



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno.Sentencia 883/2020

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de noviembre de 2020, los magistrados Ledesma Narváez, Ramos Núñez, y Espinosa-Saldaña Barrera han emitido, por mayoría, la siguiente sentencia que declara **INFUNDADA** la demanda de amparo que dio origen al Expediente 02942-2017-PA/TC.

Los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales y Sardón de Taboada emitieron votos singulares.

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

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Sara Paola Zegarra Medina contra la resolución de fojas 247, de fecha 9 de mayo de 2017, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de marzo de 2015, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Tacna, solicitando que se ordene su reposición laboral en la función de especialista en sociología categoría Ing. III de la Gerencia Regional de Desarrollo Económico, o en una plaza similar o análoga, respetando el nivel remunerativo y jerárquico que ostentaba, por haber sido víctima de un despido arbitrario. Sostiene que suscribió contratos temporales para proyectos de inversión, por el periodo comprendido del 1 de setiembre de 2011 al 31 de diciembre de 2014. Así, señala que se desempeñó en los cargos de promotora especialista de la Gerencia de Desarrollo Económico (del 1 de setiembre de 2011 al 31 de julio de 2013); jefa del proyecto “Fortalecimiento organizacional y comercial de los productores de aceitunas de la región Tacna” (1 de agosto al 31 de enero de 2014), en el que el último mes laboró sin contrato; y como especialista organizativa y en sociología del proyecto “fortalecimiento de la cadena productiva acuícola de los recursos Bentónicos marinos” (1 de febrero al 31 de diciembre de 2014), en virtud de contratos temporales bajo los alcances del Decreto Legislativo 276.

Por otro lado, la demandante alega que las funciones que realizó estaban dirigidas a satisfacer una necesidad fija y permanente para la Gerencia Regional de Desarrollo Económico de la emplazada. Agrega que ha sido víctima de un despido arbitrario el día 5 de enero de 2015, fecha en la que no se le permitió ingresar a su centro de labores, pese a haber adquirido la protección contra el despido arbitrario establecida en el inciso 1 de la Ley 24041. Señala que la emplazada argumentó que su cese respondía a la culminación de su último contrato, no obstante, considera que fue despedida por su estado gestacional,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

lo cual resulta ilegal. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales al trabajo y a la igualdad.

La procuradora pública del Gobierno Regional de Tacna propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y contesta la demanda alegando que la demandante no ha laborado para el Gobierno Regional, sino que prestó servicios en diversos proyectos de inversión que ejecutó su representada. Es decir, la actora fue contratada en la Administración Pública para realizar labores en un proyecto temporal.

El Tercer Juzgado Civil de Tacna, con fecha 2 de noviembre de 2015, declara infundada la excepción propuesta en autos y, con fecha 29 de diciembre de 2016, declara infundada la demanda, por estimar que el cese de la demandante ocurrió con fecha 31 de diciembre de 2014, ya que venció el plazo de su último contrato temporal para proyectos de inversión.

La Sala revisora confirma la apelada por estimar que en el presente caso no resulta de aplicación la protección a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 24041, por lo que no se habría producido el alegado despido discriminatorio.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La actora solicita que se la reincorpore en la función de especialista en sociología categoría Ing. III de la Gerencia Regional de Desarrollo Económico, o en una plaza similar o análoga, respetando el nivel remunerativo y jerárquico que ostentaba, aduciendo que el despido de que fue objeto es discriminatorio porque fue a causa de su embarazo.

Procedencia de la demanda

2. En la Sentencia 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció en el fundamento 15, con carácter de precedente, que una 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 los siguientes elementos: i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada; iii) que no existe riesgo de que se produzca irreparabilidad; y iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

3. En ese sentido, y atendiendo que, en el caso concreto, la demandante alega que ha sido objeto de despido como consecuencia de su estado de gravidez (embarazo), este Tribunal advierte que existe una necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión, por lo que el proceso de amparo resulta ser la vía idónea para dilucidar la controversia planteada.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

4. El artículo 22 de la Constitución establece lo siguiente: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”; y su artículo 27 señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
5. En el presente caso, la demandante solicita que se ordene su reposición laboral al haber sido objeto de un despido arbitrario pese a estar protegida bajo el amparo de la Ley 24041. Aunado a ello, la recurrente alega que su cese respondería a su estado de gestación. En ese sentido, corresponde a este Tribunal analizar en primer lugar si efectivamente, el despido de la demandante tuvo como causa su embarazo y, por otro lado, la procedencia de la aplicación de la Ley 24041 a su caso.
6. Sobre el tema de la discriminación laboral por motivos de gravidez, se ha establecido en la sentencia emitida en el Expediente 05652-2007-PA/TC que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indubitablemente, una discriminación directa por razón de sexo, proscrita en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.
7. Al respecto, este Tribunal advierte que la demandante recién comunicó sobre su estado de gestación a su empleadora el 19 de diciembre de 2014 (folio 66), aun cuando, según documentos que obran de fojas 66 a 68, al día 1 de diciembre 2014 ya tenía conocimiento de su embarazo. Asimismo, se verifica que el último contrato que celebraron las partes fue el contrato temporal para proyecto de inversión 004813-2014-GOBIERNO REGIONAL DE TACNA, el cual se suscribió del 1 al 31 de diciembre de 2014; entonces, antes de conocer que la actora se encontraba embarazada ambas partes pactaron voluntariamente como fecha de vencimiento el 31 de diciembre de 2014. Por tanto, mal podría concluirse de manera contundente que el cese laboral de la recurrente haya estado motivado por su embarazo y no así por el cumplimiento del plazo contractual previamente establecido.
8. Sin perjuicio de lo señalado, la recurrente alega haber laborado durante el periodo comprendido desde el 1 de febrero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014 en virtud de contratos para proyectos de inversión a cargo del Gobierno Regional de Tacna. Sobre el particular, se corrobora que la recurrente efectivamente laboró para proyectos de inversión, como se advierte de sus contratos temporales de fojas 5 a 23, las boletas de pago de fojas 25 a 63, y constancias de trabajo de fojas 87 a 88.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

9. El artículo 38 del Reglamento de Ley de la Carrera Administrativa, aprobado por el Decreto Supremo 005-90-PCM, señala lo siguiente respecto a la contratación a plazo determinado:

Artículo 38.- Las entidades de la Administración Pública sólo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental. Dicha contratación se efectuará para el desempeño de:

- a) Trabajos para obra o actividad determinada;
- b) Labores en proyectos de inversión y proyectos especiales, cualquiera sea su duración; o
- c) Labores de reemplazo de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada.

Esta forma de contratación no requiere necesariamente de concurso y la relación contractual concluye al término del mismo. Los servicios prestados en esta condición no generan derecho de ninguna clase para efectos de la Carrera Administrativa.

10. Ahora, en su artículo 1, la Ley 24041 otorga a los trabajadores contratados para servicios de naturaleza permanente (sujetos al régimen laboral público regulado en el Decreto Legislativo 276), la protección contra el despido arbitrario en la medida en que hayan cumplido un año de servicios ininterrumpidos, de este modo solo podrán ser despedidos ante la existencia de una falta grave previamente probada en un procedimiento disciplinario.
11. La referida ley establece en su artículo 2 qué trabajadores no están comprendidos dentro de su alcance, entre otros, en el inciso 2.2. se señala a los trabajadores del servicio público contratados para efectuar labores “en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y **cuando sean de duración determinada**”. (subrayado nuestro).
12. Al respecto, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, mediante Informe Técnico 2242-2016-SERVIR/GPGSC de fecha 30 de noviembre de 2016 (http://storage.servir.gob.pe/normatividad/Informes_Legales/2016/IT_2242-2016-SERVIR-GPGSC.pdf), ha señalado lo siguiente respecto a los alcances de la Ley 24041:

Ahora bien, la Ley N.º 24041 otorga a los servidores contratados para labores de naturaleza permanente bajo el régimen del Decreto Legislativo N.º 276, que tengan más de un (1) año ininterrumpido de servicios, una determinada estabilidad laboral, señalando que solo pueden ser cesados o destituidos si incurrir en la comisión de falta grave tipificada en la Ley de la Carrera Administrativa, previo procedimiento disciplinario. Lo cual no implica que el servidor contratado con más de un año



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

ininterrumpido de servicios goce de los mismos derechos de un servidor de carrera, dado que el ingreso a la carrera administrativa supone el cumplimiento de ciertos requisitos esenciales.

Asimismo, la Ley 24041 en su artículo 2º establece que dentro de ámbito de aplicación no están comprendidos los servidores contratados que realizan:

- a) Trabajos para obra determinada.
- b) Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada.
- c) Labores eventuales o accidentales de corta duración.
- d) Funciones políticas o de confianza.

De este modo, un servidor contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N.º 276 por más de un año (1) ininterrumpido de servicios, sólo podrá acceder a la protección que otorga la Ley N.º 24041 siempre que no haya realizado las labores señaladas en el párrafo anterior, sino solo labores de naturaleza permanente por dicho periodo.

13. Así, de acuerdo con los documentos señalados en el fundamento 5 *supra*, la demandante participó de setiembre de 2011 a diciembre de 2013, en diferentes cargos, en el proyecto de “Fortalecimiento organizacional y comercial de los productores de aceituna de la región Tacna”. Dicho proyecto, como se advierte a partir de la Carta 004-2014-SPZM de fecha 24 de enero de 2014, que contiene el informe final (folios 90 a 101), y la Carta 002-20174-SPZM, de fecha 9 de enero de 2014 (folios 102 a 104), terminó en diciembre de 2013. Por otro lado, desde febrero hasta diciembre de 2014 (folios 14 a 23 y 53 a 63) laboró como especialista de sociología en el proyecto “Fortalecimiento de la cadena productiva acuícola de los recursos bentónicos marinos de importancia comercial (macha, chanque y concha de Abanico) en la Región Tacna” (sic).
14. En consecuencia, al haber laborado como servidora pública sujeta a contratos de inversiones de duración determinada, no le corresponden los alcances de la Ley 24041.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

RAMOS NÚÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

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 (artículo 23).

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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 indemnización ³.

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

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

S.

FERRERO COSTA

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, me aparto de lo resuelto, por las siguientes consideraciones:

Delimitación del petitorio

1. La actora solicita que se la reincorpore en la función de especialista en sociología categoría Ing. III de la Gerencia Regional de Desarrollo Económico, o en una plaza similar o análoga, respetando el nivel remunerativo y jerárquico que ostentaba, aduciendo que el despido de que fue objeto es discriminatorio porque fue a causa de su embarazo.

Procedencia de la demanda

2. En la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2015, y con calidad de precedente, este Tribunal en referencia al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional señaló 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 celer 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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 la necesidad de tutela urgente derivada de la *relevancia del derecho*. En efecto, conforme se ha señalado, la demandante alega que fue discriminada en el ámbito laboral, por su condición de madre gestante. Por tanto, toda vez que el artículo 23 de la Constitución establece una especial protección por parte del Estado de la madre trabajadora, el proceso de amparo es el idóneo para resolver la controversia de autos.
4. Asimismo, cabe recordar que las mujeres madres en el ámbito laboral, constituyen un grupo de especial vulnerabilidad que requiere protección especial por parte del Estado. Como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 4):

(...) el deber del Estado, en general (y de las cortes o tribunales constitucionales, en particular), es mayor con respecto a las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad o desventaja. En lo que concierne al caso de autos, la Constitución prevé expresamente que el Estado protege a la familia, y considera a los niños y las madres como sujetos merecedores de una especial protección (artículo 4). Inclusive, señala



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

expresamente que el Estado "protege especialmente a la madre (...) que trabaja" (artículo 23).

La participación de las mujeres en el sector público

5. 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
6. 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
7. 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

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](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de enero de 2019).

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](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de enero de 2019).

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](https://storage.servir.gob.pe/servicio-civil/Informe%20La%20Mujer%20en%20el%20Servicio%20Civil%20Peruano%202019.pdf) (consultado el 21 de enero de 2019).

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

8. Esta realidad parte de cosmovisiones del mundo clásicas de la sociedad y la familia que se vieron reflejadas en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo. De esta forma, la tendencia mundial hegemónica hasta fines del XIX y comienzos del siglo XX fue la de prohibir el trabajo remunerado de las mujeres en ciertas situaciones, no solo por razones de maternidad o la presunta menor fuerza física de la mujer sino por la mentalidad de la época, que la consideraba menos "preparada" que el varón para los trabajos intelectuales y las funciones públicas.
9. 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).
10. 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.

11. 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

12. La Norma Fundamental establece disposiciones que tutelan la situación de maternidad de las trabajadoras.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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

14. 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.

15. 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

16. 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 (...)".*
17. Sobre este deber de protección especial, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC ha señalado lo siguiente:
15. (...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).
18. 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.
19. 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.
20. 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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

21. 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).
22. 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.
23. 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).
24. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]" (Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009).

25. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que podrían generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales con la finalidad de asegurar que estas diferencias no se conviertan en cargas que un grupo vulnerable tenga que soportar. En este caso en específico se trata de la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas.
26. De lo señalado en los fundamentos *supra*, se puede observar que 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.
27. En este sentido, no queda duda alguna que existe una obligación del Estado que emana de la Constitución que consiste en brindar una protección especial a las trabajadoras en situación de maternidad. Esta protección reforzada no debe distinguir el régimen laboral en el que se encuentren.

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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

(...) Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional *procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que a posteriori se presente la posibilidad de que tal inconstitucionalidad pueda producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos [énfasis agregado]

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

Análisis de la controversia

45. La demandante solicita que se ordene su reposición laboral al haber sido objeto de un despido arbitrario pese a estar protegida bajo el amparo de la Ley 24041. Aunado a ello, la recurrente alega que su cese respondería a su estado de gestación. En ese sentido, por la gravedad de lo alegado, le corresponde a este Tribunal analizar en primer lugar si efectivamente, el despido de la demandante tuvo como causa su embarazo.

Al respecto, conforme a lo afirmado por la propia demandante se puede observar que ha laborado durante el periodo comprendido desde el 1 de febrero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014 en virtud de contratos para proyectos de inversión a cargo del Gobierno Regional de Tacna. Sobre el particular, se corrobora que la recurrente efectivamente laboró para proyectos de inversión, como se advierte de sus contratos temporales de fojas 5 a 23, las boletas de pago de fojas 25 a 63, y constancias de trabajo de fojas 87 a 88.

46. Por otro lado, la demandante sostiene que no le renovaron el contrato debido a su estado de embarazo, por lo que considera que ha sido víctima de un despido discriminatorio por su condición de mujer.
47. De autos se puede constatar que la recurrente cumplió con comunicar sobre su estado de gestación a su empleadora el 19 de diciembre de 2014 (folio 66 a 72), teniendo aun contrato. Cabe apreciar, que la recurrente trabajaba mediante contratos temporales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

que se renovaban cada mes. Así, obran en el expediente, los contratos del año 2014, de los meses marzo a diciembre (folios 14 a 23).

48. En este sentido, no puede obviarse que la falta de renovación también puede implicar un despido del que pueda presumirse como causa el estado de embarazo, conforme a lo que se ha señalado *supra*, por la especial protección que surge del artículo 23 de la Constitución.
49. De lo actuado se puede observar que la entidad demandada no ha podido demostrar que la no renovación del contrato de la demandante, que estaba embarazada cuando sucedieron los hechos, haya obedecido a causa diferente de su estado de embarazo; en este sentido, conforme al artículo 23 de la Constitución, con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, se debe presumir que el despido sufrido por la demandante fue un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo. Debe también considerarse que la entidad no
50. Por lo expuesto en los fundamentos previos, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda en tanto la demandante fue víctima de un despido nulo que tuvo como causa su estado de embarazo; y, por consiguiente, de acuerdo a la desarrollado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre la gravedad del despido nulo y las consecuencias que este acarrea, debe **ORDENARSE** al Gobierno Regional de Tacna la reposición de la demandante en el cargo en que se encontraba antes de la vulneración de sus derechos o en uno de igual o similar nivel.

Del estado actual de la protección de las mujeres en estado de maternidad

51. A pesar de haber emitido nuestro voto respecto de la resolución del caso, considero pertinente hacer un repaso del estado actual en el que se encuentra la protección de las madres en el ámbito laboral en el Perú.
52. Además de lo ya señalado *supra* referido a la protección que se desprende del artículo 23 de la Constitución, a la fecha existen diversos instrumentos a nivel internacional así como en la legislación nacional en materia de derechos laborales de las madres.
53. 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.

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

54. 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.

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

Artículo 1

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

Artículo 24

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

56. 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].

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

57. 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.

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

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

a) ***Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad*** y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [énfasis agregado].

59. 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

¹¹ Suscrita por Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa Nº 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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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 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.

60. 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)

61. 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.
62. 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*

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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.

63. 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 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 despida 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.

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

1. Se prohíbe al empleador que despida 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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.

65. 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.

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

67. 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).

68. 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*

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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.

69. 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.
70. 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.
71. El artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS. 003-97-TR), modificado por el artículo 1 de la Ley 30367, publicada el 25 noviembre 2015 señala que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuestos:

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

73. 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.
74. Cabe recordar, como lo señaló este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 01272-2017-PA/TC (fundamento 70), que el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento.
75. 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.

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 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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

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

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02942-2017-PA/TC
TACNA
SARA PAOLA ZEGARRA MEDINA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA