres embarazadas, y que están en armonía con el artículo 23 de la Constitución deben ser tomadas en cuenta por todos los operadores tanto en

⁹ OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Segunda Edición. 2010, p. 75.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

el ámbito público como privado.

59. Por otro lado, en el ámbito nacional, cabe resaltar que el legislador se ha dado cuenta de la especial protección que merece la madre en el ámbito laboral, conforme al artículo 23 de la Constitución, como consecuencia ha aprobado diversas normas de rango infraconstitucional efectivizando este mandato de protección.

60. El artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS. 003-97-TR), modificado por el artículo 1 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre 2015 señala que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuestos:

(...) e.- El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

61. Por su parte, la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 27 de diciembre de 2017, señala en su artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia

Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en **período de lactancia** en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad [énfasis agregado].

62. Como se advierte, esta última ley complementa lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 138 OIT, en el sentido de que la protección reforzada para las madres trabajadoras se extiende hasta el periodo de lactancia el cual, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 27240, es hasta que su hijo o hija cumpla 1 año.¹⁰ Este Tribunal

¹⁰ Artículo 1.- Del objeto de la Ley

1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

considera que el periodo de lactancia constituye una manifestación del ejercicio de la maternidad, lo que explica que tanto la Constitución como la ley brinden medidas afirmativas especiales a las trabajadoras que presenten dicha situación.

63. Cabe recordar, como lo señaló este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 70), que el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.
64. De forma resumida, desde la entrada en vigencia del Convenio 183 en el Perú y asimismo, con la publicación de la Ley 30709, estas serán las reglas que deberán regir cuando se alegue la vulneración de los derechos de una madre en el trabajo, independientemente del régimen en el que se encuentren:
- a) El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre.
 - b) Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia.
 - c) Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad.

S.

MIRANDA CANALES

incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.

1.2 La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente.

1.3 El derecho que por la presente Ley se otorga no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, en el presente caso, si bien coincido con la sentencia en el extremo en que establece la existencia de un despido discriminatorio; sin embargo, discrepo de ella en cuanto ordena la reposición pues, a mi consideración, ha operado la sustracción de la materia. Mis fundamentos son los siguientes:

Demanda

1. La recurrente interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), con el objeto de que se ordene renovar el contrato administrativo de servicios en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque y que se ordene el pago de los costos procesales. Manifiesta que prestó servicios desde el 17 de marzo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016 en virtud de contratos administrativos de servicios (CAS). Refiere que en el mes de marzo de 2015 recibió la noticia de que se encontraba embarazada, por lo que en marzo de 2015 comunicó a su empleador su estado gestacional; sin embargo, al término de su contrato CAS del periodo del 1 de enero a junio de 2015 le comunicaron que su contrato no sería prorrogado, por lo que considera que se le marginó solo por estar embarazada. Por tanto, se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad a la no discriminación por razones de sexo y al trabajo.

La discriminación basada en el sexo y la tutela reforzada de los derechos de la mujer en la Constitución

2. La Constitución, en su artículo 2.2, dispone que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. De esta disposición se desprende que se considerarán discriminatorias todas aquellas prácticas que consideren como relevantes los factores expresamente prohibidos por la Constitución. Sin embargo, como ya hemos tenido la oportunidad de precisar, la expresión “de cualquier otra índole” que se recoge en el artículo 2.2 permite que la Constitución se configure como un instrumento vivo, que considere las necesidades particulares de las sociedades y su especial evolución [cfr. STC Exp. 05157-2014-PA, fundamento 19]. De esta forma, la norma suprema permite que ciertos grupos históricamente discriminados, y que no cuenten con alguna tutela reforzada que derive de su texto, puedan ser protegidos atendiendo a su condición de vulnerabilidad.
3. De esta disposición se desprende que uno de los especiales motivos de discriminación, que originan el surgimiento de una tutela reforzada, se suele fundar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

en el sexo de las personas. Así, toda distinción, exclusión, restricción o preferencias injustificadas basadas en este criterio, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, se encuentra constitucionalmente prohibida. El reconocimiento que ha hecho el constituyente de determinadas categorías, como el sexo, la religión o la opinión política, no es casual. Obedece a contextos históricos de discriminación en contra de dichos colectivos, lo que origina que cualquier distinción que se funde en uno de estos motivos genera una presunción de inconstitucionalidad que corresponde desvirtuar a quien efectuó la práctica cuestionada.

4. Las prácticas discriminatorias basadas en el sexo, y que han tenido como principales destinatarias a las mujeres, no son de reciente data. De hecho, uno de los motivos más persistentes para el otorgamiento de tratos diferenciados ha sido, precisamente, el sexo de la persona. Así, aspectos tales como la restricción para el acceso de empleo, el no reconocimiento del derecho al voto, las “leyes de obediencia femenina” o los conocidos estereotipos que se asignan al sexo femenino han abarcado importantes espacios de nuestra historia. Sin embargo, aun en la actualidad, se pueden advertir distintas prácticas discriminatorias que son avaladas, e incluso aprobadas, por el propio aparato estatal. De este modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW, por las siglas en inglés) ha advertido, por ejemplo, que todavía persisten, en distintos códigos, los denominados “delitos contra el honor”, los cuales tienen como principales destinatarias a todas aquellas mujeres que no hubiesen desarrollado una conducta socialmente aceptable [Comité CEDAW. Observaciones finales respecto del Líbano. CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 26]. Del mismo modo, en distintos códigos penales se reduce o, incluso, extingue la responsabilidad penal cuando, en casos de violación, el perpetrador se casa con la víctima [Comité CEDAW. Recomendación General 31. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, párr. 23]. También se han cuestionado, de manera severa, los denominados “matrimonios forzosos”, los cuales, también, tienen como principales destinatarias a niñas, y que se realizan de manera habitual en distintas partes del mundo.
5. Todo este contexto ha ocasionado que, en ciertos sectores de la comunidad internacional, se advierta la necesidad de adoptar instrumentos y/o tratados para la protección especial de la mujer. Evidentemente, ello no quiere decir que la prohibición de discriminación basada en el “sexo” no pueda desplegar sus efectos también para la protección del hombre, cuando sea el caso; tan solo advierte que, en distintas ocasiones, han sido las mujeres las principales afectadas por las conductas discriminatorias, las cuales han sido practicadas y toleradas tanto por el Estado como por los particulares. De este modo, a nivel de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

Mujer. Este instrumento internacional ha precisado, en su artículo 3, que los Estados Parte

tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

6. En el ámbito interamericano, de una manera similar, se han incluido distintas obligaciones direccionadas principalmente al Estado. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”, se precisa que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Este mismo instrumento internacional, a propósito del reconocimiento de los derechos que le corresponden a la mujer, garantiza el derecho a “igualdad de protección ante la ley y de la ley” (artículo 4), lo cual implica la prohibición de cualquier trato o práctica discriminatoria. Ahora bien, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”) ha extendido sus alcances también para el ámbito privado, lo cual es indispensable para lograr que las prácticas discriminatorias cesen de manera definitiva. El pleno goce y ejercicio de los derechos de la mujer demanda no solo un accionar por parte del Estado, sino también un compromiso de respeto por parte de los privados en escenarios como, por ejemplo el laboral (por la discriminación que se presenta en los puestos de trabajo por aspectos concernientes a los embarazos, las distintas remuneraciones que se otorgan a ambos sexos, o por la sub-representación femenina en algunos puestos), el de salud (por la atención y los servicios que puedan dispensarse, por ejemplo, en las clínicas) o el educativo (discriminación contra las niñas y mujeres en centros educativos privados).
7. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante la construcción de su jurisprudencia, ha contribuido en la exigibilidad de los derechos de la mujer y en la visibilización de su situación especial de vulnerabilidad. Así, cabe rescatar sin ánimo de exhaustividad, decisiones emblemáticas como las referidas al caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) v. México, mediante el cual se analizaron las obligaciones reforzadas que poseen los Estados en la prevención de la desaparición y violencia sexual que sufren las mujeres en contextos de violencia estructural basada en el género; el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in Vitro*”) v. Costa Rica, donde abordó la autonomía reproductiva de la mujer, en el ámbito del derecho a la vida privada y destacó el impacto negativo y desproporcional de la prohibición de la fecundación *in vitro* en las mujeres; y el caso I.V. v. Bolivia, mediante el cual abordó el acceso a la justicia en situaciones de violaciones a los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

derechos sexuales y reproductivos, y estableció que las prácticas de esterilización no consentidas, involuntarias o forzadas no pueden quedar impunes. Es así, que jurisprudencialmente, la Corte IDH ha ido sentando progresivamente estándares de protección reforzada a nivel internacional en resguardo de los derechos de la mujer, incluyendo la esfera sexual y reproductiva.

8. En ese sentido, la Constitución de 1993, además de la cláusula general de no discriminación que se regula en el artículo 2.2, contiene distintas disposiciones direccionadas a tutelar de manera especial determinados derechos de la mujer. Así, el artículo 4 reconoce que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. De ello se desprende que nuestro texto constitucional otorga una tutela reforzada a las mujeres que sean madres o que estén por serlo, como ocurre particularmente en el caso de las mujeres gestantes. Evidentemente, la especial tutela que se brinda a nivel constitucional tiene estrecha conexión con la vulnerabilidad física y psíquica que se presenta a lo largo del embarazo, la cual expone a la mujer a distintos riesgos. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo,

[e]l embarazo, el parto y el puerperio constituyen tres fases en la vida reproductiva de una mujer en las que existen riesgos específicos para la salud, susceptibles de necesitar medidas de protección especiales en el lugar de trabajo. Reconocer y abordar los peligros puede reducir en gran medida los riesgos específicos para la salud, mejorar la probabilidad de un resultado satisfactorio del embarazo y establecer una base para el desarrollo saludable [de la criatura] [Organización Internacional del Trabajo. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo, pág. 4]

9. La situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres es aún más latente cuando confluyen, en ellas, otras condiciones. En esa línea, la Convención de Belem do Pará, en su artículo 9, dispone que

los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

10. En estos supuestos, en los que concurren en una sola persona distintas condiciones de vulnerabilidad, opera lo que se ha denominado discriminación múltiple. Evidentemente, en estos supuestos el deber de adoptar medidas de protección se torna prioritario, pues la persona afectada se encuentra frente a una latente vulneración de sus derechos fundamentales en caso de que las mismas no se implementen. Uno de los escenarios en los que esta forma de discriminación se presenta se da en el caso de las mujeres embarazadas o de aquellas que, de manera reciente, han sido madres,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

sobre todo en lo que se relaciona con la permanencia en su centro de trabajo. De esta manera, la cláusula de prohibición de discriminación en razón del sexo de la persona se activa, especialmente, en los casos relacionados con mujeres embarazadas, esto es, las personas que potencialmente serán madres, o aquellas que se encuentren en período de lactancia. En estos supuestos la discriminación en función del sexo se presenta porque las medidas restrictivas obedecen a situaciones que se presentan exclusivamente en el caso de las mujeres. Como ha precisado este Tribunal en un pronunciamiento anterior, al analizar el caso de las cadetes embarazadas y la inconstitucionalidad de los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010- DE/SG, “[estas disposiciones] establecen un trato diferente y perjudicial en función al sexo y a circunstancias que tienen una relación inequívoca con el género femenino, como es el estado de gestación (discriminación *directa*)” [STC Exp. 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.1].

11. Sin embargo, esta tutela reforzada también se fundamenta en la protección del *nasciturus*. Al respecto, el Tribunal nota que, por ejemplo, cuando una madre gestante o en período de lactancia es separada de su centro de labores, ello no solo le impide obtener los recursos económicos propios de una remuneración, sino que, además, se le priva de la posibilidad de utilizar los seguros que brindan los empleadores, así como cualquier otro beneficio que pueda obtenerse en un centro de trabajo, lo cual tiene una incidencia potencial en la salud del concebido o del hijo recién nacido. De esta forma, existe una tutela reforzada, la cual se funda en la especial situación de la madre y la necesidad de tutelar los derechos del menor. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “la importancia que tiene el trabajo remunerado en la vida de la mayoría de los adultos en la sociedad hace que la intersección entre la maternidad y el trabajo sea un elemento central particularmente decisivo en los esfuerzos por conseguir mejoras tanto de salud como de igualdad” [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página V].
12. De hecho, la privación de la remuneración para la madre gestante tiene un efecto bastante perjudicial tanto para ella como para su familia, ya que ella dejaría de percibir una importante cuota de ingresos. Debe tomarse en cuenta, además, que el futuro nacimiento del concebido genera gastos económicos adicionales dentro de su entorno familiar, lo cual puede afectar tanto en la salud como en el desarrollo del menor, por lo que se requiere que, tanto la sociedad como el Estado, presten una particular atención al caso de las trabajadoras gestantes.

La igualdad de oportunidades en materia laboral de las mujeres embarazadas

13. Una especial situación se presenta en el caso de las mujeres embarazadas en los centros de trabajo, ya que es el escenario en el que se advierten los mayores casos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

discriminación en contra de estas personas. Esto obedece a que, por lo general, los empleadores no desean que se vea mermada la productividad del centro de labores al mantener un vínculo laboral con una persona que, por su especial situación, requerirá de atenciones médicas periódicas y un tiempo considerable para dedicarlo a su hijo recién nacido.

14. En esta clase de casos, se compromete el derecho de la mujer a contar con las mismas oportunidades en el trato durante el empleo, ya que, por la especial condición que acarrea tanto el embarazo como el cuidado de los niños, se ve expuesta a tratamientos discriminatorios que la colocan en una posición distinta a la del hombre. Al respecto, este Tribunal ha precisado 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 [STC Exp. 05652-2007-PA/TC, fundamento 35]”.
15. Ahora bien, esta cláusula genérica de prohibición de discriminación se ve comprometida en distintos escenarios cuando se trata de mujeres embarazadas. En el ámbito de la justicia a nivel comunitario, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido distintos casos en los que puede existir una discriminación en razón del sexo durante el embarazo: i) extinción de relaciones laborales por ausencias debidas a una discapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo [STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown]; ii) prohibición de contratación originada por el estado de gestación [STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker]; iii) la no renovación de contrato relacionada con el embarazo de la reclamante [STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar]; o incluso cuando, por ejemplo, se impedía ejercer determinados trabajos, como empleos nocturnos [STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann].
16. Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado la necesidad de adoptar una política estatal integral para garantizar los derechos laborales de las mujeres durante el embarazo. En tal sentido ha rescatado que es de vital importancia implementar medidas como “[...] la garantía de un mínimo de catorce semanas de licencia de maternidad pagada en los términos comprendidos en el Convenio 183 de la OIT; protecciones contra el despido y otro maltrato laboral durante el embarazo; la adopción de leyes orientadas al periodo de lactancia; y la adopción de licencias de paternidad y parentales”. [CIDH. Informe temático: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, 2011. F. 169].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

17. De tal modo, este Tribunal advierte que son múltiples las formas en las que se pueden efectuar distintos tratos discriminatorios en contra de las mujeres embarazadas o aquellas que hubiesen sido recientemente madres en lo que respecta al acceso, al despido o la falta de renovación de contratos temporales. Es importante que este Tribunal haga recordar que los constantes despidos o falta de renovación de los contratos temporales de trabajo a las mujeres gestantes generan distintas consecuencias a nivel personal y social. En el plano personal, pueden conducir a algunas mujeres, en situaciones complejas —que se vinculen con problemas personales, económicos o incluso de salud— a interrumpir su embarazo a fin de permanecer en su puesto de trabajo. A nivel social, incentiva a que las parejas decidan no tener hijos, con todas las consecuencias que ello puede generar a nivel poblacional. Por último, insensibiliza a la comunidad, pues invisibiliza los grandes obstáculos que la mujer puede atravesar durante el embarazo y que deberían ser objeto de medidas especiales de protección por parte del Estado.
18. El Tribunal, además, no puede dejar de advertir otro escenario que suele presentarse como perjudicial para la mujer, y que se relaciona con las dificultades que ella afronta para acceder a un empleo cuando cuenta con hijos de temprana edad. Del mismo modo, un caso que ha empezado a cobrar importancia a nivel internacional tiene que ver con el caso del padre que, frente al fallecimiento de la madre, asume el cuidado del menor, ya que, en algunos países, frente a este supuesto, el padre toma el resto de la “licencia de maternidad” al ser él quien asume la custodia completa del menor [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 74].
19. Estos casos de discriminación, de difícil probanza, también se erigen como uno de los problemas principales respecto del acceso al empleo para las mujeres, y que, consecuentemente, se presentan como un elemento más que acredita las desventajas que ellas deben afrontar en la sociedad, lo cual no hace sino reforzar la idea que la Constitución les ha dispensado una tutela especial en el ordenamiento jurídico por los distintos problemas que atraviesan.

Consideraciones a propósito de la contratación laboral temporal de las mujeres embarazadas

20. La tutela reforzada que se brinda a las mujeres gestantes en el ámbito laboral tiene distintas manifestaciones, las cuales han sido objeto de desarrollo en el derecho comparado. En el caso colombiano, por ejemplo, la regulación de las distintas formas de contratación y la permanencia en el empleo de las mujeres gestantes tiene como pilar fundamental salvaguardar “la garantía de la permanencia en el empleo consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política” [Corte Constitucional de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

Colombia. Sentencia T-222/17]. Esto genera que los distintos regímenes de contratación, independientemente de su naturaleza, se vean impedidos de adoptar medidas que supongan la separación injustificada de las mujeres embarazadas de sus centros de trabajo. En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha otorgado una especial protección incluso a las trabajadoras gestantes que fuesen de libre nombramiento por parte de autoridades estatales [Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. SCP 1417/2012 FJ. III.2.], lo cual genera que, en el lapso de un año, no las puedan separar de la entidad en la que se encuentran laborando. Un caso especial se advierte en Chile, país en el que, como ha resaltado su Tribunal Constitucional, las mujeres gestantes gozan, por un año, de lo que se conoce como el “fuero laboral”, esto implica que, durante ese lapso, solo podrán ser separadas de su puesto de trabajo luego de que la decisión del empleador sea avalada por el juez. Este fuero se extiende, incluso, hasta un año después de expirado el descanso de maternidad [Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 24 de diciembre de 2015, considerando cuarto].

21. Del mismo modo, la Unión Europea ha adoptado distintas disposiciones de derecho comunitario dirigidos a una protección reforzada de los derechos laborales de las mujeres gestantes. Así, por ejemplo, en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de Europa de 19 de octubre de 1992, se ha dispuesto, en el artículo 10, que los Estados miembros “tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...] En el mismo artículo se precisa, en el segundo párrafo, que cuando se despidiera a una trabajadora que se encuentre en el periodo detallado, “el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también se ha referido al caso particular de la renovación de los contratos temporales de las mujeres gestantes, y ha precisado que “en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207” [Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-438/99, María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de Los Barrios, fundamento 46]
22. En consecuencia, se advierte que, a nivel del derecho comparado, comunitario e internacional existe un importante nivel de consenso respecto de la necesidad de tutelar de manera especial y reforzada los derechos de la mujer en estado de gestación, particularmente en el contexto de las relaciones de trabajo. Evidentemente, las regulaciones legales que se adopten para esta especial protección diferirán en cada ordenamiento jurídico. Lo que se encuentra dentro del ámbito de lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

constitucionalmente prohibido es la ausencia de garantías en favor de la mujer que se encuentre en esta condición. En el caso peruano, existe distinta normatividad que protege a las mujeres embarazadas dependiendo del régimen laboral en el que se trabaja.

23. Sin embargo, un escenario bastante debatible se presenta a propósito de las trabajadoras sujetas al régimen previsto en el Decreto Legislativo 1057, esto es, de las trabajadoras que laboran bajo el contrato administrativo de servicios (CAS). Al respecto, este Tribunal ha considerado este régimen como de naturaleza laboral y compatible con la Constitución [cfr. STC Exp. 0002-2010-PI/TC; 00035-2009-PI/TC]. Ahora bien, aun así, este contrato, por sus características, ha expuesto a las mujeres gestantes y a las que se encuentran en período de lactancia, a múltiples inconvenientes relacionados con la no renovación del contrato de trabajo. Es importante recordar, por lo demás, que la discusión en torno a la renovación, específicamente, de los contratos administrativos de servicios a favor de las mujeres gestantes había sido también analizada por la Defensoría del Pueblo, órgano que interpretó que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, debería brindárseles una tutela particular [cfr. Defensoría del Pueblo. Nota de Prensa N° 090/OCII/DP/2017, de 30 de marzo de 2017].
24. Asimismo, este Tribunal debe mencionar que de manera reciente se ha emitido la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres, publicada en el diario oficial *El Peruano* 27 de diciembre de 2017, en el que, en su artículo 6 ha establecido que “[q]ueda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”. No obstante, se advierte que dicha normativa no es suficiente para otorgar una tutela adecuada a las mujeres gestantes o en periodo de lactancia; y, porque en su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018-TR, se precisa que está dirigida al régimen laboral de la actividad privada del sector privado, dejando de lado a las trabajadoras dependientes del Estado.
25. En ese sentido, es importante que este Tribunal precise que, en los casos de no renovación del contrato de trabajo, no se presente alguna situación que comprometa la cláusula de prohibición del despido. Y es que, en estos supuestos, no ha existido propiamente un “despido”, ya que lo que ha operado, en realidad, ha sido el vencimiento del vínculo contractual por el vencimiento del plazo consignado en el contrato de trabajo, lo cual es un supuesto válido para la extinción de la relación laboral en los contratos temporales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no pueden avalar que la decisión de no renovación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

del contrato pueda obedecer, sin más, a la condición de gestante o de madre de la trabajadora. La prohibición de discriminación en función del sexo, aunado a la necesidad de tutela reforzada que requiere la persona que está por ser madre, obligan a considerar que, en estos supuestos, el empleador no puede adoptar decisiones o políticas de dirección en el centro laboral que sean ajenas a criterios de razonabilidad.

26. Por ello, con el fin de otorgar una especial tutela a la madre gestante o la que ha sido recientemente madre, las autoridades jurisdiccionales deberán valorar los siguientes aspectos: i) el plazo durante el cual se activa la garantía de la prohibición de no renovación del contrato; ii) los supuestos en los cuales es posible que el empleador pueda separar a una mujer en estado de gestación; y, iii) las medidas que deben adoptarse en el supuesto que, pese a la prohibición reconocida en la norma, opere la separación de la trabajadora gestante.
- i) En relación con el primer punto, las autoridades jurisdiccionales, deben tomar en cuenta el estado de gestación y el período de lactancia de la mujer embarazada, aun en el caso de los contratos temporales de trabajo. En ese sentido, se debe considerar que la especial protección que se dispensa a propósito de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no debería comprender, en estricto, solo a la trabajadora que se encuentra embarazada, sino también a aquella que se encuentre en periodo de lactancia, de conformidad con lo que establecen las disposiciones legales respectivas y los convenios internacionales ratificados por el Estado peruano. En ese sentido, el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano, dispone en su artículo 8 que “[s]e prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional”.
- ii) En lo que respecta al segundo punto, relativo a la posible regulación de los casos en los que el empleador se encuentra facultado para extinguir la relación laboral, este Tribunal exhorta al legislador a regular supuestos en los que esta posibilidad sea válida. Evidentemente, la condición del embarazo no impide al empleador que, frente a una falta grave (y previo ejercicio del derecho de defensa) pueda separar a la trabajadora en estado de gestación o con período de lactancia, lo cual deberá estar motivado y corroborado por escrito. Ello, por lo demás, se condice con el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT al que se ha hecho referencia, pues este instrumento internacional, al momento de hacer referencia a la prohibición de separar a una madre gestante de su centro de labores, precisa que esta tutela se brinda “excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”. Esta organización internacional también ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

precisado que “la protección contra el despido no sería tan eficaz si el trabajador afectado tuviera que probar que las razones tenían que ver con la maternidad o la condición de padre, sobre todo tratándose de la discriminación indirecta, dado que a los trabajadores les podría resultar muy difícil obtener pruebas” [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 76]. De hecho, como se precisa en ese informe, esta separación solo puede operar previa autorización administrativa o judicial, alternativa que podría evaluar, en una posterior regulación, el Congreso de la República.

De esta manera, es recomendable que, sobre este punto, la normatividad precise de manera clara en qué supuestos se podrá extinguir o no renovar una relación laboral durante el embarazo o el periodo de lactancia. Lo que no permite una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución es que, durante el desarrollo del embarazo, el empleador fundamente la no renovación del contrato en criterios meramente mercantilistas, y que asocian a las madres gestantes o en período de lactancia como una persona que puede ser, según su criterio, improductiva. Evidentemente, en caso concurra alguna causal válida de extinción o no renovación del contrato de trabajo temporal, se encontrará autorizado para culminar la relación laboral. **En ese sentido, la separación de una mujer gestante de su puesto de trabajo, o su no renovación contractual, deben relacionarse con motivos vinculado con la comisión de una falta grave comprobada de la trabajadora o porque la necesidad que motivo la temporalidad realmente haya desaparecido.** En este último supuesto, la empresa o la entidad estatal deben acreditar documentalmente la concurrencia de esta situación.

Ahora bien, el legislador y el Poder Ejecutivo podrían evaluar, además, la posibilidad que el despido o la no renovación del contrato de trabajo temporal pueda operar previa autorización judicial o de alguna autoridad administrativa, dada la naturaleza especial del caso y por los bienes y derechos que se encuentran en juego.

- iii) Finalmente, el Tribunal exhorta al legislador a regular las consecuencias que se adoptarán en el supuesto que se despida a trabajadoras permanentes o no se renueve el contrato a una trabajadora sujeta a regímenes de contratación temporal por motivo de encontrarse embarazada o en periodo de lactancia; es decir, que se establezca las sanciones que acarrearían ese tipo de despido o no renovación de contrato temporal. Ello independientemente de si, para los casos en trámite, la trabajadora decida recurrir a la vía ordinaria para reclamar la reparación económica o la reposición laboral que corresponda según el régimen laboral. Por lo demás, en estos casos debe evaluarse, por parte del Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, la forma en que operará la protección reforzada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

Análisis del caso concreto

27. Del estudio de los actuados, se aprecian los contratos administrativos de servicios suscritos por la demandante (folios 1 a 4 y 6), así como sus boletas de pago (folios 7 a 12) y la constancia de prestación de servicios (folio 17), con lo cual queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado.
28. Ahora bien, la demandante señala que la no renovación de su CAS responde a que, previamente, había comunicado a su empleador su estado de gestación. Sobre el particular, este Tribunal ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo constituyen, indubitablemente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2, del artículo 2 de la Constitución.
29. Al respecto, la actora señala en su demanda que en marzo de 2015 informó a su empleador sobre su estado de gestación (folio 26). Además, de autos se advierte un correo de mayo de 2015 en el que la demandante solicita “permiso por control médico” para hacerse un chequeo por motivo de su embarazo, por lo que la parte demandada no puede argüir haber desconocido del estado de gestación de la recurrente.
30. En consecuencia, la entidad demandada no ha podido demostrar que la no renovación del contrato de la demandante, quien estaba embarazada cuando sucedieron los hechos, haya obedecido a causa diferente de su estado de gestación, pues tuvo conocimiento de esto. En este sentido, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo.

Efectos de la sentencia

31. Ahora bien, como se ha dicho, existe una obligación del empleador de renovar el contrato temporal de trabajo de las madres gestantes o en período de lactancia, salvo que concurra alguna causa relacionada con la comisión de una falta grave comprobada o que la necesidad que motivo la temporalidad haya fenecido; no obstante, en el presente caso, se advierte que no es posible ordenar una eventual recontractación de la demandante.
32. A la fecha, es evidente que la demandante ya no se encuentra en estado de gestación ni en periodo de lactancia, por lo que, no podría exigirse que la entidad emplazada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

renueve el contrato por la razón de embarazo. Por ello, la discriminación de la cual fue objeto la actora ha devenido en irreparable.

33. Sin embargo, en aplicación del artículo 1, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional, en vista de la magnitud del agravio producido, consistente en un despido discriminatorio por razón del sexo, considero que la demanda debe estimarse a fin de que, a futuro, la emplazada no vuelva a repetir su comportamiento violatorio de los derechos laborales de mujer en estado de gestación.
34. En tal sentido, dada la irreparabilidad del derecho advertida, corresponde que la actora cobre solamente una indemnización. De ahí que, los autos deben ser remitidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite el pago de indemnización del artículo 10, *in fine*, del Decreto Legislativo 1057. En consecuencia, el a-quo debe remitir, de inmediato, los autos al juez competente para que prosiga con su trámite y la actora adecúe su demanda si lo considera conveniente.

Por los fundamentos expuestos, mi voto es porque se estime la demanda de amparo, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, por haberse acreditado un despido discriminatorio por razón del sexo y que se disponga que actos como los que dieron origen a este amparo no se vuelvan a repetir. **IMPROCEDENTE** la demanda en cuanto se pide la reincorporación de la actora y **ORDENAR** al juez de origen que **remita**, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que la demandante solicite el cobro de la indemnización que corresponda, de conformidad con el artículo 10, *in fine*, del Decreto Legislativo 1057.

S.

LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

1. En el presente caso, la demanda tiene por objeto que se ordene la renovación del contrato de la demandante en el cargo de gestora de orientación en la división de Servicios al Contribuyente de la Intendencia Regional de Lambayeque que venía desempeñando. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad, a la no discriminación por razones de sexo, y al trabajo.
2. La recurrente refiere que prestó servicios desde el 17 de marzo de 2014 hasta el 30 de junio de 2016 en virtud de contratos administrativos de servicios (CAS). Manifiesta que en el mes de marzo de 2015 recibió la noticia de que se encontraba embarazada, por lo que en marzo de 2015 comunicó a su empleador su estado gestacional; sin embargo, al término de su contrato CAS del periodo del 1 de enero a junio de 2015 le comunicaron que su contrato no sería prorrogado, por lo que considera que se le marginó solo por estar embarazada.
3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que, en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00002-2010-PI/TC y N.º 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución recaída en el Expediente N.º 00002-2010-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo) no le resulta aplicable al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización), toda vez que ello desnaturaliza la esencia del contrato administrativo de servicios que se suscribe a plazo determinado y no a plazo indeterminado lo cual es plenamente compatible con el artículo 27 de la Constitución.
4. En efecto, de los contratos administrativos de servicios (folios 1 a 4 y 6), las boletas de pago (folios 7 a 12) y la constancia de prestación de servicios (folio 17) queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado que culminó al vencerse el plazo de duración establecido por las partes, esto es, el 30 de junio del 2015.
5. En el presente caso, queda acreditado que la demandante no ha sido despedida arbitrariamente si no que mantuvo una relación laboral a plazo determinado, que culminó al vencer el plazo de su último contrato administrativo de servicios. Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral del demandante se produjo en forma automática conforme lo señala el literal h) del numeral 73.7 del Decreto Supremo No. 075-2008-PCM.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

6. No obstante, lo dicho, la demandante señala que la no renovación de su CAS responde a que, previamente, había comunicado a su empleador su estado de gestación. Al respecto, si bien la actora señala en su demanda que en marzo de 2015 informó a su empleador sobre su estado de gestación (folio 26) no acredita dicha afirmación, sino que, de autos solo se advierte un correo de mayo de 2015 en el que la demandante solicita “permiso por control médico” para hacerse un chequeo por motivo de su embarazo. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, según el documento de fojas 82 (vuelta) y según lo dicho por la propia actora, la última renovación del contrato administrativo de servicios que suscribieron las partes empezó a regir en enero de 2015 y tenía como fecha de término el 30 de junio de ese mismo año (folio 25), es decir que muchos meses antes de que la demandada tuviera algún conocimiento del estado de gestación de la demandante, ambas partes habían pactado como fecha de vencimiento del último contrato el 30 de junio de 2015. Por tanto, no se ha comprobado que el cese de la recurrente se haya debido a una decisión arbitraria que haya tenido como motivo su estado de gravidez, y no al vencimiento del contrato administrativo de servicios.
7. En consecuencia, al no acreditarse la vulneración de los derechos alegados por la demandante y considerando que la emplazada no se encuentra obligada a renovar indefinidamente los contratos administrativos de servicios, pues ello significaría una restricción a su potestad empleadora, corresponde desestimar la presente demanda.

Por estas consideraciones, nuestro voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda autos.

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

debe ser entendido como la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04795-2017-PA/TC
LAMBAYEQUE
GLORIA NATALIA GONZALEZ
VÁSQUEZ

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

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

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

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

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

Tampoco cambia las cosas el pretender justificar el cumplimiento de deberes estatales establecidos en el artículo 23 de la Constitución con interpretaciones de esta naturaleza. En la perspectiva constitucional, el Estado debe fomentar el empleo productivo.

Esta obligación no se suprime en una emergencia sanitaria. Las medidas para hacerle frente a una emergencia sanitaria deben ser idóneas, razonables y proporcionales. No puede suprimirse el derecho al trabajo de las personas si no es estrictamente necesario hacerlo.

De otro lado, desde que la sentencia realiza el análisis de procedencia de la demanda en virtud del precedente Elgo Ríos (Expediente 02383-2013-PA/TC), me remito al voto singular que suscribí entonces.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse IMPROCEDENTE respecto de todos los extrabajadores, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA