



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	2

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de octubre de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en mayoría de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, y el voto dirimente de la magistrada Ledesma Narváez, llamada a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Sardón de Taboada

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Betty Yahaira Carbajal Burga contra la resolución de fojas 48, de fecha 12 de junio de 2013, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2012, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Lambayeque, con el objeto de que se le permita hacer uso de su derecho al descanso por maternidad con goce de remuneraciones por tres meses y se le abonen los costos del proceso.

El Quinto Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 18 de diciembre de 2012, declaró improcedente la demanda, argumentando que no se trata de la afectación al contenido esencial de un derecho constitucionalmente reconocido y que por lo tanto, existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho supuestamente vulnerado.

La Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirmó la apelada por similar fundamento.

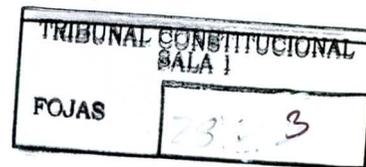
FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, la demandante invoca el derecho a gozar de licencia por maternidad y a no ser objeto de discriminación laboral alegando que dicho beneficio no le fue otorgado pese a que cursó la solicitud de fecha 10 de octubre de 2012 (f. 13), mediante la cual hizo de conocimiento del demandado su estado de gestación, y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

la solicitud del 6 de noviembre de 2012 (f. 19), en la que pidió licencia por maternidad a la jefa de la Oficina de Desarrollo Humano.

Consideraciones procesales previas

2. La demanda de autos ha sido rechazada liminarmente tanto en primera como en segunda instancia o grado, argumentándose que toda vez que se pretende la tutela de un derecho de rango legal existe otra vía igualmente satisfactoria para ventilar la pretensión de la recurrente, conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.
3. Si bien de conformidad con lo dispuesto por dicha disposición, la demanda de amparo no procede cuando existan vías específicas igualmente satisfactorias, ello no implica que toda pretensión planteada en el proceso de amparo resulte improcedente, siempre que haya a disposición del justiciable una vía ordinaria a la que acudir.
4. Desde una perspectiva general, bien sabido es que para la protección de derechos constitucionales las vías ordinarias siempre han de proveer vías procesales tuitivas, de modo que una aplicación general de tal causal de improcedencia terminaría por excluir toda posibilidad de tutela a través del proceso constitucional de amparo.
5. Sin embargo, tal no es una interpretación constitucionalmente adecuada de la citada disposición, en especial, cuando ha de interpretársela desde el sentido que le irradia el artículo 200, inciso 2 de la Constitución y, además, desde la naturaleza del proceso de amparo, en tanto vía de tutela urgente.
6. Desde tal perspectiva, en la interpretación de la referida disposición debe examinarse si, aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria.
7. La Constitución en su artículo 4 impone a la comunidad y al Estado un deber de especial protección de la madre y de la familia, y el artículo 23 reproduce esta previsión aplicándola al ámbito específico de las relaciones laborales. Dicho principio ha sido desarrollado por la Ley N.º 26644 en cuanto regula las condiciones y requisitos para que las trabajadoras gestantes gocen del derecho al descanso pre-y postnatal.
8. La demandante invoca este deber especial de protección, siendo que, además, el descanso pre-y postnatal constituye un contenido de relevancia iusfundamental



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

(como se explicará más adelante), por lo que la pretensión demandada tiene clara raigambre constitucional, sin mencionar que el estado de gestación de la recurrente pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida. En este mismo sentido, incluso, el Tribunal Constitucional ya tiene resuelto, en la STC recaída en Exp. N° 00303-2012-AA/TC, que

Una trabajadora embarazada, en tanto titular de una especial protección constitucional, tiene habilitada la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de los mencionados descansos pues, dada su situación de preñez, el Estado se encuentra en la ineludible necesidad de adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus intereses, así como los del niño que está por nacer (fundamento jurídico 9).

Es evidente, entonces, que lo dispuesto en las instancias judiciales previas resulta irrazonable.

9. Los órganos judiciales que intervinieron en el presente caso no han tenido en cuenta que el rechazo liminar es una opción procesal a la que sólo cabe acudir cuando no existe ningún margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia, lo que, conforme ha sido expuesto, no acontece en autos.
10. De otra parte, corresponde tener presente que el nacimiento de la hija de la recurrente se produjo con fecha 7 de noviembre de 2012; y por ende, a la fecha, se ha producido la sustracción de la materia por haberse tornado irreparable la agresión; sin embargo, toda vez que la demanda fue interpuesta antes del vencimiento del plazo de la licencia solicitada, es posible emitir un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.
11. Este Tribunal, en la STC N.º 4530-2008-HD/TC, ya ha tenido oportunidad de señalar que la declaración de improcedencia por sustracción de la materia no opera automáticamente en todos los casos en los que se advierta que existe irreparabilidad.
12. En dicho caso, con cita de lo resuelto previamente en la STC N.º 00603-2004-AA/TC, se sostuvo que

[...] el Código [Procesal Constitucional] ha previsto de forma expresa que no en todos los supuestos en que el acto lesivo cesó o devino en irreparable luego de presentada la demanda corresponde declarar su improcedencia. En este sentido, ha establecido la potestad de la autoridad jurisdiccional para que, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, pueda emitir un pronunciamiento estimatorio sobre el fondo de la controversia. Esta facultad tiene por objetivo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	5

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

evitar que actos similares puedan reiterarse en el futuro. Se trata, por lo tanto, de una opción legislativa acorde con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece como una de las finalidades de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, lo que también se obtiene a través de una tutela procesal preventiva. Cuando se declara fundada una demanda de este tipo no se hace con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales (lo cual es imposible), sino con el propósito de evitar que las mismas conductas se vuelvan a repetir (fundamento jurídico 16).

13. Atendiendo a lo expuesto, entonces, corresponderá ahora determinar si se produjo una vulneración de los derechos invocados que exija un pronunciamiento estimatorio.

El derecho a especial protección de la madre trabajadora

14. La demandante invoca en su escrito un *derecho a gozar de licencia por maternidad* que en realidad no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de fundamentalidad.
15. En primer lugar, es necesario mencionar que la licencia por maternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia.
16. Efectivamente, nuestra Constitución reconoce el *derecho a la salud*, que comprende la dimensión reproductiva¹ así como la «salud (...) del medio familiar» (artículo 7); asimismo, el Tribunal ha precisado que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución².
17. Asimismo, como ya se ha puesto de relieve, el artículo 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado *protegen especialmente al niño a la madre y a la familia*³. Incluso más, la Norma Fundamental dispone la promoción de la *paternidad y maternidad responsables* (artículo 6⁴), así como el deber del Estado de

¹ STC N.º 00008-2012-AI/TC, f. j. 85.

² STC N.º 02005-2009-AA/TC, f. j. 6, STC Exp. 01151-2010-AA/TC, f. j. 6, STC N.º 05527-2008-HC/TC, f. j. 21.

³ “Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano (...) También protegen a la familia (...)”.

⁴ “Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	61

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

brindar *atención prioritaria al trabajo*, y de manera específica, *protección especial a la madre que trabaja* (artículo 23⁵). En similar sentido, el artículo 24.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por las Naciones Unidas y ratificada por el Perú) establece que los estados parte deben «Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres».

18. Ahora bien, la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, pero en todo caso, es claro que el legislador, considerando la existencia de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.

19. Con lo anotado, es claro que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional⁶, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre- y postnatal así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia. La titularidad de este derecho no corresponde a la mujer en cuanto tal, sino solo en la medida que haya concebido, y resulta exigible precisamente desde ese momento.

20. De esta forma, la licencia por maternidad (pre- y postnatal), cuya amplitud y condiciones fueron desarrolladas por la Ley N.º 26644 como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la que se hiciera referencia, constituye un mecanismo tendiente a asegurar la viabilidad del embarazo, así como la salud de la madre y de la persona por nacer; y, con posterioridad al nacimiento, está destinada a favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio fisiológico normal.

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

maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (...)"

⁵ "Artículo 23.- 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. (...)"

⁶ Cfr. STC N° 04749-2009-AA/TC, f. j. 22 y ss.



