Firmado digitalmente por:
LEDESMA NARVAEZ
Marianella Leonor FAU 20217267618
soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 21/12/2020 17:36:03-0500

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 994/2020

Firmado digitalmente por:
REATEGUI APAZA Flavio
Adolfo FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fé
Fecha: 31/12/2020 21:42:17-0500

EXP. N.° 01094-2018-PA/TC
LAMBAYEQUE
NANCY CANDELARIA MOCARRO AGUILAR

Firmado digitalmente por:
FERRERO COSTA Augusto FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 23/12/2020 13:17:37-0500

RAZÓN DE RELATORÍA

Con fecha 27 de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, han emitido, por mayoría la siguiente sentencia, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 01094-2018-PA/TC.

Asimismo, los magistrados Miranda Canales y Sardón de Taboada formularon fundamentos de voto.

Firmado digitalmente por:
MIRANDA CANALES Manuel
Jesus FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 23/12/2020 17:04:47-0500

El magistrado Ferrero Costa emitió voto singular declarando infundada la demanda.

Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini, emitió un voto singular y que entregará en fecha posterior.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.
LEDESMA NARVAEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NUÑEZ
SARDON DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Firmado digitalmente por:
BLUME FORTINI Ernesto
Jorge FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 31/12/2020 18:57:10-0500

Firmado digitalmente por:
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA
Eloy Andres FAU 20217267618
soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 23/12/2020 17:18:16-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por:
SARDON DE TABOADA Jose
Luis FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 23/12/2020 15:28:00-0500

Firmado digitalmente por:
RAMOS NUÑEZ Carlos
Augusto FAU 20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 31/12/2020 10:42:53-0500

EXP. N.° 01094-2018-PA/TC
LAMBAYEQUE
NANCY CANDELARIA MOCARRO AGUILAR

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de noviembre 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 del Pleno del día 24 de abril de 2019, con fundamento de voto de los magistrados Miranda Canales y Sardón de Taboada y voto singular de los magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nancy Candelaria Mocarro Aguilar contra la resolución de fojas 171, de fecha 27 de febrero de 2018, expedida por la Sala Mixta Vacacional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de setiembre de 2016, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de Lambayeque y el Director del Hospital Regional de Lambayeque, solicitando que se deje sin efecto el Oficio 2290-2016-GR-LAMB/GERESA/HRL/DE/OADM-UDH, de fecha 16 de junio de 2016, y que, en consecuencia, se le otorgue la licencia por enfermedad con goce íntegro de su haber. Manifiesta que es paciente con enfermedad oncológica (cáncer de mama izquierda) y, por tanto, tiene derecho a que se le otorgue licencia con goce de haber en virtud del cuarto párrafo del artículo 55 del Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668. Refiere que la entidad demandada ha denegado su solicitud de licencia por enfermedad por considerar que dicha norma se encontraría tácitamente derogada por el Decreto Legislativo 276, lo cual no resulta correcto por cuanto ni esta última norma ni la Ley 26790 regulan en ningún extremo el otorgamiento de licencia con goce de haber por enfermedad de tuberculosis o neoplasia maligna (cáncer). Agrega que la decisión de la entidad demandada vulnera sus derechos constitucionales a la salud y al trabajo.

El Procurador Público del Gobierno Regional de Lambayeque propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa. Asimismo, contesta la demanda y sostiene que el Decreto Ley 11377, que sirve de sustento para que la demandante solicite licencia por enfermedad con goce de haber, se encuentra derogada de manera tácita por el Decreto Legislativo 276.

EXP. N.° 01094-2018-PA/TC
LAMBAYEQUE
NANCY CANDELARIA MOCARRO AGUILAR

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, con fecha 9 de octubre de 2017, declara improcedente la demanda, por considerar que el cuestionamiento de una denegatoria del otorgamiento de licencia por enfermedad tiene incidencia en un régimen laboral público, y que la vía procedimental pertinente para cuestionar dicha decisión es el proceso contencioso administrativo.

La Sala Superior revisora confirma la apelada por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto el Oficio 2290-2016-GR-LAMB/GERESA/HRL/DE/OADM-UDH, de fecha 16 de junio de 2016, y que, en consecuencia, se le otorgue a la demandante licencia por enfermedad hasta por dos años con goce íntegro de su haber. Alega la vulnera de sus derechos a la salud y al trabajo.

§2. Consideraciones previas y procedencia de la demanda

2. En el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC, en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, dejó sentado lo siguiente:

> 12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria": una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
> 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea), o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea). Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
> 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad); situación también predicable cuanto existe un proceso ordinario considerado como "vía igualmente satisfactoria" desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que es necesaria una

tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño).

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:
    - Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
    - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
    - Que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y
    - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

    (…)
16. Esta evaluación debe ser realizada por el Juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resuelta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).

3. En el presente caso, la pretensión contenida en la demanda supera el análisis de pertinencia de la vía constitucional, toda vez que se verifica que se encuentra comprometida la salud de la recurrente, quien padece cáncer. Por tanto, el presente caso debe ser resuelto de manera urgente, a fin de evitar consecuencias irreparables.

4. En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que, sobre la base de la urgencia del caso, y teniendo en cuenta que las partes demandadas han ejercido su derecho de defensa (ff. 48 y 57), debe analizar la cuestión controvertida y emitir un pronunciamiento sobre el fondo.

§3. Análisis de fondo

5. La demandante sostiene que es paciente con enfermedad oncológica (cáncer de mama izquierda) y, por tanto, tiene derecho a que se le otorgue licencia con goce de haber por dos años en virtud del cuarto párrafo del artículo 55 del Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668. Refiere que la entidad demandada ha denegado su solicitud de licencia por enfermedad por considerar que dicha norma se encontraría tácitamente derogada por el Decreto Legislativo 276, lo cual, según la recurrente, no resulta correcto, por cuanto ni esta última norma ni la Ley 26790 regulan en ningún extremo el otorgamiento de licencia con goce de haber por enfermedad de tuberculosis o neoplasia maligna.

6. En consecuencia, se observa que el problema jurídico radica en determinar si la

denegatoria de la licencia por enfermedad con goce de haber, establecida en el cuarto párrafo del artículo 55 del Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668, vulnera el derecho a la licencia por enfermedad, en conexión con los derechos a la salud y al trabajo de la demandante.

7. A fin de dilucidar la cuestión, corresponde pronunciarse respecto de los siguientes puntos: (a) El derecho a la licencia por enfermedad, (b) la licencia por enfermedad prevista en el cuarto párrafo del artículo 55 del Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668, (c), análisis del caso concreto.

a. El derecho a la licencia por enfermedad

8. El derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú de 1993. Este derecho garantiza el acceso a la asistencia médica, la licencia por enfermedad, y contingencias como vejez, invalidez, accidentes de trabajo, entre otras (C-102[1], Convenio sobre la seguridad social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)). En virtud de la IV disposición final y transitoria de la Constitución, el Convenio 102 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Consecuentemente, la licencia por enfermedad es un derecho fundamental consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, que se encuentra contenido en el derecho a la seguridad social.

9. En esta línea, el derecho a la licencia por enfermedad está regulado en el artículo 110 del Decreto Supremo 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa, el mismo que indica: “Las licencias a que tienen derecho los funcionarios y servidores son: a) Con goce de remuneraciones: Por enfermedad (…)”.

10. El derecho a la licencia por enfermedad contribuye a alcanzar la igualdad material, la justicia social y la eficacia plena de los derechos fundamentales, los cuales son objetivos del Estado democrático y social de derecho[2].

11. En efecto, la licencia por enfermedad le da al trabajador la posibilidad de no quedar en el desempleo o precarizar su salud, lo que permite garantizar la igualdad material y

[1] Ratificado por el Perú el 23 de agosto de 1961. El Estado peruano ha aceptado las partes II, III, V, VIII y IX. En virtud del párrafo 1 del artículo 3 del Convenio, el gobierno se acoge a las excepciones temporales que figuran en los artículos 9,d); 12,2; 15,d); 18,2; 27,d); 48,c) y 55,d). Recuperado el 30 de octubre de 2020, en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102

[2] En virtud de los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado peruano ha acogido el modelo de Estado democrático y social de derecho.

alcanzar la justicia social. Y es que un empleado enfermo, sin la garantía de la licencia por enfermedad, tendría que elegir entre el trabajo y la protección de su salud. Si escoge el trabajo, correría el riesgo de empeorar su salud; mientras que, si elige la protección de su salud, implicaría que deje de trabajar, lo que impactaría en su bienestar económico, familiar e incluso en su salud. Por ello, la licencia por enfermedad tiene entre sus beneficios brindar protección al trabajador y evitar el riesgo de precarizar su bienestar físico, económico, familiar, entre otros. Con esto, se coadyuva a reducir la brecha de la pobreza en el país, o a evitar ahondarla, y de esta manera, como ya se dijo, se contribuye a garantizar la igualdad material y la justicia social.

12. En la misma línea, la licencia por enfermedad permite el goce de otros derechos fundamentales, tales como los derechos a la salud, vida, integridad personal, trabajo, entre otros, lo que coadyuva a la plena eficacia de los derechos fundamentales, el cual es una característica del Estado democrático y social de derecho.

13. En suma, el derecho a la licencia por enfermedad se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y contribuye a alcanzar algunos de los objetivos del modelo de Estado democrático y social de Derecho.

b. La licencia por enfermedad prevista en el cuarto párrafo del artículo 55 del Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668

14. Con fecha 16 de junio de 1950 entró en vigor el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, Decreto Ley 11377, el mismo que reguló la carrera administrativa y estableció la forma de ingreso a ella, los ascensos y promociones, entre otros. La referida norma preceptuaba en su artículo 55 (primer párrafo) que "[s]e concederá licencia, por enfermedad hasta por 60 días con goce íntegro del haber". Y, en el cuarto párrafo del referido artículo 55, el cual fue modificado mediante el artículo único de la Ley N° 15668, publicada el 28 octubre 1965, precisaba "[s]i la enfermedad fuera tuberculosis o neoplasia maligna no recuperables, debidamente diagnosticadas, tendrá derecho a licencia hasta por dos años con el goce íntegro de su haber".

15. Posteriormente, el 24 de marzo de 1984 entró en vigor la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada por el Decreto Legislativo 276, que regula la carrera administrativa. Dicha ley establece en su artículo 24, inciso e), que entre los derechos de los servidores públicos se encuentra el hacer uso de permisos o licencias por causas justificadas o motivos personales, en la forma en que determine su reglamento.

16. Por su parte, el Reglamento de la carrera administrativa, aprobado por el Decreto Supremo 005-90-PCM, prescribe en su artículo 109 que las licencias consisten en la autorización a los servidores públicos de no asistir al centro de trabajo uno o más días. Así también, en artículos posteriores se especifica cuáles son las licencias, entre ellas la licencia con goce de haber, como a continuación se detalla:

> Artículo 110.- Las licencias a que tienen derecho los funcionarios y servidores son:
> a) Con goce de remuneraciones:
> - Por enfermedad;
> - Por gravidez
>
> Artículo 111.- **La licencia por enfermedad** y gravidez **se otorgan conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 22482 y reglamento."**

17. El Decreto Ley 22482 y su reglamento (a los que se hace mención en el Reglamento de la Carrera Administrativa) fueron derogados por la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 887, publicada el 11 noviembre 1996. Posteriormente, reitera derogación la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Modernización del Sistema de la Seguridad Social en Salud, Ley26790, publicada el 17 de mayo de 1997.

18. Actualmente, la legislación establece que el trabajador, en caso de enfermedad acreditada, podrá ausentarse por un periodo de veinte días, pero si el descanso médico se extendiera por un periodo mayor, el trabajador gozará de un subsidio por incapacidad temporal conforme a lo previsto en la Ley de Modernización del Sistema de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790, que establece en el inciso a.3) de su artículo 12, que dicho subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad y se otorgará mientras dure la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos. Precisa la norma que los primeros 20 días será el empleador el obligado al pago de la remuneración que corresponde al trabajador.

19. De todo lo antes expuesto, se advierte que la actual normativa ha dejado de regular lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 55 de la Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668, y su reglamento, referidos a la licencia con goce por tuberculosis o neoplasia maligna no recuperables.

20. Sin perjuicio de lo expuesto, atendiendo a la enfermedad y diagnóstico que presenta la demandante, y para casos similares, afines a su condición, se exhorta al Congreso de la República a regular condiciones especiales de licencia con goce por neoplasia maligna no recuperable. Con ello se profundizaría en la protección del derecho a la licencia por

enfermedad a favor de estos empleados que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Y es que la protección por un tiempo adicional contribuiría a la calidad de vida de los empleados con neoplasia irrecuperable, lo que permitiría alcanzar los fines del Estado democrático y social de derecho (igualdad material, justicia social y la plena efectividad de los derechos fundamentales).

c. Análisis del caso concreto

21. En el presente caso, la demandante alega que, al ser paciente con diagnóstico de cáncer de mama izquierda, tiene derecho a que se le otorgue licencia con goce de haber al amparo del cuarto párrafo del artículo 55 del Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668.

22. Sin embargo, como se advirtió en los apartados anteriores, la licencia con goce por tuberculosis o neoplasia maligna irrecuperables, establecida en el cuarto párrafo del artículo 55 de la Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668, no se encuentra vigente en la actualidad.

23. Por consiguiente, la licencia prevista en el cuarto párrafo del artículo 55 de la Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668, no puede ser usada como parámetro para determinar si la recurrente cumple o no con los requisitos de dicha norma. Razón por la cual la demanda es improcedente.

24. Y, dado que en el caso de autos no puede determinarse si la denegatoria de la licencia con goce por neoplasia no recuperable, prevista en el cuarto párrafo del artículo 55 de la Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668, vulnera o no el derecho a la licencia por enfermedad de la recurrente, tampoco es posible evaluar la violación por conexidad de sus derechos a la salud y al trabajo.

25. Sin perjuicio de lo expuesto, y tomando en consideración lo referido en los fundamentos 15 a 18 *supra*, se puede advertir que actualmente existe una regulación especial para el caso de licencias por enfermedad, esto es, la establecida por la Ley de Modernización del Sistema de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790. En ese sentido, correspondería que la demandante se acoja a lo regulado por la referida ley y su reglamento para obtener de ese modo una licencia con goce de haber por enfermedad.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
SARDON DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NUÑEZ

EXP. N.° 01094-2018-PA/TC
LAMBAYEQUE
NANCY CANDELARIA MOCARRO AGUILAR

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la liberad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.

2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas[3]. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción "derechos sociales" tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales[4].

3. Ahora bien, conviene destacar que 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.

4. 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[5].

---

[3] MAZZIOTTI, Manlio. "Diritti sociali". En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.
[4] KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.
[5] PACHECO TORRES, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.

- ❖ 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.

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

6. 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 eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[6].

7. 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 identificarlos[7].

---

[6] Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.
[7] ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos* exigibles. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

8. 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.

9. Ahora bien, los derechos sociales y sus titularidades tienen ciertas particularidades que en algunos casos hacen que su urgencia sea extrema. Estas situaciones de especial vulnerabilidad se encuentran en los grupos históricamente discriminados, también conocidos como las categorías sospechosas[8]. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental[9], entre otros.

10. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que las diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional[10] con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.

11. Aunada a la idea anterior, encontramos que los derechos sociales al momento de ser judicializados, deben encontrar medidas más sencillas para que puedan ser protegidos, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial[11] o el test de proporcionalidad[12].

---

[8] SABA, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" En: GARGARELLA, Roberto (coordinador). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 695-742.

[9] SMITH CASTRO, Pamela, BURGOS JAEGER, Mariana. "Los debates pendientes en materia de discapacidad, libertad y capacidad jurídica". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 144, Diciembre 2019, pp. 164-176. Precisamente sobre la discapacidad mental, la jurisprudencia constitucional tiene un largo camino por recorrer, como ya ha sido analizado en: RODRÍGUEZ GAMERO, Marco Alonso. "Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad en las personas con discapacidad mental: una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 18, Núm. 1, 2020, pp. 145-211.

[10] Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

[11] Sobre el criterio de razonabilidad y el mínimo esencial: LIEBENBERG, Sandra. *Socio-Economic rights. Adjudication under a transformative constitution*. Claremont, Juta, 2010, pp. 131-227.

[12] CONTIADES, Xenophon, ALKMENE, Fotiadou. "Social rights in the age of proportionality: global

EL DERECHO A LA IGUALDAD

12. 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).

13. 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.

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

15. 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 igualdad. Esto se aborda, con mayor claridad en la igualdad en sentido material, que explicaremos en este voto.

16. 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

---

economic crisis and constitutional litigation". In: *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 660-686.

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 derechos[13]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

17. 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.

18. 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.

19. 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 escrutinios[14]:

    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.

[13] 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.
[14] Ídem, pp. 147-148.

ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancias 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 claridad es posible plantear las denominadas "categorías sospechosas".

20. 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 producido[15].

EL DERECHO FUNDAMENTAL-SOCIAL A LA SALUD

21. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico. Constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado, por su parte, que dicho concepto no se limita solo la ausencia de enfermedad, sino que alude a un estado de completo bienestar físico, mental y social.

22. En lo que concierne al derecho a la salud, este comprende una serie de posiciones iusfundamentales, los cuales pueden ir desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud (cfr. STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34).

23. En relación con el derecho a los servicios de salud, que tal vez es el ámbito más distintivo de este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos servicios

[15] Ídem, pág. 153.

deben ser brindados de *modo integral*, es decir, "(…) con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de *calidad*, *oportunidad*, *aceptabilidad* y *accesibilidad* física y económica, en tanto elementos esenciales de la atención sanitaria" (STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34.c). En este sentido, entonces, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende el derecho a recibir un servicio de salud otorgado de acuerdo a las características a las cuales se acaba de hacer referencia.

24. Por otra parte, este Tribunal ha tenido ocasión de referirse a la autonomía del derecho a la salud con respecto de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (STC Exp. n.º 5842-2006-PHC). Al respecto, ha afirmado que "quizás donde el Tribunal Constitucional ha de optimizar su posición es respecto a la *autonomía del derecho fundamental a la salud*. Es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y excluyente, tal como se ha podido notar en el fundamento precedente.

25. De hecho, el derecho a la salud tiene sustento en el principio de dignidad del ser humano [posición asumida en la STC Exp. n.º 3593-2005-PA], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna [fundamento 28 de la STC Exp. n.º 2945-2003-AA; además, fundamento 27 de la STC Exp. n.º 2016-2004-AA y fundamento 43 de la STC Exp. n.º 3330-2004-AA], tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad [fundamento 10 de la STC Exp. n. º05954-2007-PHC], y cuenta con un estrecho enlazamiento con el medio ambiente [fundamento 2 de la STC Exp. n.º 2064-2004-AA, sobre todo en lo relativo a la higiene ambiental]; pero igual debe permitirse su *tutela independiente*" (f. j. 48).

LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA SOCIEDAD ACTUAL

26. 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 decisiones"[16].

27. 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.

28. 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.

29. 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.

30. 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 mujeres[17]. En esa línea, se trata de desmantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres "desaventajadas".

31. Por ello, consideramos necesario 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

---

[16] 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.

[17] 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.

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 acarreen 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.

32. 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

33. 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 está 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 madre[18].

[18] 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&databasematch=AN&reference=6381771&links=%222387%2F2011%22&optimize=20120524&publicinterface=true) y la Sentencia del Tribunal de

34. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hosfman 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 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".

35. 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).

36. 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.

37. 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.

38. 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

---

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)

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).

39. 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 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).

40. 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.

41. 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).

42. En consecuencia, 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 o el permiso por lactancia materna.

43. A razón de ello es conveniente que en este tipo de demandas se escuchen los argumentos de todos los actores civiles a efectos de mejorar las sentencias del Tribunal Constitucional, que en buena cuenta siempre deben encontrar la unanimidad en sus decisiones. Dicha unanimidad es posible por medio del diálogo, que funciona como un mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales[19].

S.

MIRANDA CANALES

[19] NINO, Carlos. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Traducción de Roberto Saba. Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 202.

EXP. N.° 01094-2018-PA/TC
LAMBAYEQUE
NANCY CANDELARIA MOCARRO AGUILAR

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia, me aparto de la referencia al precedente Elgo Ríos —Expediente 02383-2013-PA/TC— contenida en su fundamento 2.

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 01094-2018-PA/TC
LAMBAYEQUE
NANCY CANDELARIA MOCARRO AGUILAR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto el Oficio 2290-2016-GR-LAMB/GERESA/HRL/DE/OADM-UDH, de fecha 16 de junio de 2016, y que, en consecuencia, se le otorgue la licencia por enfermedad hasta por dos años con goce íntegro de su haber. Alega la vulnera de su derecho constitucional a la salud y al trabajo.

2. A fojas 5 de autos obra la Resolución Directoral Sub Regional Sectorial Nª 034-2016-GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS/REDS-U de fecha 25 de febrero de 2016, la cual señala en sus considerandos lo siguiente:

> Que el Informe Legal indicado [07-2016-RED.S-U/O.A.L de fecha 19 de febrero de 2016] (…) se ha señalado que la administrada presenta entre otros documentos el Informe Médico, de fecha 16 de enero de 2016 en donde se señala lo siguiente: Paciente mujer de 53 años de edad, tiene diagnóstico de CANCER DE MAMA IZQUIERDA EC IIA OPERADA en diciembre 2012, recibió quimioterapia y hemoterapia. En enero del 2015 se documenta metástasis hepática múltiple, por lo que ha recibido quimioterapia sistemática con buena respuesta clínica inicial. Paciente ha presentado progresión de enfermedad a nivel óseo (columna dorso lumbrar e iliaca) y hepática. Inicia tratamiento quimioterapeútico a título paliativo. Ha recibido terapia a metástasis ósea**. Paciente con enfermedad oncológica avanzada irrecuperable**. (…) (Subrayado nuestro)

3. En tal contexto, se aprecia que, de acuerdo a los documentos antes citados, la demandante padece una enfermedad oncológica, por lo que le correspondería verificar si procede su solicitud de gozar hasta por dos años de una licencia con goce de haber.

4. En el presente caso, la demandante alega que, al ser paciente con diagnóstico de cáncer de mama izquierda, tiene derecho a que se le otorgue licencia con goce de haber al amparo del cuarto párrafo del artículo 55 del Decreto Ley 11377, modificado por la Ley 15668. Al respecto, dicha norma señala lo siguiente:

> "**Artículo 55.** Se concederá licencia, por enfermedad hasta por 60 días con goce íntegro del haber.

> Si se prolonga la enfermedad, la licencia será prorrogada hasta por otro período igual, recibiendo el empleado, en los primeros 30 días la mitad de su haber y en los últimos 30 días la tercera parte del mismo.
> Vencido este término el empleado será declarado cesante, teniendo derecho a percibir la bonificación de acuerdo al artículo 52° de no contar con los años de servicios suficientes para obtener su cédula de cesantía.
> **Si la enfermedad fuera tuberculosis o neoplasia maligna no recuperables, debidamente diagnosticadas, tendrá derecho a licencia hasta por dos años con el goce íntegro de su haber**" (énfasis agregado).

5. En efecto, con fecha 16 de junio de 1950 entró en vigor el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, Decreto Ley 11377, el mismo que reguló la carrera administrativa estableciendo la forma de ingreso a ella, ascensos, promociones, entre otros. La referida norma señala en el cuarto párrafo de su artículo 55 (modificado mediante el Artículo Único de la Ley N° 15668, publicada el 28 octubre 1965) que se concederá licencia al servidor público, "[s]i la enfermedad fuera tuberculosis o neoplasia maligna no recuperables, debidamente diagnosticadas, (…) hasta por dos años con el goce íntegro de su haber".

6. Posteriormente, el 24 de marzo de 1984 entró en vigor la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada por el Decreto Legislativo 276, que regula la carrera administrativa. Dicha ley establece en su artículo 24, inciso e) que, entre los derechos de los servidores públicos, se encuentra el hacer uso de permisos o licencias por causas justificadas o motivos personales, en la forma en que determine su reglamento.

7. Por su parte, el reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por el Decreto Supremo 005-90-PCM, señala en su artículo 109 que las licencias consisten en la autorización a los servidores públicos de no asistir al centro de trabajo uno o más días. Así también, en artículos posteriores señala cuáles son las licencias, entre ellas, se encuentra la licencia con goce de haber como a continuación se detalla:

> Artículo 110.- Las licencias a que tienen derecho los funcionarios y servidores son:
> b) Con goce de remuneraciones:
> - Por enfermedad;
> - Por gravidez
>
> Artículo 111.- **La licencia por enfermedad** y gravidez **se otorgan conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 22482 y reglamento."**

8. El Decreto Ley 22482 y su reglamento (a los que se hace mención en el reglamento de la Carrera Administrativa) fueron derogados por la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 887, publicada el 11 noviembre 1996.

Posteriormente, se reitera su derogación por la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Modernización del Sistema de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790, publicada el 17 de mayo de 1997.

9. Actualmente, la legislación establece que el trabajador en caso de enfermedad acreditada podrá ausentarse, por un periodo de veinte días, pero si el descanso médico se extendiera por un periodo mayor, el trabajador gozará de un subsidio por incapacidad temporal conforme a lo previsto en la Ley de Modernización del Sistema de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790 que establece en el inciso a.3) de su artículo 12, que dicho subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad y se otorgará mientras dure la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos. Precisa la norma que los primeros 20 días será el empleador el obligado al pago de la remuneración que corresponde al trabajador.

10. Conforme a lo antes señalado, se advierte que el Decreto Ley 11377 y su reglamento se encontrarían tácitamente derogados en la actualidad. En consecuencia, no es posible otorgar la licencia por tuberculosis o neoplasia en los términos que solicita la demandante. Sobre el particular, la Autoridad Nacional de Servicio Civil, se ha pronunciado en igual sentido en el Informe Técnico 80-2011-SERVIR/GG-OAJ de fecha 24 de enero de 2011, en el que ha señalado lo siguiente:

> (…) Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Decreto Ley N° 11733 constituye la norma que creó la Carrera Administrativa, estableciendo la forma de ingreso a ella, el procedimiento y requisitos para los ascensos y promociones, los derechos y obligaciones así como las correspondientes sanciones. Sin embargo, como es de conocimiento público, mediante el Decreto Legislativo N° 276 se crea la Carrera Administrativa, entendida como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes de los servidores públicos.
>
> Es decir, el Decreto Legislativo N° 276 publicado el 24 de marzo de 1984, regula el mismo objeto o materia, que no es otro que la Carrera Administrativa, dentro de la cual se incluyen todas las figuras jurídicas aplicables a la misma así como las materias o aspectos conexos.
>
> En ese orden de ideas, en aplicación del criterio de que una ley posterior deroga a la anterior, el Decreto Ley N° 11733, se encontraría derogado tácitamente. Asimismo, ratifica dicha posición lo señalado en el Artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido de que la materia del mencionado Decreto Ley al haber sido

íntegramente regulado por el Decreto Legislativo N° 276, el mismo se encontraría derogado.

Por lo tanto, las disposiciones sobre el otorgamiento de la licencia por enfermedad en el marco de la Carrera Administrativa se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento.

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

S.

FERRERO COSTA