



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

RAZÓN DE RELATORÍA

Se deja constancia que el Expediente N° 00521-2015-PA/TC se ha resuelto de conformidad con el artículo 5, primer párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que establece entre otros aspectos, que el Tribunal, en Sala Plena, resuelve por mayoría simple de votos emitidos). Por lo que, la sentencia de autos se encuentra conformada por los votos de los magistrados Ledesma Narváez (con fundamento de voto), Ferrero Costa y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), quienes coincidieron en declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Se acompañan, en minoría, el voto del magistrado Miranda Canales, que declara fundada la demanda; el voto del magistrado Sardón de Taboada, que declara improcedente la demanda; y el voto del magistrado Ramos Núñez, que declara fundada la demanda, con reposición.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini votó por declarar fundada en parte la demanda y que entregará su voto en fecha posterior.

S.


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 118/2021



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en la sesión de Pleno del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carla Amor del Águila Guerrero, contra la resolución de fojas 126, de fecha 7 de julio de 2014, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de febrero de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de la Banda de Shilcayo, solicitando que se ordene el cese de los actos de discriminación por su estado de gestación, que se declare ineficaz e inaplicable la Nota de Coordinación Múltiple 028-2012-MDBSH-GAF, de fecha 28 de diciembre de 2012; y que en consecuencia, se ordene su reposición en el cargo de encargada de la Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente (Demuna) o en otro cargo de similar nivel remunerativo. Sostiene que laboró desde el 3 de enero de 2011 hasta el 2 de enero de 2013, fecha en que fue notificada con dicha nota de coordinación múltiple, en el cual le comunican el vencimiento de su contrato y le piden que se sirva hacer entrega de todo lo que tiene a su cargo, produciéndose su despido arbitrario en razón de su embarazo, pese a que su empleadora tomó conocimiento oportunamente de su estado de gestación. Agrega que laboró en virtud de contratos administrativos de servicios de manera ininterrumpida, por lo que se vulneraron sus derechos constitucionales al trabajo y a no ser discriminada por razón de su embarazo.

El alcalde y representante de la Municipalidad Distrital de la Banda de Shilcayo contestan la demanda aduciendo que la recurrente laboró en virtud de contratos administrativos de servicios; no fue despedida arbitrariamente y cuanto menos por su estado de gestación, ya que la extinción de la relación contractual correspondió al vencimiento del plazo del último contrato administrativo de servicio, esto es, el 31 de diciembre de 2012. Agrega que el referido vencimiento contractual le fue comunicado a la recurrente mediante Carta 672-2012-MDBSH-GAF-CP, de fecha 17 de diciembre de 2012. Además, señala que se debe tener en consideración que mediante orden judicial tuvo que reponer a una trabajadora en el cargo que ocupó la recurrente.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

El Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín, con fecha 13 de enero de 2014, declara infundada la demanda por estimar que la actora no demostró mediante medio probatorio idóneo que su despido hubiera respondido a un acto de discriminación en razón de su estado de gestación y que, habiendo laborado mediante la modalidad de contratos administrativos de servicios, su cese se produjo de forma automática por el término del último contrato. No obstante, le reconoce el derecho a una indemnización al advertir que hubo una renovación tácita del contrato administrativo de servicios y posterior cese.

La Sala Superior revisora confirmó la apelada por estimar que la pretensión de reposición de la recurrente no puede ser atendida debido a que el régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios solo posee una protección reparadora y no restitutoria. Asimismo, estima que la emplazada sí cumplió con el requisito establecido en el artículo 5.2 del Decreto Supremo 065-2011-PCM mediante la Carta 672-2012-MDBSH-GAF/CP y que no se ha acreditado la existencia de discriminación debido al estado de gestación de la recurrente.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La recurrente solicita que se le reponga como encargada de la Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente (Demuna) o en otro cargo de similar nivel remunerativo, debido a que habría sido objeto de un despido nulo, debido a su estado de gestación, lo cual lesiona su derecho constitucional al trabajo.

Análisis del presente caso

2. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que, de conformidad con las sentencias emitidas en los Expedientes 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la Resolución 00002-2010-PI/TC, el régimen de protección sustantivo-reparador contra el despido arbitrario previsto en el régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios (CAS), guarda conformidad con el artículo 27 de la Constitución.
4. Hechas estas precisiones, cabe señalar que de los contratos administrativo de servicios (folios 7 a 32, 34 a 37, 39 a 41, 43 a 45, 47 a 49, 51 a 53, 55, 58 y 61)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057, que debió culminar al vencer el plazo de duración establecido por las partes, esto es, el 31 de diciembre de 2012, conforme lo señala el literal “h” del numeral 13, inciso 1, del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

5. Sin embargo, en la demanda se alega que ello no habría sucedido, por cuanto la demandante ha venido laborando después de la fecha del vencimiento del plazo del contrato administrativo de servicios. Este hecho se encuentra acreditado con la recepción de fecha 2 de enero de 2013 de la Nota de Coordinación Múltiple 028-2012-MDBSH-GAF (folio 63) y la comunicación de fecha 2 de enero de 2013 dirigida al alcalde de la municipalidad emplazada (folios 64), de los que se concluye que la recurrente laboró luego del último CAS.
6. Al respecto, este Tribunal considera que el contrato administrativo de servicios se prorroga de manera automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato. Ahora bien, esto no significa que dicho contrato se convierta en uno de duración indeterminada, pues el artículo 5 del Decreto Supremo 075-2008-PCM prescribe expresamente que la “duración del contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación”. Este parecer, por cierto, se encuentra actualmente reconocido en el artículo 5, inciso 2, del Decreto Supremo 075-2008-PCM, que fue incorporado por el Decreto Supremo 065-2011-PCM.
7. Con relación a lo afirmado por la demandante, —esto es que la municipalidad emplazada tenía conocimiento de su estado de embarazo (folios 64)—, debe recordarse que al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización) (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 03818-2009-PA/TC).
8. Por lo tanto, cuando se termina la relación laboral sin que se presente alguna de las causas de extinción del contrato administrativo de servicios, como ocurre en el presente caso, se genera el derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1057 y sus normas reglamentarias.
9. Este Tribunal estima pertinente destacar que el hecho de que un trabajador continúe laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios constituye una falta administrativa que debe ser objeto de un procedimiento disciplinario, a fin de que se determinen las responsabilidades previstas en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1057, pues

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

dicho hecho contraviene el procedimiento de contratación previsto en el artículo 3 del Decreto Supremo 075-2008-PCM.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

ponente FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL AGUILA
GUERRERO

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En el presente caso, coincido con declarar infundada la demanda de amparo, ya que el seguir laborando después del fin de un contrato administrativo de servicios (CAS), no genera que dicho contrato se desnaturalice. No obstante, considero necesario el pronunciarme sobre el alegato de despido por embarazo.

Al respecto, de la revisión de todos los actuados, se tiene que el único documento, mediante el cual la demandante puso en conocimiento a la entidad demandada que se encontraba en estado de gestación, fue recibido el 2 de enero de 2013, a las 12:22 horas (foja 64), fecha en la cual ya tenía conocimiento de que no se le iba a renovar el contrato administrativo de servicios, conforme se desprende de la carta de fecha 17 de diciembre de 2012 y de la nota de la nota de coordinación múltiple (dirigido a nueve personas que no se les renovó contrato administrativo de servicios), recibido por la demandante el 2 de enero de 2013 a las 08:00 horas. Por lo tanto, de los recaudos presentados, no se advierte que la entidad demandada tuviera conocimiento del estado de gestación de la recurrente al momento de decidir no renovar su contrato administrativo de servicios.

S. 

LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero me permito señalar lo siguiente:

1. 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).
2. 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.
3. 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.
4. 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”.
5. 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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

laboral, como bien se desprende del Informe "Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios", emitido por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir).

6. 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. 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.
7. Siendo así, cabe preguntarse 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. En ese sentido, considero que éste representa un punto sobre cuyos alcances conviene conversar.
8. Por último, conviene pronunciarse si en mérito a la propia estructura del Tribunal Constitucional peruano, los procesos que allí se atienden y lo que implica materializar las sentencias ya emitidas, este Alto Tribunal cuenta con la debida capacidad operativa e institucional para afrontar los problemas existentes en el escenario aquí descrito.
9. Adelantando algo de esa discusión, convendría señalar 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, siempre y cuando se encuentren dentro de lo "constitucionalmente necesario", y no, como alegan algunos, de lo "constitucionalmente posible". Señalo esto en mérito a que considero que, en estricto respeto a una separación de funciones y un criterio de corrección funcional, el Tribunal Constitucional peruano debe 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.
10. Lo recientemente señalado, por cierto, no debe llevar al inmovilismo de un Tribunal Constitucional, cuya labor es precisamente la de defender y promover la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos, labor que, por cierto, implica resolver conforme a Derecho, inclusive muy a despecho de los vacíos o insuficiencias que pueda presentar el ordenamiento jurídico vigente del país donde le toca actuar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

11. Estamos pues ante materias sobre las cuales se hace necesario conversar, y evaluar lo decidido en su momento, máxime cuando se aprecia que no se están produciendo los cambios legislativos que este Tribunal Constitucional había tomado como presupuesto para decidir en determinado sentido en las controversias que resuelve en relación a este régimen especial.
12. Como síntesis entonces a este primer tema, 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 indispensable analizar si lo ahora previsto permite una participación del Tribunal Constitucional peruano 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.
13. Ahora bien, también existe un segundo tema que anotar; y es 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. Además, debe corregirse en sede de la interpretación constitucional cualquier lectura formalista y en puridad técnicamente incorrecta de la normatividad vigente, máxime si se trata de tutelar los derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

.....
Flávio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, discrepo de la sentencia firmada en mayoría, por los siguientes fundamentos:

SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE ELGO RÍOS

1. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:
 - a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
 - b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.
2. Al respecto, desde una perspectiva objetiva, considero que ningún proceso ordinario hubiera sido igualmente satisfactorio al proceso de amparo en términos de celeridad, pues, su naturaleza es breve, al contener etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carecer de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características que son propias del proceso de amparo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo.
3. En el caso de autos, a la fecha de interposición de la demanda (13 de febrero de 2013), no se encontraba vigente en el distrito judicial de San Martín, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, esto es, no puede recurrirse al proceso laboral abreviado como una vía igualmente satisfactoria para atender la pretensión de la parte demandante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

4. Asimismo, desde una perspectiva subjetiva se puede observar que la recurrente ha denunciado una presunta discriminación en razón a su condición de mujer y por ser gestante, por ello, considero pertinente analizar el fondo de la controversia.

LOS DERECHOS SOCIALES

5. Tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.

6. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales.

❖ Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.

❖ Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

❖ Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

7. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.

8. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y

¹ PACHECO TORRES, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población².

9. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos³.
10. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

11. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
12. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
13. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a

² Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

³ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

14. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.
15. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos⁴. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.
16. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
17. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
18. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios⁵:

⁴ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

⁵ Ídem, pp. 147-148.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

- i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.
 - ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.
 - iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta de claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".
19. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido⁶.

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

20. Durante el siglo pasado y en las últimas décadas la participación de las mujeres en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, ha registrado cambios muy importantes. El avance en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos de aquella (por ejemplo, el derecho al sufragio y a la participación política, entre otros), ha generado que las mujeres no solo ocupen un rol importante en la sociedad, sino además que su "incorporación trajera aparejadas profundas transformaciones en diferentes aspectos, incluidos cambios en el mercado laboral, logros educativos, la disminución de la tasa de fecundidad femenina, modificaciones en las relaciones familiares y avances en el acceso a la toma de

⁶ Ídem, pág. 153.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

decisiones"⁷.

21. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.
22. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenemos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.
23. Otro factor a considerar tiene que ver con la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Queda claro que tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.
24. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación, sino también como reconocimiento de grupos desventajados. Ello permite incorporar datos históricos y sociales que den cuenta de fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran amplios sectores de la sociedad, en este caso en particular el de las mujeres⁸. En esa línea, se trata de dismantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres "desaventajadas".
25. En esta línea de pensamiento, el derecho a la igualdad definida en estos términos de igualdad formal o material, no es suficiente para dar cuenta de estos problemas

⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2004), *Caminos hacia la equidad de género en América Latina y el Caribe*, en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y El Caribe, Ciudad de México.

⁸ SABA, Roberto. "(Des)Igualdad estructural". En: ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

estructurales. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos⁹. En consecuencia, para tratar problemas como los aquí anotados surge la necesidad de ampliar la noción de igualdad.

26. Precisamente, asumir la noción de igualdad como reconocimiento y no sometimiento permite abarcar las injusticias conocidas como culturales, aquellas arraigadas en los modelos de la representación, interpretación y comunicación. Ello se extiende, por ejemplo, para los grupos raciales, que están marcados como distintos e inferiores, y a las mujeres, quienes son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respeto de formas diferentes¹⁰.

27. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido¹¹. Así entendido, el Tribunal Constitucional no puede hacer caso omiso a la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

28. Este Tribunal considera que en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarree perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales.

⁹ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

¹⁰ FRASER, Nancy. "Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género". Traducción de Rita María Radl Philipp. En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N.º 8, 1996, pp. 21-22.

¹¹ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Ob. Cit.*, pág. 153.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

29. La transformación de enfoque y percepciones tanto de hombres y mujeres, a efectos de lograr, en primer lugar reconocimiento, para la consecución de paridad de las mujeres en los ámbitos político, educativo y laboral, es una tarea pendiente que le corresponde al Estado a través de acciones positivas y a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, "en el caso de las mujeres, las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC 0001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento jurídico 12: «(...) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales "en razón de las diferencias de las personas", abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante "acciones positivas" o "de discriminación inversa", ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos

30. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres. Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica esta en el ámbito reproductivo, pues conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural. No se pierde de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre¹².

31. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hofman del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, "se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo

¹² Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 (ver en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=6381771&links=%222387%2F2011%22&optimize=20120524&publicinterface=true>) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09 (ver en el siguiente enlace: http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-10-94_es.htm)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional".

32. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T-138-15, fundamento jurídico 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, fundamento jurídico 21).
33. 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.
34. 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 a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no haya conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales.
35. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de 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).
36. 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 su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

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).

37. 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, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

38. 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).

39. 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° 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 [...]"¹³.

¹³ Observación General N° 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 42° período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009. Se visitó el siguiente enlace: www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

40. 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 pueden generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales como el reconocimiento de la licencia por maternidad y el permiso por lactancia materna.

DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

41. La demandante solicita que se le reponga como encargada de la Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente (Demuna) o en otro cargo de similar nivel remunerativo, debido a que habría sido objeto de un despido nulo, ello en virtud a su estado de gestación, lo cual lesiona su derecho constitucional al trabajo.

ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

42. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que en las sentencias emitidas en los Expedientes 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución emitida en el Expediente 00002-2010-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen de protección sustantivo-reparador contra el despido arbitrario previsto en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios guarda conformidad con el artículo 27 de la Constitución.

43. Consecuentemente, en el proceso de amparo no corresponde analizar si, con anterioridad a la suscripción de los contratos administrativos de servicios, los diversos contratos que habría suscrito la demandante fueron desnaturalizados, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituiría un periodo independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional.

44. Es justo precisar que dicho proceso de inconstitucionalidad ha sido pensado para aquellos trabajadores que no se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, dentro del régimen laboral especial del contrato administrativo, si bien ha sido declarado constitucional, pueden existir algunas situaciones, involucrando más derechos fundamentales, que requieran de una especial tutela constitucional. Ello se configura, por ejemplo, en el caso de mujeres embarazadas.

45. Ello supone que la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres embarazadas, cuando son contratadas mediante un régimen como el de Contrato Administrativo de Servicios, se agudiza, puesto que no tienen la misma protección que un



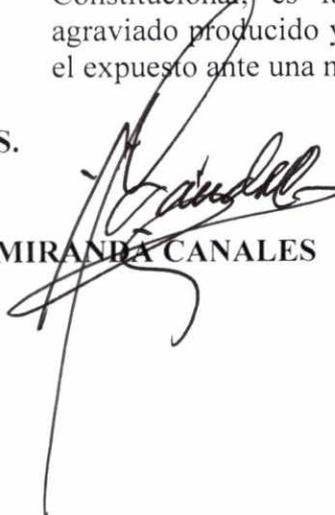
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

trabajador a plazo indeterminado. En ese sentido, ante una situación de máxima tutela resulta necesario que este Colegiado pueda dar una respuesta adecuada.

46. Por ello, conviene recordar que la normativa peruana no es ajena a este tipo de situación. En efecto, el artículo 6 de la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres, señala lo siguiente: “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”.
47. La protección que le otorga a la mujer embarazada, no debe hacer distinciones según el régimen de trabajo que mantenga con su empleador, pues en esta situación no intervienen únicamente derechos laborales fundamentales de la mujer, sino también de su menor hijo.
48. En ese sentido, somos de la opinión que la continuación de la mujer embarazada en su puesto de trabajo debe ser garantizada hasta el término del período de lactancia, cuando ella mantenga un contrato laboral a tiempo determinado. Ello, sin embargo, no implica que ante la comisión de una falta grave pueda ser separada de la institución a la que pertenece.
49. En el caso concreto, por el tiempo transcurrido es imposible retrotraer la situación al estado anterior de la afectación en la medida que se ha producido la sustracción de la materia. Sin embargo, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, es factible declarar **FUNDADA** la demanda en atención al agraviado producido y disponiendo que no se vuelva a incurrir en un agravio como el expuesto ante una mujer en estado de gestación.

S.


MIRANDA CANALES

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO POR DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA, POR HABERSE VULNERADO EL DERECHO AL TRABAJO DE LA RECURRENTE

Discrepo, respetuosamente, de la sentencia de mayoría que ha optado por declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, por cuanto considero que la demanda es **FUNDADA EN PARTE**, en virtud a los argumentos que a continuación paso a exponer:

1. La demanda de amparo tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido nulo.
2. En tal sentido, la recurrente alega que la demandada ha vulnerado su derecho al trabajo, dado que mediante la Nota de Coordinación Múltiple 028-2012-MDBSH-GAF, de fecha 28 de diciembre de 2012, su empleador dio por culminado el vínculo laboral que mantenía con ella a través de un contrato administrativo de servicios, pese a que se encontraba en estado de gestación.
3. Al respecto, la Ley 30709 establece la prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición de embarazo o el periodo de lactancia, preceptuando literalmente en su artículo 6 lo siguiente:

Queda 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 período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.

4. La antes mencionada prohibición de despido y no renovación de contrato, por motivos vinculados con la condición del embarazo o el periodo de lactancia deriva de lo establecido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, que prohíbe todo tipo de discriminación, sea por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Siendo ello así, dicha prohibición resulta anterior a la vigencia de dicha ley.
5. De la revisión de autos, se aprecia que la entidad emplazada, antes de comunicar su cese a la recurrente, tuvo conocimiento de su estado de gravidez, así como de los problemas de salud que presentaba, pues, mediante Memorandum N° 309-2012-MDBSH-CP, de fecha 8 de noviembre de 2012 (f. 66), le otorgó permiso por motivos de salud y control médico.
6. En tal sentido, conforme se desprende de los actuados y lo señala la propia sentencia de mayoría, la entidad emplazada no demostró que la no renovación del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

contrato laboral de la recurrente se haya producido por la comisión de alguna falta grave o la extinción de la necesidad institucional de los servicios prestados por la recurrente. Tal situación evidencia que la demandada no renovó el contrato de la actora únicamente por razones vinculadas a su estado de gravidez, circunstancia que conlleva a concluir que se produjo un despido nulo.

7. Por ello, considero que en el presente caso se debe tutelar los derechos al trabajo y a la igualdad, así como el derecho a no ser discriminado, por lo que correspondería disponer la reposición laboral de la recurrente en protección de su derecho de continuar percibiendo sus remuneraciones durante el periodo de gestación y el año de lactancia, pero como este ha vencido con notable exceso, tal reposición laboral ya no cabe, por lo que el daño se ha tornado en irreparable.
8. Dada la situación descrita, en armonía con lo establecido en el último párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, al haberse acreditado que el despido del que fue víctima la recurrente resultó nulo, considero que debe declararse fundada su demanda, para que situaciones semejantes no se repitan, exhortándose a la emplazada a no incurrir nuevamente en este tipo de conductas arbitrarias y lesivas de los derechos fundamentales de sus trabajadores.
9. Finalmente, y en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional corresponde condenar al pago de costos procesales a la parte emplazada y dejar a salvo el derecho de la recurrente de acudir a la vía correspondiente, a fin de solicitar el pago de la indemnización por los beneficios laborales que dejó de percibir y por los daños sufridos como consecuencia del despido nulo producido en su contra.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** en parte la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo, correspondiendo, además, el pago de costos; e **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la reposición de la demandante en el puesto de trabajo que venía ocupando en la Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente – Demuna de la Municipalidad Distrital de la Banda de Shilcayo; **EXHORTANDO** a la demandada a que, en lo sucesivo, no vuelva a incurrir en conductas similares a las que motivaron el presente caso.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

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 00521-2015-PA/TC

SAN MARTÍN

CARLA AMOR DEL ÁGUILA GUERRERO

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 casi veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

Por tanto, considero que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00521-2015-PA/TC
SAN MARTÍN
CARLA AMOR DEL ÁGUILA
GUERRERO

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto, con fecha posterior, a fin de indicar que, por las razones expuestas por el magistrado Miranda Canales en su voto, considero que la demanda debe ser declarada como **FUNDADA**. Sin embargo, estimo que los efectos de esa declaración deben generar la reposición de la recurrente en el cargo que ostentaba al momento del origen del vicio que originó la presente litis.

Lima, 25 de noviembre de 2020

S.

RAMOS NÚÑEZ



Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL