



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 73/2022

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 3 de febrero de 2022, los magistrados Ferrero Costa (con fundamento de voto), Sardón de Taboada (con fundamento de voto), Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda amparo.

Por su parte, el magistrado Miranda Canales con fecha posterior emitió un voto singular en el que declara fundada la demanda de amparo.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de febrero de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Miranda Canales, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Arturo Arellano Herrera, abogado de doña Noa Magaly Lalupu Panduro, contra la resolución de fojas 489, de fecha 3 de diciembre de 2019, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2015 (f. 106) —subsanoado mediante escrito de fecha 9 de junio de 2015 (f. 132)—, doña Noa Magali Lalupu Panduro interpone demanda de amparo contra la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura – Sede Talara y el Gobierno Regional de Piura, a fin de que se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto. Solicita que se disponga su reposición laboral en el mismo cargo que tenía antes de su cese laboral (especialista en el área de logística u otro de similar jerarquía), así como el pago de los costos procesales. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la no discriminación por encontrarse embarazada, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido procedimiento, de defensa y a no ser condenado sin previo juicio o proceso administrativo.

Refiere que prestó servicios en la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura – Sede Talara como asistente en el área de logística y en otros cargos de necesidad de la entidad emplazada, desde el 6 de noviembre de 2012 hasta el 23 de abril de 2015, de manera continua, permanente, ininterrumpida, remunerada y subordinada, con contratos de locación de servicios y, posteriormente, con contrato administrativo de servicio (CAS) —el que no suscribió a pesar de que fue designada bajo ese régimen—, los cuales se han desnaturalizado. Sostiene haber comunicado a su empleador su estado de gestación, por lo que su despido deviene en discriminatorio. Añade que, debido a que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y sus labores han superado el año, ha alcanzado la estabilidad laboral prevista en la Ley 24041 y, por tanto, su derecho a no ser despedida o cesada por causa justa, sin previo proceso y otorgándosele el derecho a la defensa, todo ello dentro de un debido proceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Talara, con fecha 23 de octubre de 2015 (f. 159), resuelve tener por no absuelta la demanda por la demandada Unidad Ejecutora 304 de los Institutos Superiores de Educación Pública Regional – Sede Talara.

El Juzgado Civil Permanente de Talara, con fecha 22 de agosto de 2017 (f. 202), declaró infundada la demanda, argumentando que la actora laboró para la entidad demandada como trabajadora de confianza bajo el régimen de contratación CAS, por lo que no resulta aplicable la norma de protección laboral que invoca (Ley 24041). Asimismo, aduce que la recurrente dejó de laborar el 23 de abril de 2015, y el empleador tomó conocimiento del estado de embarazo de la accionante el 13 de enero de 2015, por lo que no se puede concluir que el cese de labores haya sido una decisión arbitraria. Aunado a ello, considera que no era necesario, en el caso concreto, seguir el procedimiento de despido previsto en el D.S. 003-97-TR.

La Sala Civil de la Corte Superior de Sullana, con fecha 8 de marzo de 2019 (f. 371), declaró nula la sentencia emitida en primer grado, por considerar que la resolución apelada no se encuentra suficientemente motivada. En ese extremo, enfatiza que se ha omitido analizar los argumentos esgrimidos por las partes respecto al cese laboral por estado de gravidez de la demandante, y se ha concluido que el cargo desempeñado por la actora era uno de confianza, sin haberse analizado y/o fundamentado los medios probatorios presentados en conjunto. De igual manera, considera que el *a quo* omitió pronunciarse sobre la simulación de contratación civil alegada por la demandante. Por ello, dispone que se emita otro fallo en el que se tome en consideración lo indicado.

El Juzgado Civil Permanente de Talara, con fecha 4 de setiembre de 2019 (f. 406), declaró infundada la demanda, argumentando que la recurrente tenía pleno conocimiento de que laboraba en un cargo de confianza bajo el régimen de contratación CAS, por lo que no resulta aplicable lo previsto en el artículo 1 de la Ley 24041. Asimismo, precisa que no ha existido un despido arbitrario, sino la conclusión de la designación del cargo de confianza, por lo que no puede utilizar como sustento su estado de gravidez para pretender obtener su reposición en su centro de labores. Añade que, habiéndose advertido que la actora era una trabajadora de confianza, no era necesario seguir el procedimiento de despido previsto en el D.S. 003-97-TR.

La Sala superior revisora, con fecha 3 de diciembre de 2019 (f. 489), confirmó la apelada que declaró infundada la demanda, por estimar que la actora no ha realizado labores de naturaleza permanente; en consecuencia, no le es aplicable lo establecido en el artículo 1 de la Ley 24041.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demandante solicita que se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando como especialista en el área de logística u otro de similar jerarquía en la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura – Sede Talara, y el pago de los costos procesales. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la no discriminación por encontrarse embarazada, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido procedimiento, de defensa y a no ser condenado sin previo juicio o proceso administrativo.

Análisis de la controversia

2. El Tribunal advierte que, si bien la parte demandante solicita que se deje sin efecto el despido del que fue objeto porque se estaría vulnerando su derecho al trabajo y a la no discriminación, existen hechos controvertidos que requieren de actuación probatoria, ya que los medios obrantes en autos son insuficientes, de conformidad con el artículo 13 del nuevo Código Procesal Constitucional.
3. En efecto, en el caso de autos no se puede verificar con certeza el régimen laboral al cual habría estado sujeta la parte demandante, toda vez que, según los documentos emitidos por la parte emplazada, que obran de fojas 17 a 19, al menos desde enero de 2015 la actora habría mantenido una relación laboral bajo los alcances del contrato administrativo de servicios; sin embargo, la propia actora ha negado tal situación, pues refiere que nunca suscribió tales contratos.
4. Además, tampoco se puede determinar de modo fehaciente si la causa de su cese obedeció a su estado de gestación, como sostiene la actora, pues según el documento de fojas 127, el 13 de enero de 2015 esta habría informado a su empleador que se encontraba gestando y, sin embargo, conforme obra de autos, la actora continuó prestando servicios hasta fines de abril de 2015, tal como ella misma reconoce en su demanda.
5. Finalmente, de autos tampoco puede corroborarse si demandante ejerció o no un cargo de confianza en la entidad emplazada, a fin de determinar si procede o no su pedido de reincorporación laboral, pues se advierte incluso que ejerció diversas funciones durante todo el periodo que refiere haber prestado servicios.
6. Por lo tanto, como se ha indicado *supra*, en este caso no es posible verificar la supuesta vulneración alegada por la parte demandante, pues existen hechos controvertidos cuya dilucidación exige la actuación de medios probatorios, ya que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

los medios obrantes en autos son insuficientes, de conformidad con el artículo 13 del nuevo Código Procesal Constitucional. Por lo tanto, el proceso de amparo no resulta apropiado para dilucidar la controversia planteada.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda

Publíquese y notifíquese.

SS.

FERRERO COSTA
SARDÓN DE TABOADA
BLUME FORTINI
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, ya que, si bien coincido con el fallo de autos, no comparto su fundamentación por las siguientes consideraciones.

La estabilidad laboral de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece una economía social de mercado, con una iniciativa privada libre y el papel subsidiario del Estado.

En ese contexto, la promoción del empleo requiere que la estabilidad laboral, entendida como el derecho del trabajador de permanecer en el empleo o conservarlo, sea relativa. Ello explica por qué la Constitución vigente suprimió la mención al “derecho de estabilidad en el trabajo”, como lo hacía la Constitución de 1979 en su artículo 48.

En concordancia con lo expresado, la Constitución de 1993, en su artículo 27, prescribe que la *“ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*. Consideramos que aquí se consagra un derecho de configuración legal cuyo ejercicio requiere de un desarrollo legislativo¹.

Algunos entienden que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, implica dos aspectos. El primero, supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo, lo cual implica un desarrollo progresivo y según las reales posibilidades del Estado para materializar tan encomiable labor. El segundo aspecto concibe el derecho al trabajo como proscripción de ser despedido salvo por causa justa².

Sin embargo, de la lectura conjunta de los artículos 2 (inciso 15), 22, 23 y 58 de la Constitución, puede concluirse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo es el siguiente:

1. El derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15).
2. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23).
3. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento

¹ Sobre el debate del artículo 27 de la Constitución de 1993, puede consultarse: Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Diario de los Debates*, t. II, Lima, Publicación Oficial, pp. 1231-1233.

² Cfr. STC 06681-2013-PA/TC, fundamento 19.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

(artículo 23).

4. El Estado promueve políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
5. Bajo un régimen de economía social de mercado, el Estado actúa en la promoción del empleo (artículo 58).

Entonces, el derecho al trabajo consiste en poder trabajar libremente, dentro de los límites legales; que ninguna relación laboral menoscabe los derechos constitucionales del trabajador; y la proscripción del trabajo forzado o no remunerado. Y en protección de ese derecho, en un régimen de economía social de mercado, toca al Estado promover el empleo y la educación para el trabajo.

Asimismo, el mandato constitucional es proteger adecuadamente al trabajador frente a un despido calificado como arbitrario (artículo 27), lo cual no necesariamente, según veremos, trae como consecuencia la reposición en el puesto laboral en todos los casos.

La tutela ante el despido en los tratados internacionales suscritos por el Perú

Ya que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, es preciso recurrir a la legislación supranacional para entender cómo se concretiza la "*adecuada protección contra el despido arbitrario*" de la que habla el artículo 27 de la Constitución.

El artículo 10 del Convenio 158 de la OIT indica lo siguiente:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de **ordenar el pago de una indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada [énfasis añadido].

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7.d, señala:

[...] En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a **una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional** [énfasis añadido].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

Como puede apreciarse, conforme con estos tratados, el legislador tiene la posibilidad de brindar protección contra el despido arbitrario ordenando la reposición del trabajador o su indemnización³.

La protección restitutoria y resarcitoria frente al despido en la Constitución de 1993

El despido constituye una extinción de la relación laboral debido a una decisión unilateral del empleador. Este acabamiento genera desencuentros entre los integrantes de la relación laboral, a saber, trabajadores y empleadores, pues, para aquellos, los supuestos de despido son reducidos y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que para los empleadores, la dificultad legal para realizar un despido constituye una seria afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo en función de sus objetivos.

Los despidos laborales injustificados tienen tutela jurídica, tal como lo reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hemos citado, la que puede ser restitutoria o resarcitoria. La primera conlleva el reconocimiento de una estabilidad absoluta, en tanto que la resarcitoria implica la configuración de una estabilidad relativa.

En el caso peruano, dado que la protección al trabajador contra el despido es de configuración legal, resulta pertinente mencionar que el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. L. 728), establece una tutela resarcitoria para los despidos incausados o injustificados, mientras que para los despidos nulos prescribe una protección restitutoria o resarcitoria a criterio del demandante.

Así, el D. L. 728, en su artículo 34, prescribe:

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. [...].

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el

³ Este mismo criterio es seguido por Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2017, caso Lagos del Campo vs. Perú (ver especialmente los puntos 149 y 151).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 [énfasis añadido].

Como puede apreciarse, la citada ley laboral señala que el despido arbitrario (“*por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio*”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “*adecuada protección contra el despido arbitrario*”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú.

Tutela constitucional ante los despidos nulos

Convengo también con el citado artículo 34 del D. L. 728, cuando dispone que el despido declarado nulo por alguna de las causales de su artículo 29 -afiliación a un sindicato, discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma, embarazo, etc.-, tiene como consecuencia la reposición del trabajador. Y tratándose de un despido nulo, considero que este puede reclamarse a través del proceso de amparo, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 00206-2005-PA/TC, siempre que se trate de un caso de tutela urgente⁴.

En el caso de autos, la demanda de amparo pretende la reposición en el puesto de trabajo. Por las consideraciones expuestas, voto por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, de conformidad con el artículo 7, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

⁴ Cfr., por ejemplo, STC 0666-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia expedida en autos, discrepo de su fundamentación. A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye el derecho a la reposición; en la perspectiva constitucional, el derecho al trabajo no es lo mismo que el derecho al puesto de trabajo. 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. 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.

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. La proscripción constitucional de la reposición incluye a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público. El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió a la promulgación de la Constitución.

Lamentablemente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la Constitución— equiparó el despido que ella denomina *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*. De esta manera, resucitó la reposición como medida de protección frente al despido *nulo*. Este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante el caso Sindicato Telefónica (2002), en el que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario. Ninguna otra decisión del Tribunal Constitucional ha tenido una incidencia directa más negativa que esta en nuestra economía.

Por demás, en la perspectiva constitucional, el Estado debe respetar el derecho al trabajo incluso en una emergencia sanitaria. No puede impedirse a las personas ganarse la vida pretendiendo salvárselas con medidas de dudosa eficacia.

Por tanto, considero que corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, en aplicación del artículo 7, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Constitucional.

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas. Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. Mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2015, doña Noa Magali Lalupu Panduro interpone demanda de amparo contra la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura – Sede Talara y el Gobierno Regional de Piura, a fin de que se deje sin efecto el despido incausado del cual ha sido objeto. Solicita que se disponga su reposición laboral en el mismo cargo que tenía antes de su cese laboral (especialista en el área de logística u otro de similar jerarquía), así como el pago de los costos procesales. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo, a la no discriminación, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido procedimiento y otros.
2. Refiere que prestó servicios con contratos de locación y, posteriormente, con CAS - el que no suscribió a pesar de que fue designada bajo ese régimen-, los cuales se han desnaturalizado. Sostiene haber comunicado a su empleador su estado de gestación, por lo que su despido deviene en discriminatorio. Añade que, debido a que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y sus labores han superado el año, ha alcanzado la estabilidad laboral prevista en la Ley 24041 y, por tanto, su derecho a no ser despedida o cesada por causa justa, sin previo proceso.

Análisis de la controversia

3. De los documentos que obra en autos, advierto que si bien la parte demandante solicita que se deje sin efecto el despido del que fue objeto porque se estaría vulnerando su derecho al trabajo y a la no discriminación, existen hechos controvertidos que requieren de actuación probatoria, de conformidad con el artículo 13 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
4. En efecto, en el caso de autos no se puede verificar con certeza el régimen laboral al cual habría estado sujeta la parte demandante, toda vez que, según los documentos emitidos por la parte emplazada, que obran de fojas 17 a 19, al menos desde enero de 2015 la actora habría mantenido una relación laboral bajo los alcances del contrato administrativo de servicios; sin embargo, la propia actora ha negado tal situación, pues refiere que nunca suscribió tales contratos.
5. De autos tampoco puede corroborarse si la demandante ejerció o no un cargo de confianza en la entidad emplazada, a fin de determinar si procede o no su pedido de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

reincorporación laboral, pues se advierte incluso que ejerció diversas funciones durante todo el periodo que refiere haber prestado servicios.

6. Al respecto, a fojas 23 obra la Resolución Directoral 0009-2015-DUEISEPRP-PIU, en la que se designa con eficacia anticipada al 05 de enero de 2015 a la señora Noa Magaly Lalupu Panduro en el cargo de especialista en el área de logística, cargo considerado de confianza, el que sería ejercido bajo el régimen de contratación CAS
7. Como se ha indicado *supra*, en este caso no es posible verificar la supuesta vulneración alegada por la parte demandante, pues existen hechos controvertidos cuya dilucidación exige la actuación de medios probatorios, ya que los medios obrantes en autos son insuficientes.

Por estas consideraciones estimo que la presente demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto a mis ilustres colegas magistrados, considero que debe declararse **FUNDADA** la demanda de amparo, basándome en las siguientes consideraciones:

La participación de las mujeres en el sector público

1. De acuerdo a SERVIR, en el año 2017 el sector público contaba con alrededor de 1 millón 422 mil servidores, de los cuales 47% eran mujeres.⁵ La presencia de la mujer en el servicio civil aumentó de 43% a 47% durante el periodo 2004-2017. Hoy, en el sector público, prácticamente 5 de cada 10 servidores son mujeres, frente a 3 de cada 10 en el sector privado formal.⁶
2. Como dato adicional, la participación de las mujeres en el empleo público según régimen laboral se divide en el siguiente esquema: i) un 30% de las servidoras públicas están empleadas en los regímenes de carreras especiales (diplomáticos, docentes, profesores, médicos, etc); ii) un 21% se encuentra empleada bajo el régimen establecido por el Decreto Legislativo 276; iii) mientras que el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) rige al 20% de servidoras públicas; entre otros.⁷
3. Frente a esta realidad del empleo público donde existe un porcentaje considerable de servidoras públicas, tanto el legislador como los operadores jurídicos no pueden desconocer la particular situación que presentan las mujeres en el ámbito laboral. En particular, el presente caso advierte una situación recurrente en la Administración pública, referida a la situación que presentan las servidoras públicas gestantes y que son madres, frente a actitudes y conductas discriminatorias por parte de algunos empleadores. Y es que, como lo ha señalado la Oficina Internacional del Trabajo, la situación de embarazo de mujeres en edad reproductiva constituye una de las manifestaciones más frecuentes de la discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral.⁸
4. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se vieron reflejadas en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del XIX y comienzos del

⁵ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe_La_Mujer_en_el_Servicio_Civil_Peruano_2019.pdf

⁶ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 4. Disponible en: https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe_La_Mujer_en_el_Servicio_Civil_Peruano_2019.pdf

⁷ SERVIR. La mujer en el servicio civil peruano 2019. SERVIR. p. 10. Disponible en: https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe_La_Mujer_en_el_Servicio_Civil_Peruano_2019.pdf

⁸ OIT. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios. No discriminación laboral de las mujeres y protección de la maternidad. p. 1. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220030.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

siglo XX fue la de prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones, no solo por razones de maternidad o la presunta menor fuerza física de la mujer sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos "preparada" que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.

5. En esa medida, la legislación laboral enfatizó el rol de la mujer en el hogar como esposa y madre desincentivando, a su vez, la contratación de mujeres fuera del hogar. Ello se vio reflejado inclusive en los primeros instrumentos internacionales adoptados sobre la materia. Sin embargo, en el marco del Estado Constitucional presidido por el principio de igualdad y no discriminación, se debe garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, también en el ámbito laboral. Ello exige tomar en consideración situaciones objetivas especiales como la maternidad, que evidentemente ameritan una protección distinta (reforzada).
6. Específicamente, sobre la situación de la maternidad, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que dicha situación exige la adopción de medidas especiales para garantizar el desarrollo de la mujer en el ámbito laboral:

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

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

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

8. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.
9. En ese sentido, el artículo 2 inciso 2 establece que toda persona tiene derecho a la igualdad. De ello se desprende que "(...) Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Igualmente, el artículo 26 inciso 1 de la Constitución establece que en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

la relación laboral se respeta el principio de "Igualdad de oportunidades sin discriminación".

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

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

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

37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.

11. En ese entendido, queda claro que el despido de las trabajadoras atendiendo a su condición de madres o por situaciones vinculadas con el ejercicio de la maternidad (como es el caso de la lactancia) configuran una vulneración al principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.
12. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución señala lo siguiente: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, **el cual protege especialmente a la madre**, al menor de edad y al impedido que trabajan (...)".
13. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC ha señalado lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

15. (...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).
14. Asimismo, se puede observar también que el propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la "licencia por maternidad" y el "permiso por lactancia" para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.
15. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y salud de las mujeres y el derecho a la salud del niño o niña; sino que, además, no exista un conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales, es decir una carga que las mujeres deban soportar solo por el hecho de ser mujeres.
16. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado para las mujeres, sino que además han sido sujetas a discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).
17. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

18. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.
19. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que "la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).
20. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N.º 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]" (Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).
21. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.

22. De lo señalado en los fundamentos supra, este Tribunal es consciente que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que sus derechos en el ámbito laboral no se vean vulnerados.
23. En este sentido, a este Tribunal no le queda duda que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución que consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren.

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

24. Sin perjuicio de lo ya señalado *supra* referido a la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, es necesario recordar que a la fecha existen diversos instrumentos a nivel internacional, así como en la legislación nacional en materia de derechos laborales de las madres.
25. El artículo 25 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁹ aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, señala expresamente que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.
26. Asimismo, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

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

27. Además, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁹ Suscrita y proclamada en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución N° 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282, publicada el 24 de diciembre de 1959.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

disponen que:

Artículo 1

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)

Artículo 24

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

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

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

29. Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)¹¹ parte en su artículo 1 de definir la expresión "*discriminación contra la mujer*" como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

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

¹⁰ Suscrito por Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por el Decreto Ley N° 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978, se depositó el 28 de abril de 1978, el mismo que fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Vigente desde el 28 de julio de 1978.

¹¹ Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa N.º 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982, se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

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

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

31. De otro lado, desde 1919 la OIT ha adoptado tres convenios relativos a la protección de la maternidad (el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, el Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad de 1956 y el Convenio núm. 183 sobre la protección a la maternidad del 2000). Al respecto, cabe señalar que la discriminación de la mujer a causa de su maternidad existe en relación tanto con la terminación del empleo como con el acceso al mismo. Por tanto, las medidas destinadas a salvaguardar el empleo de las trabajadoras embarazadas y a combatir la discriminación basada en la maternidad forman parte integrante de la protección de la maternidad. Los convenios OIT se han hecho cada vez más exhaustivos en cuanto a la amplitud de la protección que debe ofrecerse.¹² En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

(...) La protección de la maternidad, cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919, cuando los Estados Miembros adoptaron el Convenio núm. 3, es crucial para promover los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias, en todas partes. El alcance de la protección de la maternidad, y los derechos anejos, han ido ampliándose con el tiempo, en el Convenio núm. 103, adoptado en 1952, y en el Convenio núm. 183, adoptado en 2000. Junto con las Recomendaciones correspondientes, núm. 95, en 1952, y núm. 191 en 2000, los instrumentos tienen por objeto preservar la salud de la madre y del recién nacido, y proporcionar seguridad en el empleo, en especial, protección contra el despido y la discriminación, y preservar el salario y las prestaciones durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al

¹² OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. p. 67.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

trabajo después del parto. Así pues, se trata de que la mujer pueda combinar satisfactoriamente su rol reproductivo y su rol productivo, y de prevenir la desigualdad de trato en el empleo a causa de la capacidad de alumbramiento de la mujer.

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

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

33. El mencionado Convenio de la OIT fue aprobado por esta organización el 30 de mayo del 2000 y ratificado por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 012-2016-ER, publicado en el diario oficial "*El Peruano*" el 24 de febrero de 2016. Al respecto, cabe señalar que es la primera vez que un convenio de la OIT exhorta a los Estados miembros a que adopten las medidas apropiadas para impedir la discriminación en el empleo, en concreto por razones de maternidad, incluido el acceso al empleo.
34. El Convenio 183 OIT tiene por objetivo garantizar la igualdad de oportunidades para todas las madres trabajadoras. En esa medida, parte de señalar en su artículo 2 que sus disposiciones se aplican a "(...) *todas las mujeres empleadas, inclusive las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente*". Aunque existe la posibilidad de que, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, se pueda excluir a determinadas categorías de trabajadoras de los efectos de la citada convención, con la condición de que esta excepción sea transitoria, además de aplicar de manera progresiva y paulatina los beneficios contemplados en la misma a todas las madres trabajadoras.
35. Asimismo, los derechos que este tratado internacional confiere a las madres trabajadoras son los siguientes:

- a) *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: destinado a proteger no solo a las mujeres embarazadas sino también a las que están en proceso de lactancia frente a trabajos considerados peligrosos.
- b) *Licencia de maternidad (artículo 4)*: con una duración mínima de 14 semanas, de las cuales al menos 6 semanas se otorgarán con posterioridad al parto.
- c) *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: a partir de un certificado médico se deberá otorgar una licencia, antes o después del de maternidad, en caso de enfermedad, complicaciones o riesgo de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

mismas como consecuencia del embarazo o parto.

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

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

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

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

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

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

37. El artículo en mención establece la prohibición al empleador de despedir a una mujer trabajadora en tres supuestos claramente delimitados, relacionados con el ejercicio de la maternidad:

- a) Cuando esté embarazada.
- b) Durante el goce de su licencia maternal o licencia en caso de enfermedad o complicaciones, o
- c) Después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional.

38. Ello no quiere decir, claro está, que la mujer trabajadora que esté en las situaciones señaladas precedentemente no pueda ser finalmente despedida. Y es que el artículo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

en mención es claro al señalar que es posible que se produzca el despido siempre y cuando éste ocurra por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Al respecto, y de acuerdo a la legislación comparada, los casos en los que se puede invocar de manera legítima el despido, aun dentro del periodo de protección que establece el Convenio 183 son, a modo de ejemplo, los siguientes: a) falta grave, negligencia grave o infracción de la disciplina laboral; b) ingreso en prisión; c) trabajo para otra empresa durante el periodo de licencia; etc.¹³

39. Adicionalmente, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad (artículo 8.2 del Convenio 183 OIT).
40. Cabe señalar que el Convenio 183 de la OIT ha sido ratificado por el Perú con la Resolución Legislativa N° 30312 con fecha 21 de marzo de 2015 por lo que sus disposiciones surten todos sus efectos de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la Constitución que establece que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”* y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*, no queda sino convenir en que los contenidos anteriormente señalados resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.
41. En este sentido, a partir de esta fecha las reglas que se señalan en este tratado, referidos al despido de mujeres embarazadas, y que están en armonía con el artículo 23 de la Constitución deben ser tomadas en cuenta por todos los operadores tanto en el ámbito público como privado.
42. Por otro lado, en el ámbito nacional, cabe resaltar que el legislador se ha dado cuenta de la especial protección que merece la madre en el ámbito laboral, conforme al artículo 23 de la Constitución, como consecuencia ha aprobado diversas normas de rango infraconstitucional efectivizando este mandato de protección.
43. El artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS. 003-97-TR), modificado por el artículo 1 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre 2015 señala que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuestos:
(...) e.- El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el

¹³ OIT. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo. Segunda Edición. 2010, p. 75.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

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

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

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

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

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

45. Como se advierte, esta última ley complementa lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 138 OIT, en el sentido de que la protección reforzada para las madres trabajadoras se extiende hasta el periodo de lactancia el cual, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 27240, es hasta que su hijo o hija cumpla 1 año.¹⁴ Este Tribunal considera que el periodo de lactancia constituye una manifestación del ejercicio de la maternidad, lo que explica que tanto la Constitución como la ley brinden medidas afirmativas especiales a las trabajadoras que presenten dicha situación.

46. Cabe recordar, como lo señaló este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 70), que el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del

¹⁴ Artículo 1.- Del objeto de la Ley

1.1 La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.

47. De forma resumida, desde la entrada en vigencia del Convenio 183 en el Perú y asimismo, con la publicación de la Ley 30709, estas serán las reglas que deberán regir cuando se alegue la vulneración de los derechos de una madre en el trabajo, independientemente del régimen en el que se encuentren:

a) El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre.

b) Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia.

c) Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad.

Análisis del caso

48. En el presente caso, la demandante solicita que se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando como especialista en el área de logística u otro de similar jerarquía en la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura – Sede Talara, y el pago de los costos procesales.

49. Sostiene que prestó servicios en la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura – Sede Talara como asistente en el área de logística y en otros cargos de necesidad de la entidad emplazada, desde el 6 de noviembre de 2012 hasta el 23 de abril de 2015, de manera continua, permanente, ininterrumpida, remunerada y subordinada, con contratos de locación de servicios y, posteriormente, con contrato administrativo de servicio (CAS) -el que no suscribió a pesar de que fue designada bajo ese régimen-, los cuales se han desnaturalizado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

50. Alega haber comunicado a su empleador su estado de gestación, por lo que su despido deviene en discriminatorio. Añade que, debido a que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y sus labores han superado el año, ha alcanzado la estabilidad laboral prevista en la Ley 24041 y, por tanto, su derecho a no ser despedida o cesada por causa justa, sin previo proceso y otorgándosele el derecho a la defensa, todo ello dentro de un debido proceso.

51. Considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA** por las siguientes razones:

- a) Conforme a las reglas señaladas en el fundamento 47 del presente voto, que han sido reafirmadas por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la protección se extiende a madres en el ámbito laboral, es decir que mantengan una relación laboral con un empleador.
- b) La demandante sostiene que ha laborado en la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura como asistente en el área de logística y en otros cargos de necesidad de la entidad demandada desde el 6 de noviembre de 2012 hasta el 23 de abril de 2015, mediante contrato de locación de servicios, y que posteriormente, la asignaron como CAS de confianza, contrato que nunca se habría suscrito. Alega que habría mantenido una relación laboral ininterrumpida, remunerada y subordinada.
- c) En este sentido, el primer punto controvertido radicaría en si es existió una relación laboral entre la demandante y la Unidad Ejecutora de Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura.
- d) Lo normal sería que una pretensión que apunte a que se declare la desnaturalización de una relación laboral sea declarada improcedente pues la vía ordinaria laboral sería una vía igualmente satisfactoria. Sin embargo, por la necesidad de tutela urgente, derivada de la relevancia del derecho alegado (protección a una madre embarazada, por vulneración del derecho a la igualdad y al trabajo), no se superaría el análisis de la dimensión subjetiva que se estableció en el precedente Elgo Ríos (Exp. 2383-2013-PA/TC)
- e) En este sentido, queda establecido que el amparo constituye la vía idónea para dilucidar dicho punto controvertido.
- f) Al respecto, este Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que

(...) se debe determinar si la prestación de servicios del recurrente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, puede ser considerado un contrato de trabajo, porque de ser así, el demandante sólo podía ser despedido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

por causa justa prevista en la ley. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 1944- 2002-AA/TC, se estableció que mediante el referido principio "[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (fundamento 3). 7. Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud". (EXP. 0018-2016-PA/TC, 3068-2014-PA/TC, entre otros)

- g) En este sentido, respecto a si se encubrió una relación laboral mediante contratos de locación de servicios, en autos se observa lo siguiente:
- a. Que mediante memorándum 010-2015/GRP-400003-01 de fecha 27 de enero de 2015 se designa a la señora Noa Magaly Lalupú Panduro “especialista en contrataciones”, las funciones de Encargada de Adquisiciones y Contrataciones de Bienes y Servicios Menores a 3 UIT.
 - b. El 29 de enero de 2015, mediante Resolución Directoral N° 18-2015/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como responsable del otorgamiento de la información solicitada mediante la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública
 - c. Memorándum N° 248-2013/GRP-400003-01-OL mediante la cual la Ing. Helen Sandoval Barranzuela se dirige a la demandante Noa Lalupu como Asistente de la Oficina de Logística.
 - d. Carta N° 002-2013/AST-NMLP-OL, mediante la cual la demandante como “asistente de logística” remite un memorándum a la Ing. Helen Sandoval Barranzuela como encargada de Logística
 - e. Que mediante R.D. 416-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro suplente del Comité Especial Ad Hoc que se encargará de la organización, conducción y ejecución del Proceso de Licitación Pública [...] SNIP 284233.
 - f. Que mediante R.D. 415-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro suplente del Comité Especial Ad Hoc que se encargará de la organización, conducción y ejecución del Proceso de Licitación Pública [...] SNIP 283618.
 - g. Que mediante R.D. 413-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro suplente del Comité Especial Ad Hoc que se encargará de la organización, conducción y ejecución del Proceso de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

- Licitación Pública [...] SNIP 297464.
- h. Que mediante R.D. 395-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro titular (presidenta) del Comité Especial Ad Hoc que se encargará de la organización, conducción y ejecución del Proceso de Licitación Pública [...] SNIP 295850.
 - i. Que mediante R.D. 394-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro suplente del Comité Especial Ad Hoc que se encargará de la organización, conducción y ejecución del Proceso de Licitación Pública [...] SNIP 293441.
 - j. Que mediante R.D. 343-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro titular del Comité Especial **Permanente** que se encargará conducir los Procesos de Adjudicación de Menor Cuantía, Adjudicación Directa Selectiva, Adjudicación Directa Pública llevados en la Unidad Ejecutora Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura.
 - k. Resolución Ejecutiva Regional 275-2014/GOBIERNOREGIONALPIURA-PR, que designa como miembro titular del **Comité Especial Permanente** que se encargará de conducir los diversos procesos de selección de la Unidad Ejecutora N° 304.
 - l. Resolución Ejecutiva Regional 274-2014/GOBIERNOREGIONALPIURA-PR, que designa como miembro titular del Comité Especial Ad Hoc que se encargará de conducir los proyectos [...] SNIP 252572, 253636
 - m. Que mediante R.D. 18-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro suplente del Comité Especial Ad Hoc que se encargará de la organización, conducción y ejecución del Proceso de Licitación Pública [...] SNIP 269467.
 - n. Que mediante R.D. 15-2014/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro suplente del **Comité Especial Permanente** que se encargará de conducir los Procesos de Selección de Adjudicación de Menor Cuantía, Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación Directa Pública [...].
 - o. Que mediante R.D. 51-2013/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN que reconfirma su designación como miembro suplente del Comité Especial Permanente encargado de conducir los Procesos de Adjudicación de Menor Cuantía, Adjudicación Directa Selectiva, Adjudicación Directa Pública que tengan por objeto la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de consultoría de obras, llevados en la Unidad Ejecutora Institutos Superiores de Educación Pública Regional de Piura Correspondiente al ejercicio fiscal 2013.
 - p. Que mediante R.D. 44-2013/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN se designa a la demandante como miembro suplente del Comité Especial Ad Hoc que se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

encargará de la organización, conducción y ejecución del proceso de Licitación Pública según los Términos de Referencia que definen la ejecución contractual de la construcción, equipamiento, y montaje, hasta la puesta en funcionamiento, además de la elaboración del Expediente Técnico del Proyecto de Inversión Pública Equipamiento y Acondicionamiento del I.S.T.P Centro de Formación Profesional Binacional - Sede Mellares - Provincia de Sullana – Piura.

- q. Que mediante R.D. 64-2013/UE.ISEPRP-DIRECCIÓN que la designa como miembro titular del comité de entrega de terreno donde se ejecutará el Servicio "Mantenimiento Instalación y Puesta en Funcionamiento del Maquicentro para el Instituto de Educación Superior Tecnológico Público Manuel Yarieque Espinoza, Catacaos-Piura, Meta: Mantenimiento de Equipos".
- h) Del análisis de dichos documentos, queda acreditado que la demandante que se encontraba como locadora de servicios, en realidad mantenía una relación laboral por realizar funciones de naturaleza permanente, por lo que, bajo el principio de primacía de la realidad, habría operado una desnaturalización de su relación laboral.
- i) En tanto se ha podido acreditar que existió una relación laboral entre la demandante y la entidad emplazada, corresponde analizar si se vulneró su derecho a la igualdad en el ámbito laboral, por haber sido víctima de un supuesto despido nulo que habría tenido como causal su estado de gestación.
- j) Está acreditado que la entidad tomó conocimiento de su estado de gestación (comunicación del 13 de enero de 2015, obrante a fojas 134).
- k) En este sentido, le correspondería a la entidad demandada demostrar que la terminación del vínculo laboral que tenía que con la demandante no obedecía a su estado de gestación, tal y como se señala en el fundamento 47 del presente voto.
- l) De los escritos de contestación y de apersonamiento de la demandada, no se puede apreciar que haya cumplido con brindar razones válidas que justifiquen la terminación del vínculo laboral.
- m) Cabe señalar que respecto a que la demandante se encontraba bajo el régimen CAS de confianza, obra la R.D. 0009-2015-DUEISEPRP-PIU, de fecha de 20 de enero de 2015, en la que se designa con confianza anticipada del 05 de enero de 2015 a la demandante en el cargo de especialista de área de logística.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01459-2020-PA/TC
SULLANA
NOA MAGALY LALUPU
PANDURO

- n) A propósito de esta situación, la demandante señala que esto nunca se materializó. Considero que la afirmación de la recurrente queda acreditada porque a fojas (20 a 22) obran las órdenes de servicio 0022, 0039 y 0198 de fechas 28 de enero, 18 de febrero y 21 de abril de 2015, respectivamente.
- o) En este sentido, por más que se señale que se encontraba bajo el régimen de CAS de confianza, en la realidad, se le contrató mediante dichas órdenes de servicio con contratos de locación.
- p) Por todas las razones expuestas, mi voto es como sigue:
1. Declarar **FUNDADA** la demanda por vulneración del derecho al trabajo y a la igualdad.
 2. **ORDENAR** la reposición de la señora Noa Magaly Lalupu Panduro en el cargo en el que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos o en uno de igual o similar nivel.

S.

MIRANDA CANALES