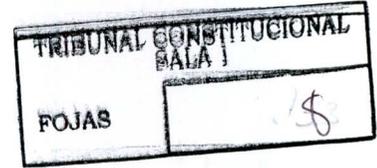
EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

Análisis del presente caso

22. En el caso de autos, se encuentra debidamente acreditado que la recurrente se encontraba gestando, tal como lo señala su solicitud de fecha 10 de octubre de 2012 (f. 13), en la que adjunta la tarjeta de control prenatal (f. 15) y el informe de ecografía (ff. 16 a 18); asimismo, solicitó el 6 de noviembre 2012 su descanso por maternidad.
23. Mediante el Oficio 1272-2014-GR.LAMB/ORAD, el Gobierno Regional demandado reconoce que no se concedió dicha licencia, e informa que ello se debió a que la trabajadora había sido «repuesta provisionalmente por mandato judicial (medida cautelar) en el cargo y condición laboral que era de contratada por servicios no personales».
24. Fluye del «Acta de reposición provisional por mandato judicial (Acción de amparo)» (f. 12) que el 19 de julio de 2012 se reunieron funcionarios representantes del Gobierno Regional de Lambayeque con la demandante «con el propósito de dar cumplimiento a la Resolución Número Uno[...] que ordena[...] la reposición provisional de Doña Betty Yahaira Carbajal Burga en las labores que venía realizando a la fecha que se produjo el despido».
25. En consecuencia, queda establecido que, al momento de presentar su solicitud de descanso por maternidad, la demandante no tenía la calidad de locadora de servicios sino que había sido reincorporada a sus labores.
26. A criterio del Tribunal, el descanso por maternidad es un derecho que les asiste a todas las mujeres trabajadoras independientemente de su régimen y condición laboral, por lo que su rechazo en el presente caso resulta arbitrario.
27. Dada la importancia del descanso por maternidad para las madres trabajadoras como concreción de la especial protección de la que son objeto, y atendiendo a que, en situaciones similares, otras trabajadoras podrían sufrir un tratamiento arbitrario de esta índole, esta Sala considera se debe declarar fundada la presente demanda y ordenar que la emplazada no vuelva a incurrir en actitudes de este tipo.
28. Las trabajadoras gestantes, bajo ningún concepto, pueden ser compelidas a renunciar al descanso por maternidad y sus requerimientos; en tal sentido deben ser atendidas con prontitud.
29. Finalmente, corresponde ordenar que la emplazada asuma el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56° del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
[Handwritten signature]

Lo que certifico:

.....
OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	9

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES
Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

Con pleno respeto por la opinión de nuestro colega, emitimos el presente voto, el cual se sustenta en las consideraciones siguientes:

1. En el presente caso, la demandante invoca el derecho a gozar de licencia por maternidad y a no ser objeto de discriminación laboral alegando que dicho beneficio no le fue otorgado pese a que cursó la solicitud de fecha 10 de octubre de 2012 (f. 13), mediante la que hizo de conocimiento del demandado su estado de gestación, y la solicitud del 6 de noviembre de 2012 (f. 19), en la que solicitó licencia por maternidad a la jefa de la Oficina de Desarrollo Humano.
2. La demanda de autos ha sido rechazada liminarmente tanto en primera como en segunda instancia o grado, argumentándose que toda vez que se pretende la tutela de un derecho de rango legal existe otra vía igualmente satisfactoria para ventilar la pretensión de la recurrente, conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.
3. Si bien de conformidad con lo dispuesto por dicha disposición, la demanda de amparo no procede cuando existan vías específicas igualmente satisfactorias, ello no implica que toda pretensión planteada en el proceso de amparo resulte improcedente, siempre que haya a disposición del justiciable una vía ordinaria a la que acudir.
4. Desde una perspectiva general, bien sabido es que para la protección de derechos constitucionales las vías ordinarias siempre han de proveer vías procesales tuitivas, de modo que una aplicación general de tal causal de improcedencia terminaría por excluir toda posibilidad de tutela a través del proceso constitucional de amparo.
5. Sin embargo, tal no es una interpretación constitucionalmente adecuada de la citada disposición, en especial, cuando ha de interpretársela desde el sentido que le irradia el artículo 200, inciso 2 de la Constitución y, además, desde la naturaleza del proceso de amparo, en tanto vía de tutela urgente.
6. Desde tal perspectiva, en la interpretación de la referida disposición debe examinarse si, aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, la resolución de la pretensión planteada exige, en virtud de las circunstancias del caso, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	10

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

7. La Constitución en su artículo 4 impone a la comunidad y al Estado un deber de especial protección de la madre y de la familia, y el artículo 23 reproduce esta previsión aplicándola al ámbito específico de las relaciones laborales. Dicho principio ha sido desarrollado por la Ley N.º 26644 en cuanto regula las condiciones y requisitos para que las trabajadoras gestantes gocen del derecho al descanso pre-y postnatal.
8. La demandante invoca este deber especial de protección, siendo que, además, el descanso pre-y postnatal constituye un contenido de relevancia iusfundamental (como se explicará más adelante), por lo que la pretensión demandada tiene clara raigambre constitucional, sin mencionar que el estado de gestación de la recurrente pone de manifiesto la urgencia de la tutela jurisdiccional requerida. En este mismo sentido, incluso, el Tribunal Constitucional ya tiene resuelto, en la STC recaída en Exp. N° 00303-2012-AA/TC, que

Una trabajadora embarazada, en tanto titular de una especial protección constitucional, tiene habilitada la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de los mencionados descansos pues, dada su situación de preñez, el Estado se encuentra en la ineludible necesidad de adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus intereses, así como los del niño que está por nacer (fundamento jurídico 9).

Es evidente, entonces, que lo dispuesto en las instancias judiciales previas resulta irrazonable.

9. Los órganos judiciales que intervinieron en el presente caso no han tenido en cuenta que el rechazo liminar es una opción procesal a la que sólo cabe acudir cuando no existe ningún margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia, lo que, conforme ha sido expuesto, no acontece en autos.
10. De otra parte, corresponde tener presente que el nacimiento de la hija de la recurrente se produjo con fecha 7 de noviembre de 2012; y por ende, a la fecha, se ha producido la sustracción de la materia por haberse tornado irreparable la agresión; sin embargo, toda vez que la demanda fue interpuesta antes del vencimiento del plazo de la licencia solicitada, es posible emitir un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.
11. Este Tribunal, en la STC N.º 4530-2008-HD/TC, ya ha tenido oportunidad de señalar que la declaración de improcedencia por sustracción de la materia no opera automáticamente en todos los casos en los que se advierta que existe irreparabilidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	123

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

12. En dicho caso, con cita de lo resuelto previamente en la STC N.° 00603-2004-AA/TC, se sostuvo que



[...] el Código [Procesal Constitucional] ha previsto de forma expresa que no en todos los supuestos en que el acto lesivo cesó o devino en irreparable luego de presentada la demanda corresponde declarar su improcedencia. En este sentido, ha establecido la potestad de la autoridad jurisdiccional para que, atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, pueda emitir un pronunciamiento estimatorio sobre el fondo de la controversia. Esta facultad tiene por objetivo evitar que actos similares puedan reiterarse en el futuro. Se trata, por lo tanto, de una opción legislativa acorde con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece como una de las finalidades de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, lo que también se obtiene a través de una tutela procesal preventiva. Cuando se declara fundada una demanda de este tipo no se hace con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales (lo cual es imposible), sino con el propósito de evitar que las mismas conductas se vuelvan a repetir (fundamento jurídico 16).

13. Atendiendo a lo expuesto, entonces, corresponderá ahora determinar si se produjo una vulneración de los derechos invocados que exija un pronunciamiento estimatorio.

El derecho a especial protección de la madre trabajadora

14. La demandante invoca en su escrito un *derecho a gozar de licencia por maternidad* que en realidad no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de fundamentalidad.

15. En primer lugar, es necesario mencionar que la licencia por maternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia.

16. Efectivamente, nuestra Constitución reconoce el *derecho a la salud*, que comprende la dimensión reproductiva¹ así como la «salud (...) del medio familiar» (artículo 7); asimismo, el Tribunal ha precisado que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está

¹ STC N.° 00008-2012-AI/TC, f. j. 85.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	12

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

protegida por el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución².

17. Asimismo, como ya se ha puesto de relieve, el artículo 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado *protegen especialmente al niño a la madre y a la familia*³. Incluso más, la Norma Fundamental dispone la promoción de la *paternidad y maternidad responsables* (artículo 6⁴), así como el deber del Estado de brindar *atención prioritaria al trabajo*, y de manera específica, *protección especial a la madre que trabaja* (artículo 23⁵). En similar sentido, el artículo 24.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por las Naciones Unidas y ratificada por el Perú) establece que los estados parte deben «Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres».

18. Ahora bien, la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, pero en todo caso, es claro que el legislador, considerando la existencia de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.

19. Con lo anotado, es claro que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional⁶, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre- y postnatal así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia. La titularidad de este derecho no corresponde a la mujer en cuanto tal, sino solo en la medida que haya concebido, y resulta exigible precisamente desde ese momento.

20. De esta forma, la licencia por maternidad (pre- y postnatal), cuya amplitud y condiciones fueron desarrolladas por la Ley N.º 26644 como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la que se hiciera referencia, constituye un

² STC N.º 02005-2009-AA/TC, f. j. 6, STC Exp. 01151-2010-AA/TC, f. j. 6, STC N.º 05527-2008-HC/TC, f. j. 21.

³ “Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano (...) También protegen a la familia (...)”.

⁴ “Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (...)”.

⁵ “Artículo 23.- 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. (...)”.

⁶ Cfr. STC N.º 04749-2009-AA/TC, f. j. 22 y ss.

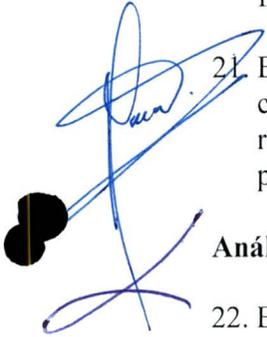


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	13

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

mecanismo tendiente a asegurar la viabilidad del embarazo, así como la salud de la madre y de la persona por nacer; y, con posterioridad al nacimiento, está destinado favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio fisiológico normal.

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

Análisis del presente caso

22. En el caso de autos, se encuentra debidamente acreditado que la recurrente se encontraba gestando, tal como lo señala su solicitud de fecha 10 de octubre de 2012 (f. 13), en la que adjunta la tarjeta de control prenatal (f. 15) y el informe de ecografía (ff. 16 a 18); asimismo, solicitó el 6 de noviembre 2012 su descanso por maternidad.
23. Mediante el oficio 1272-2014-GR.LAMB/ORAD, el Gobierno Regional demandado reconoce que no se concedió dicha licencia, e informa que ello se debió a que la trabajadora había sido «repuesta provisionalmente por mandato judicial (medida cautelar) en el cargo y condición laboral que era de contratada por servicios no personales».
24. Fluye del «Acta de reposición provisional por mandato judicial (Acción de amparo)» (f. 12) el 19 de julio del 2012 se reunieron funcionarios representantes del Gobierno Regional de Lambayeque con la demandante «con el propósito de dar cumplimiento a la Resolución Número Uno[...] que ordena[...] la reposición provisional de Doña Betty Yahaira Carbajal Burga en las labores que venía realizando a la fecha que se produjo el despido».
25. En consecuencia, queda establecido que, al momento de presentar su solicitud de descanso por maternidad, la demandante no tenía la calidad de locadora de servicios sino que había sido reincorporada a sus labores.
26. A nuestro entender, el descanso por maternidad es un derecho que les asiste a todas las mujeres trabajadoras independientemente de su régimen y condición laboral, por lo que su rechazo en el presente caso resulta arbitrario.
27. Dada la importancia del descanso por natalidad para las madres trabajadoras como concreción de la especial protección de la que son objeto, y atendiendo a que, en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	14

EXP. N° 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

situaciones similares, otras trabajadoras podrían sufrir un tratamiento arbitrario de esta índole, se debe declarar fundada la presente demanda y ordenar que la emplazada no vuelva a incurrir en actitudes de este tipo.

28. Las trabajadoras gestantes, bajo ningún concepto, pueden ser compelidas a renunciar al descanso por maternidad y sus requerimientos; en tal sentido deben ser atendidas con prontitud.
29. Finalmente, corresponde establecer que la emplazada asuma el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56° del Código Procesal Constitucional.

Por las consideraciones precedentes, a nuestro juicio corresponde:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado que la accionante ha sido víctima de un tratamiento arbitrario, pues, pese a encontrarse gestando se le ha negado el derecho a gozar de licencia por maternidad; consecuentemente, debe disponer que el Gobierno Regional de Lambayeque, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en las conductas que motivaron la demanda.
2. Debe disponerse que de reincidir el Gobierno Regional de Lambayeque en arbitrariedades de esta naturaleza, se apliquen las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley, con el pago de costos.

SS.

MIRANDA CANALES
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	15

EXP. N.º 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

VOTO DIRIMIENTE DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por las posiciones expresadas en el presente caso y luego de realizado el análisis respectivo, me adhiero a los fundamentos expuestos en el voto suscrito por los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, los cuales hago míos; por tal razón, mi voto también es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo; y en consecuencia, disponer que el Gobierno Regional de Lambayeque, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en las conductas que motivaron la presente demanda.

S.


LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


.....
OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	16

EXP. N.º 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto de la opinión vertida por mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, al no concordar con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría:

1. La presente demanda, interpuesta por doña Betty Yahaira Carbajal Burga contra el Gobierno Regional de Lambayeque, tiene por objeto que se le permita hacer uso de su *derecho al descanso por maternidad* con goce de remuneraciones por tres meses.
2. A criterio de la primera y segunda instancia del Poder Judicial, la demanda es improcedente porque no alega la afectación de un derecho constitucional, sino solo de uno de índole legal, existiendo una vía procesal específica para su protección.
3. La sentencia en mayoría no toma en cuenta que, mediante resolución de fecha 27 de mayo de 2013, recaída en el Exp. N° 00786-2013-PA/TC, este Tribunal declaró improcedente la *reposición laboral* de la recurrente, por cuanto, teniendo la condición de trabajadora pública (Ley N° 24041), debía tramitar su pretensión al interior del proceso contencioso administrativo.
4. Si el asunto principal de la *reposición* fue descartado en esta sede constitucional, carece de lógica que ahora un asunto accesorio —esto es, la *licencia o descanso por maternidad*— sea tramitado por la vía del amparo. Desde que lo “*accesorio sigue la suerte de lo principal*”, ambas pretensiones deben ser tramitadas en la misma vía contencioso administrativa.
5. La tramitación del *descanso por maternidad* por la vía del amparo infringe, además, los alcances de la sentencia recaída en el Exp. N° 0206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores, que establece que los derechos derivados de la legislación laboral pública (Ley N° 24041) —nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, *licencias*, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, etcétera— deben ser tramitados en la vía contencioso administrativa.
6. A ello, hay que agregar que el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) cambió el régimen de legalidad del proceso de amparo estableciendo la *subsidiariedad* para la procedencia de las demandas. En tal perspectiva, el amparo es concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente recogidos en la Constitución. Así, si hay una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA I	
FOJAS	412

EXP. N.º 03861-2013-PA/TC
LAMBAYEQUE
BETTY YAHAIRA CARBAJAL BURGA

vía procesal para el tratamiento de la temática legal propuesta por la recurrente —la licencia o descanso por maternidad—, esta no es la excepcional del amparo, sino la del proceso contencioso administrativo.

7. Y es que el *gocce de la licencia o descanso por maternidad* constituye un asunto de mera legalidad ordinaria y no uno referido al ejercicio de los derechos constitucionales, máxime si la relación laboral entre la recurrente y el Gobierno Regional de Lambayeque no fue reconocida judicialmente, sino que por el contrario fue negada en última y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional.

Por las consideraciones precedentes, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL