



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 38/2022

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE
COVEÑAS CUYA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de febrero de 2022, los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por la vulneración del derecho al trabajo de la demandante y a no ser discriminada en el ámbito laboral.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Ventanilla que reponga a doña Evelyn Jussie Coveñas Cuya como trabajadora en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, por el tiempo de protección que la ley brinda a la mujer, en este caso, en periodo de lactancia que fue interrumpido, específicamente, por 4 meses, bajo un contrato laboral de las mismas características a las que tuvo al momento de su cese.

Por su parte, el magistrado Ferrero Costa formuló un voto singular en el que declara infundada la demanda y el magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular declarando improcedente la demanda de amparo.

Asimismo, la magistrada Ledesma Narváez emitió un voto singular porque se estime la demanda de amparo, en aplicación del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, por haberse acreditado un despido discriminatorio por razón del sexo y que se disponga que actos como los que dieron origen a este amparo no se vuelvan a repetir; e improcedente la demanda en cuanto se pide la reincorporación de la actora y ordenar al juez de origen que remita, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que la demandante solicite el cobro de la indemnización que corresponda, de conformidad con el artículo 10, *in fine*, del Decreto Legislativo 1057.

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

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de febrero de 2022 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Evelyn Jussie Coveñas Cuya contra la resolución de fojas 157, de fecha 9 de setiembre de 2019, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2018, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Ventanilla, solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio por razón de sexo del que fue víctima, debido a que es madre lactante de una menor de 7 meses de edad; y que, consecuentemente, se ordene su inmediata reposición laboral, con el pago de los costos del proceso. Refiere que ingresó a laborar a la municipalidad emplazada el 1 de enero de 2015 mediante un contrato administrativo de servicios (CAS), y que el 29 de noviembre de 2018, estando de vacaciones, se le notificó la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, mediante la cual se le informa la no renovación de su contrato CAS y que la prestación de sus servicios terminaría el 30 de noviembre de 2018. Manifiesta que su empleador conocía que era una trabajadora con una hija recién nacida y que tenía el derecho a una hora de lactancia, por lo que se encontraba protegida constitucionalmente contra el despido del que fue víctima. Alega la violación de sus derechos a la no discriminación, al trabajo y al debido proceso.

El procurador público de la municipalidad emplazada deduce la excepción de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda aduciendo que la accionante laboró bajo el régimen de contratación administrativa de servicios - CAS, en un primer período, desde el 2 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, fecha en que presentó su carta de renuncia, y que luego fue vuelta a contratar, desde el 2 de enero de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018. Alega que el motivo del cese de la accionante fue la no renovación de su contrato, lo que le fue comunicado mediante la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH. Asimismo, manifiesta que mediante la Resolución de Gerencia 205-2018/MDV-GA, recepcionada por la demandante el 12 de diciembre de 2018, se declaró fundado el recurso de apelación que interpuso contra la referida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

carta de no renovación, y se ordenó que se deje sin efecto dicho documento y que se le renueve su contrato CAS, garantizando de esta forma sus derechos; y que sin embargo, dos días después, el 14 de diciembre de 2018, la actora interpuso la presente demanda.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ventanilla, con fecha 10 de mayo de 2019, declaró infundada la excepción formulada por la parte emplazada; y con fecha 28 de junio de 2019 declaró improcedente la demanda, por considerar que la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, mediante la cual se le comunicó a la accionante la no renovación de su contrato CAS, fue dejada sin efecto con la Resolución de Gerencia 205-2018/MDV-GA, que le fue notificada el 12 de diciembre de 2018, por lo que la alegada violación de los derechos constitucionales de la demandante ha cesado antes de la interposición de la demanda, presentada el 14 de diciembre de 2018.

La Sala superior revisora confirmó la apelada por similar argumento, precisando que el no cumplimiento de la Resolución de Gerencia 205-2018/MDV-GA, que ordenó la contratación de la actora, no debe ser discutido en el proceso de amparo sino en el proceso de cumplimiento, orientado a posibilitar el cumplimiento de las resoluciones administrativas.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio de la demanda

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando en la Municipalidad Distrital de Ventanilla, porque habría sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, debido a su condición de madre con permiso por lactancia. Alega la violación de sus derechos a la no discriminación, al trabajo y al debido proceso.

Procedencia de la demanda

2. Este Tribunal estima que la pretensión planteada por la demandante debe ser dilucidada en el presente proceso constitucional; más aún si la actora ha manifestado que su cese estaría vinculado con su condición de madre lactante de un menor de edad.
3. En ese orden de ideas, en el presente caso la vía del proceso de amparo es la idónea para resolver la controversia planteada en autos, por cuanto la demandante alega que su cese se encontraría vinculado a su condición de trabajadora en periodo de lactancia; lo que contravendría, en principio, el derecho reconocido inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política. Por ello, este Tribunal considera que en el caso de autos subyace una controversia de relevancia constitucional.

El derecho a la especial protección de la madre trabajadora



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

4. En la Sentencia 01272-2017-PA/TC, publicada el 7 de marzo de 2019, este Tribunal desarrolló profusamente un caso relativo al goce del periodo de lactancia de una madre trabajadora. Se ha dicho que el derecho a gozar el permiso de lactancia no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de sustento constitucional.
5. En ese sentido, el permiso por lactancia es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos constitucionalmente, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia. Al respecto, se puntualizó que nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud, que comprende la dimensión reproductiva, así como la salud del medio familiar (artículo 7); asimismo, se reiteró que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución.
6. Además, en la sentencia emitida en el Expediente 01272-2017-PA/TC, este Tribunal ha expresado que lo que se busca a través de los 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 (fundamento 22)
7. También se ha destacado que el artículo 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la madre y a la familia, y que, además, dispone la promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6), así como el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja (artículo 23). En similar sentido, el artículo 24.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por las Naciones Unidas y ratificada por el Perú), establece que los estados partes deben «[a]segurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres».
8. También se determinó que si bien la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, es claro que el legislador, considerando la existencia de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.
9. Para este Tribunal queda claro que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y postnatal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia. Se ha precisado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

además que la titularidad de este derecho no corresponde a la mujer en cuanto tal, sino solo en la medida que haya concebido, y resulta exigible precisamente desde ese momento.

10. Por ende, el derecho a gozar del permiso por lactancia, cuya amplitud y condiciones fueron normadas por la Ley 27591 –ley que otorga permiso por lactancia materna–, como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la madre trabajadora gestante, constituye un mecanismo tendiente a garantizar la salud de la madre, la del menor y a afianzar el vínculo materno filial. Asimismo, permite armonizar las responsabilidades propias de la naturaleza biológica con las de índole laboral.
11. En el contexto descrito, el Tribunal concluyó que el derecho a gozar del derecho por lactancia constituye, claramente, un contenido implícito de los derechos a la salud reproductiva y a la salud del medio familiar, que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a la madre trabajadora.

Análisis de la controversia

12. La recurrente alega que no se le renovó su contrato CAS no obstante que la municipalidad emplazada conocía del nacimiento de su hija, quien fue inscrita en EsSalud por su asistente social, y venía gozando de permiso por lactancia. Sostiene que la emplazada utilizó el término del plazo del contrato CAS para encubrir un despido discriminatorio, motivado por su condición de madre trabajadora, que venía gozando de permiso de una hora por lactancia.
13. Al respecto, en los actuados obra la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, de fecha 22 de noviembre de 2018 (f. 8), mediante la cual la municipalidad demandada comunica a la recurrente “[...] LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO de prestación de servicios CAS que su persona mantiene con esta entidad edil; asimismo, se comunica que el periodo de prestación termina el 30 DE NOVIEMBRE DE 2018”.
14. Ahora bien, con relación a lo afirmado por la demandante, esto es, que su despido está directamente relacionado con su condición de madre que venía gozando de permiso diario por lactancia, este Tribunal advierte que la entidad emplazada no ha negado que la actora venía gozando de dicho derecho. Al contrario, dicha situación es reconocida por esta, y sirve de sustento para que mediante la Resolución Directoral 205-2018/MDV-GA, de fecha 10 de diciembre de 2018 (f. 73), declare fundado el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, bajo la consideración de que, “conforme lo dispone la norma en el artículo 6° de la Ley N° 30709 que prohíbe la Discriminación remunerativa entre varones y mujeres, por lo que queda prohibido que la entidad empleadora despidiera o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

lactancia, por consiguiente es de manifestar que la administrada le asiste el derecho invocado y es de plena aplicación la norma antes señaladas” (sic).

15. Mediante la citada Resolución Directoral 205-2018/MDV-GA la municipalidad demandada resolvió dejar sin efecto la referida carta y ordenó la renovación del contrato CAS de la actora. Sin embargo, la demandante en su recurso de apelación ha manifestado lo siguiente:

“[...] si bien es cierto la Municipalidad demandada dejó sin efecto la carta de no renovación del contrato de prestación de servicios CAS mediante Resolución Directoral 205-2018/MDV-GA, en virtud a que la demandante tenía la condición de madre trabajadora, la demandada nunca realizó ningún acto posterior a esa comunicación para reponerme a mi puesto de trabajo, esto es suscribir un contrato de renovación o un mandato administrativo para continuar laborando, ya que como he manifestado me apersoné a las oficinas de la demandada y no me atendieron señalando que la persona que debía atender no se encontraba porque no se me podía atender [...]. Solo sería efectiva la Directoral 205-2018/MDV-GA, que dejó sin efecto la no renovación del contrato administrativo de servicios, con la suscripción de otro contrato CAS, lo que nunca sucedió, señalando los funcionarios de la entidad edil que no tenían conocimiento de dicho documento y por lo tanto no podían reincorporarme a mi puesto habitual de trabajo”.

16. Dicho argumento ha sido reiterado por la demandante en su recurso de agravio constitucional, en tanto que la entidad emplazada en el trámite del presente proceso no ha objetado tal afirmación, ni tampoco en los actuados obra algún medio probatorio que acredite que la recurrente efectivamente haya sido repuesta en su centro laboral o, en todo caso, alguna comunicación remitida instándola a reincorporarse.
17. Siendo ello así, si bien la demandada dispuso dejar sin efecto la carta de renovación del contrato CAS, en los hechos no cumplió con reponer a la demandante en su puesto de trabajo, por lo que debe entenderse que su despido por no renovación del contrato CAS se mantiene vigente incluso a la fecha.
18. En dicho sentido, conforme se desprende de los actuados, la entidad emplazada no demostró que la no renovación del contrato laboral de la recurrente se haya producido por la comisión de alguna falta grave o la extinción de la necesidad institucional de los servicios prestados por la recurrente. Tal situación evidencia que la demandada no renovó el contrato de la actora únicamente por razones vinculadas a su condición de madre lactante, circunstancia que conduce a concluir que se produjo un despido nulo.
19. Por ello, en el presente caso se debe tutelar los derechos al trabajo y a la igualdad, así como el derecho a no ser discriminado, por lo que corresponde reponer a la demandante en su puesto de trabajo el equivalente al tiempo de protección que la ley brinda a la mujer en este caso, por el periodo de lactancia interrumpido (conforme se desprende de fojas 7, el menor contaba con 8 meses cuando la recurrente fue



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

despedida), es decir, por 4 meses, sujeta a un contrato laboral de las mismas características a las que tuvo al momento de su cese.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, por la vulneración del derecho al trabajo de la demandante y a no ser discriminada en el ámbito laboral.
2. **ORDENAR** a la Municipalidad Distrital de Ventanilla que reponga a doña Evelyn Jussie Coveñas Cuya como trabajadora en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, por el tiempo de protección que la ley brinda a la mujer, en este caso, en periodo de lactancia que fue interrumpido, específicamente, por 4 meses, bajo un contrato laboral de las mismas características a las que tuvo al momento de su cese.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE BLUME FORTINI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA
BARRERA**

Coincido con el sentido de lo resuelto en la presente resolución, pero considero necesario precisar que la reposición de la actora debe ser por el tiempo que se señaló en los términos del contrato que fue interrumpido por el despido arbitrario.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

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.

1. En el presente caso, la demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que venía desempeñando en la Municipalidad Distrital de Ventanilla, porque habría sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, debido a su condición de madre con permiso por lactancia y que, consecuentemente, se ordene su inmediata reposición laboral, con el pago de los costos del proceso.
2. La recurrente alega que ingresó a laborar a la municipalidad emplazada el 1 de enero de 2015 mediante un contrato administrativo de servicios (CAS), y que el 29 de noviembre de 2018, estando de vacaciones, se le notificó la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, mediante la cual se le informa la no renovación de su contrato CAS y que la prestación de sus servicios terminaría el 30 de noviembre de 2018. Manifiesta que su empleador conocía que era una trabajadora con una hija recién nacida y que tenía el derecho a una hora de lactancia, por lo que se encontraba protegida constitucionalmente contra el despido del que fue víctima. Alega la violación de sus derechos a la no discriminación, al trabajo y al debido proceso.
3. Para resolver la controversia planteada, conviene recordar que, en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 00002-2010-PI/TC y N.º 03818-2009-PA/TC, así como en la resolución recaída en el Expediente N.º 00002-2010-PI/TC, este Tribunal ha establecido que el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo) no le resulta aplicable al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, sino únicamente el régimen procesal de eficacia restitutiva (indemnización), toda vez que ello desnaturaliza la esencia del contrato administrativo de servicios que se suscribe a plazo determinado y no a plazo indeterminado lo cual es plenamente compatible con el artículo 27 de la Constitución.
4. En el presente caso, se aprecia de autos que la accionante laboró bajo el régimen de contratación administrativa de servicios - CAS, en un primer período, desde el 2 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, fecha en que presentó su carta de renuncia, y posteriormente fue nuevamente contratada, desde el 2 de enero de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018. En efecto, el 29 de noviembre de 2018, la emplazada le notificó la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, mediante la cual se le informa la no renovación de su contrato CAS y que la prestación de sus servicios terminaría en el plazo establecido, esto es, el 30 de noviembre de 2018.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

5. Dicho ello, queda acreditado que la demandante no ha sido despedida arbitrariamente si no que mantuvo una relación laboral a plazo determinado con la emplazada que culminó al vencer el plazo de su último contrato administrativo de servicios. Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral del demandante se produjo en forma automática conforme lo señala el literal h) del numeral 73.7 del Decreto Supremo No. 075-2008-PCM.

6. En consecuencia, al no acreditarse la vulneración de los derechos alegados por la demandante y considerando que la emplazada no se encuentra obligada a renovar indefinidamente los contratos administrativos de servicios, pues ello significaría una restricción a su potestad empleadora, corresponde desestimar la presente demanda.

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

S.

FERRERO COSTA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito este voto singular, al no concordar con los argumentos ni con la decisión tomada en la presente sentencia de mayoría. A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye el derecho a la reposición; en la perspectiva constitucional, el derecho al trabajo no es lo mismo que el derecho al puesto de trabajo. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo debe ser entendido como la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público. Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que “la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario”, se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término “estabilidad laboral”, con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición. La proscripción constitucional de la reposición incluye a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público. El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió a la promulgación de la Constitución.

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

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

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

S.

SARDÓN DE TABOADA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la posición de mis colegas Magistrados, en el presente caso, si bien coincido con la sentencia en el extremo en que establece la existencia de un despido discriminatorio; sin embargo, discrepo de ella en cuanto ordena la reposición pues, a mi consideración, ha operado la sustracción de la materia. Mis fundamentos son los siguientes:

Demanda

1. La recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de Ventanilla, solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio por razón de sexo del que fue víctima y que se ordene su reposición laboral en el cargo que venía desempeñando. Refiere que inicio sus labores con fecha 01 de enero de 2015 mediante un contrato administrativo de servicios (CAS); y, que el 29 de noviembre de 2018, mientras se encontraba de vacaciones, se le notificó la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, mediante la cual se le informa la no renovación de su contrato CAS y que la prestación de sus servicios terminaría el 30 de noviembre de 2018. Alega que su empleador conocía que era una trabajadora con una hija recién nacida y que tenía el derecho a una hora de lactancia, por lo que se encontraba protegida constitucionalmente contra el despido del que fue víctima. Considera que se han vulnerado sus derechos a la no discriminación, al trabajo y al debido proceso.

La discriminación basada en el sexo y la tutela reforzada de los derechos de la mujer en la Constitución

2. La Constitución, en su artículo 2.2, dispone que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. De esta disposición se desprende que se considerarán discriminatorias todas aquellas prácticas que consideren como relevantes los factores expresamente prohibidos por la Constitución. Sin embargo, como ya hemos tenido la oportunidad de precisar, la expresión “de cualquier otra índole” que se recoge en el artículo 2.2 permite que la Constitución se configure como un instrumento vivo, que considere las necesidades particulares de las sociedades y su especial evolución [cfr. STC Exp. 05157-2014-PA, fundamento 19]. De esta forma, la norma suprema permite que ciertos grupos históricamente discriminados, y que no cuenten con alguna tutela reforzada que derive de su texto, puedan ser protegidos atendiendo a su condición de vulnerabilidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

3. De esta disposición se desprende que uno de los especiales motivos de discriminación, que originan el surgimiento de una tutela reforzada, se suele fundar en el sexo de las personas. Así, toda distinción, exclusión, restricción o preferencias injustificadas basadas en este criterio, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento de sus derechos, se encuentra constitucionalmente prohibida. El reconocimiento que ha hecho el constituyente de determinadas categorías, como el sexo, la religión o la opinión política, no es casual. Obedece a contextos históricos de discriminación en contra de dichos colectivos, lo que origina que cualquier distinción que se funde en uno de estos motivos genera una presunción de inconstitucionalidad que corresponde desvirtuar a quien efectuó la práctica cuestionada.

4. Las prácticas discriminatorias basadas en el sexo, y que han tenido como principales destinatarias a las mujeres, no son de reciente data. De hecho, uno de los motivos más persistentes para el otorgamiento de tratos diferenciados ha sido, precisamente, el sexo de la persona. Así, aspectos tales como la restricción para el acceso de empleo, el no reconocimiento del derecho al voto, las “leyes de obediencia femenina” o los conocidos estereotipos que se asignan al sexo femenino han abarcado importantes espacios de nuestra historia. Sin embargo, aun en la actualidad, se pueden advertir distintas prácticas discriminatorias que son avaladas, e incluso aprobadas, por el propio aparato estatal. De este modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW, por las siglas en inglés) ha advertido, por ejemplo, que todavía persisten, en distintos códigos, los denominados “delitos contra el honor”, los cuales tienen como principales destinatarias a todas aquellas mujeres que no hubiesen desarrollado una conducta socialmente aceptable [Comité CEDAW. Observaciones finales respecto del Líbano. CEDAW/C/LBN/CO/3, párr. 26]. Del mismo modo, en distintos códigos penales se reduce o, incluso, extingue la responsabilidad penal cuando, en casos de violación, el perpetrador se casa con la víctima [Comité CEDAW. Recomendación General 31. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, párr. 23]. También se han cuestionado, de manera severa, los denominados “matrimonios forzados”, los cuales, también, tienen como principales destinatarias a niñas, y que se realizan de manera habitual en distintas partes del mundo.

5. Todo este contexto ha ocasionado que, en ciertos sectores de la comunidad internacional, se advierta la necesidad de adoptar instrumentos y/o tratados para la protección especial de la mujer. Evidentemente, ello no quiere decir que la prohibición de discriminación basada en el “sexo” no pueda desplegar sus efectos también para la protección del hombre, cuando sea el caso; tan solo advierte que, en distintas ocasiones, han sido las mujeres las principales afectadas por las conductas discriminatorias, las cuales han sido practicadas y toleradas tanto por el Estado como por los particulares. De este modo, a nivel de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

la Mujer. Este instrumento internacional ha precisado, en su artículo 3, que los Estados Parte

tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

6. En el ámbito interamericano, de una manera similar, se han incluido distintas obligaciones direccionadas principalmente al Estado. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”, se precisa que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Este mismo instrumento internacional, a propósito del reconocimiento de los derechos que le corresponden a la mujer, garantiza el derecho a “igualdad de protección ante la ley y de la ley” (artículo 4), lo cual implica la prohibición de cualquier trato o práctica discriminatoria. Ahora bien, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”) ha extendido sus alcances también para el ámbito privado, lo cual es indispensable para lograr que las prácticas discriminatorias cesen de manera definitiva. El pleno goce y ejercicio de los derechos de la mujer demanda no solo un accionar por parte del Estado, sino también un compromiso de respeto por parte de los privados en escenarios como, por ejemplo el laboral (por la discriminación que se presenta en los puestos de trabajo por aspectos concernientes a los embarazos, las distintas remuneraciones que se otorgan a ambos sexos, o por la sub-representación femenina en algunos puestos), el de salud (por la atención y los servicios que puedan dispensarse, por ejemplo, en las clínicas) o el educativo (discriminación contra las niñas y mujeres en centros educativos privados).
7. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante la construcción de su jurisprudencia, ha contribuido en la exigibilidad de los derechos de la mujer y en la visibilización de su situación especial de vulnerabilidad. Así, cabe rescatar sin ánimo de exhaustividad, decisiones emblemáticas como las referidas al caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) v. México, mediante el cual se analizaron las obligaciones reforzadas que poseen los Estados en la prevención de la desaparición y violencia sexual que sufren las mujeres en contextos de violencia estructural basada en el género; el caso Artavia Murillo y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

otros (“Fecundación *in Vitro*”) v. Costa Rica, donde abordó la autonomía reproductiva de la mujer, en el ámbito del derecho a la vida privada y destacó el impacto negativo y desproporcional de la prohibición de la fecundación *in vitro* en las mujeres; y el caso I.V. v. Bolivia, mediante el cual abordó el acceso a la justicia en situaciones de violaciones a los derechos sexuales y reproductivos, y estableció que las prácticas de esterilización no consentidas, involuntarias o forzadas no pueden quedar impunes. Es así, que jurisprudencialmente, la Corte IDH ha ido sentando progresivamente estándares de protección reforzada a nivel internacional en resguardo de los derechos de la mujer, incluyendo la esfera sexual y reproductiva.

8. En ese sentido, la Constitución de 1993, además de la cláusula general de no discriminación que se regula en el artículo 2.2, contiene distintas disposiciones direccionadas a tutelar de manera especial determinados derechos de la mujer. Así, el artículo 4 reconoce que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. De ello se desprende que nuestro texto constitucional otorga una tutela reforzada a las mujeres que sean madres o que estén por serlo, como ocurre particularmente en el caso de las mujeres gestantes. Evidentemente, la especial tutela que se brinda a nivel constitucional tiene estrecha conexión con la vulnerabilidad física y psíquica que se presenta a lo largo del embarazo, la cual expone a la mujer a distintos riesgos. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo,

[e]l embarazo, el parto y el puerperio constituyen tres fases en la vida reproductiva de una mujer en las que existen riesgos específicos para la salud, susceptibles de necesitar medidas de protección especiales en el lugar de trabajo. Reconocer y abordar los peligros puede reducir en gran medida los riesgos específicos para la salud, mejorar la probabilidad de un resultado satisfactorio del embarazo y establecer una base para el desarrollo saludable [de la criatura] [Organización Internacional del Trabajo. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo, pág. 4]

9. La situación de vulnerabilidad a la que se ven expuestas las mujeres es aún más latente cuando confluyen, en ellas, otras condiciones. En esa línea, la Convención de Belem do Pará, en su artículo 9, dispone que

los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

10. En estos supuestos, en los que concurren en una sola persona distintas condiciones de vulnerabilidad, opera lo que se ha denominado discriminación múltiple. Evidentemente, en estos supuestos el deber de adoptar medidas de protección se torna prioritario, pues la persona afectada se encuentra frente a una latente vulneración de sus derechos fundamentales en caso de que las mismas no se implementen. Uno de los escenarios en los que esta forma de discriminación se presenta se da en el caso de las mujeres embarazadas o de aquellas que, de manera reciente, han sido madres, sobre todo en lo que se relaciona con la permanencia en su centro de trabajo. De esta manera, la cláusula de prohibición de discriminación en razón del sexo de la persona se activa, especialmente, en los casos relacionados con mujeres embarazadas, esto es, las personas que potencialmente serán madres, o aquellas que se encuentren en período de lactancia. En estos supuestos la discriminación en función del sexo se presenta porque las medidas restrictivas obedecen a situaciones que se presentan exclusivamente en el caso de las mujeres. Como ha precisado este Tribunal en un pronunciamiento anterior, al analizar el caso de las cadetes embarazadas y la inconstitucionalidad de los artículos 42 y 49 del Decreto Supremo 001-2010- DE/SG, “[estas disposiciones] establecen un trato diferente y perjudicial en función al sexo y a circunstancias que tienen una relación inequívoca con el género femenino, como es el estado de gestación (discriminación *directa*)” [STC Exp. 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.1].
11. Sin embargo, esta tutela reforzada también se fundamenta en la protección del *nasciturus*. Al respecto, el Tribunal nota que, por ejemplo, cuando una madre gestante o en período de lactancia es separada de su centro de labores, ello no solo le impide obtener los recursos económicos propios de una remuneración, sino que, además, se le priva de la posibilidad de utilizar los seguros que brindan los empleadores, así como cualquier otro beneficio que pueda obtenerse en un centro de trabajo, lo cual tiene una incidencia potencial en la salud del concebido o del hijo recién nacido. De esta forma, existe una tutela reforzada, la cual se funda en la especial situación de la madre y la necesidad de tutelar los derechos del menor. Como ha precisado la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “la importancia que tiene el trabajo remunerado en la vida de la mayoría de los adultos en la sociedad hace que la intersección entre la maternidad y el trabajo sea un elemento central particularmente decisivo en los esfuerzos por conseguir mejoras tanto de salud como de igualdad” [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página V].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

12. De hecho, la privación de la remuneración para la madre gestante tiene un efecto bastante perjudicial tanto para ella como para su familia, ya que ella dejaría de percibir una importante cuota de ingresos. Debe tomarse en cuenta, además, que el futuro nacimiento del concebido genera gastos económicos adicionales dentro de su entorno familiar, lo cual puede afectar tanto en la salud como en el desarrollo del menor, por lo que se requiere que, tanto la sociedad como el Estado, presten una particular atención al caso de las trabajadoras gestantes.

La igualdad de oportunidades en materia laboral de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia

13. Una especial situación se presenta en el caso de las mujeres embarazadas en los centros de trabajo, ya que es el escenario en el que se advierten los mayores casos de discriminación en contra de estas personas. Esto obedece a que, por lo general, los empleadores no desean que se vea mermada la productividad del centro de labores al mantener un vínculo laboral con una persona que, por su especial situación, requerirá de atenciones médicas periódicas y un tiempo considerable para dedicarlo a su hijo recién nacido.
14. En esta clase de casos, se compromete el derecho de la mujer a contar con las mismas oportunidades en el trato durante el empleo, ya que, por la especial condición que acarrearán tanto el embarazo como el cuidado de los niños, se ve expuesta a tratamientos discriminatorios que la colocan en una posición distinta a la del hombre. Al respecto, este Tribunal ha precisado 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 [STC Exp. 05652-2007-PA/TC, fundamento 35]”.
15. Ahora bien, esta cláusula genérica de prohibición de discriminación se ve comprometida en distintos escenarios cuando se trata de mujeres embarazadas. En el ámbito de la justicia a nivel comunitario, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido distintos casos en los que puede existir una discriminación en razón del sexo durante el embarazo: i) extinción de relaciones laborales por ausencias debidas a una discapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo [STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown]; ii) prohibición de contratación originada por el estado de gestación [STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker]; iii) la no renovación de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

contrato relacionada con el embarazo de la reclamante [STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar]; o incluso cuando, por ejemplo, se impedía ejercer determinados trabajos, como empleos nocturnos [STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann- Beltermann].

16. Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado la necesidad de adoptar una política estatal integral para garantizar los derechos laborales de las mujeres durante el embarazo. En tal sentido ha rescatado que es de vital importancia implementar medidas como “[...] la garantía de un mínimo de catorce semanas de licencia de maternidad pagada en los términos comprendidos en el Convenio 183 de la OIT; protecciones contra el despido y otro maltrato laboral durante el embarazo; la adopción de leyes orientadas al periodo de lactancia; y la adopción de licencias de paternidad y parentales”. [CIDH. Informe temático: El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, 2011. F. 169].
17. De tal modo, este Tribunal advierte que son múltiples las formas en las que se pueden efectuar distintos tratos discriminatorios en contra de las mujeres embarazadas o aquellas que hubiesen sido recientemente madres en lo que respecta al acceso, al despido o la falta de renovación de contratos temporales. Es importante que este Tribunal haga recordar que los constantes despidos o falta de renovación de los contratos temporales de trabajo a las mujeres gestantes generan distintas consecuencias a nivel personal y social. En el plano personal, pueden conducir a algunas mujeres, en situaciones complejas —que se vinculen con problemas personales, económicos o incluso de salud— a interrumpir su embarazo a fin de permanecer en su puesto de trabajo. A nivel social, incentiva a que las parejas decidan no tener hijos, con todas las consecuencias que ello puede generar a nivel poblacional. Por último, insensibiliza a la comunidad, pues invisibiliza los grandes obstáculos que la mujer puede atravesar durante el embarazo y que deberían ser objeto de medidas especiales de protección por parte del Estado.
18. El Tribunal, además, no puede dejar de advertir otro escenario que suele presentarse como perjudicial para la mujer, y que se relaciona con las dificultades que ella afronta para acceder a un empleo cuando cuenta con hijos de temprana edad. Del mismo modo, un caso que ha empezado a cobrar importancia a nivel internacional tiene que ver con el caso del padre que, frente al fallecimiento de la madre, asume el cuidado del menor, ya que, en algunos países, frente a este supuesto, el padre toma el resto de la “licencia de maternidad” al ser él quien asume la custodia completa del menor [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 74].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

19. Estos casos de discriminación, de difícil probanza, también se erigen como uno de los problemas principales respecto del acceso al empleo para las mujeres, y que, consecuentemente, se presentan como un elemento más que acredita las desventajas que ellas deben afrontar en la sociedad, lo cual no hace sino reforzar la idea que la Constitución les ha dispensado una tutela especial en el ordenamiento jurídico por los distintos problemas que atraviesan.

Consideraciones a propósito de la contratación laboral temporal de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia

20. La tutela reforzada que se brinda a las mujeres gestantes en el ámbito laboral tiene distintas manifestaciones, las cuales han sido objeto de desarrollo en el derecho comparado. En el caso colombiano, por ejemplo, la regulación de las distintas formas de contratación y la permanencia en el empleo de las mujeres gestantes tiene como pilar fundamental salvaguardar “la garantía de la permanencia en el empleo consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política” [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-222/17]. Esto genera que los distintos regímenes de contratación, independientemente de su naturaleza, se vean impedidos de adoptar medidas que supongan la separación injustificada de las mujeres embarazadas de sus centros de trabajo. En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha otorgado una especial protección incluso a las trabajadoras gestantes que fuesen de libre nombramiento por parte de autoridades estatales [Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. SCP 1417/2012 FJ. III.2.], lo cual genera que, en el lapso de un año, no las puedan separar de la entidad en la que se encuentran laborando. Un caso especial se advierte en Chile, país en el que, como ha resaltado su Tribunal Constitucional, las mujeres gestantes gozan, por un año, de lo que se conoce como el “fuero laboral”, esto implica que, durante ese lapso, solo podrán ser separadas de su puesto de trabajo luego de que la decisión del empleador sea avalada por el juez. Este fuero se extiende, incluso, hasta un año después de expirado el descanso de maternidad [Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 24 de diciembre de 2015, considerando cuarto].
21. Del mismo modo, la Unión Europea ha adoptado distintas disposiciones de derecho comunitario dirigidos a una protección reforzada de los derechos laborales de las mujeres gestantes. Así, por ejemplo, en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de Europa de 19 de octubre de 1992, se ha dispuesto, en el artículo 10, que los Estados miembros “tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...] En el mismo artículo se precisa, en el segundo párrafo, que cuando se despida a una trabajadora que se encuentre en el periodo detallado, “el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también se ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

referido al caso particular de la renovación de los contratos temporales de las mujeres gestantes, y ha precisado que “en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207” [Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-438/99, María Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de Los Barrios, fundamento 46]

22. En consecuencia, se advierte que, a nivel del derecho comparado, comunitario e internacional existe un importante nivel de consenso respecto de la necesidad de tutelar de manera especial y reforzada los derechos de la mujer en estado de gestación, particularmente en el contexto de las relaciones de trabajo. Evidentemente, las regulaciones legales que se adopten para esta especial protección diferirán en cada ordenamiento jurídico. Lo que se encuentra dentro del ámbito de lo constitucionalmente prohibido es la ausencia de garantías en favor de la mujer que se encuentre en esta condición. En el caso peruano, existe distinta normatividad que protege a las mujeres embarazadas dependiendo del régimen laboral en el que se trabaja.
23. Sin embargo, un escenario bastante debatible se presenta a propósito de las trabajadoras sujetas al régimen previsto en el Decreto Legislativo 1057, esto es, de las trabajadoras que laboran bajo el contrato administrativo de servicios (CAS). Al respecto, este Tribunal ha considerado este régimen como de naturaleza laboral y compatible con la Constitución [cfr. STC Exp. 0002-2010-PI/TC; 00035-2009-PI/TC]. Ahora bien, aun así, este contrato, por sus características, ha expuesto a las mujeres gestantes y a las que se encuentran en período de lactancia, a múltiples inconvenientes relacionados con la no renovación del contrato de trabajo. Es importante recordar, por lo demás, que la discusión en torno a la renovación, específicamente, de los contratos administrativos de servicios a favor de las mujeres gestantes había sido también analizada por la Defensoría del Pueblo, órgano que interpretó que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, debería brindárseles una tutela particular [cfr. Defensoría del Pueblo. Nota de Prensa N° 090/OCII/DP/2017, de 30 de marzo de 2017].
24. Asimismo, este Tribunal debe mencionar que de manera reciente se ha emitido la Ley 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres, publicada en el diario oficial *El Peruano* 27 de diciembre de 2017, en el que, en su artículo 6 ha establecido que “[q]ueda prohibido que la entidad empleadora despidan o no renueven el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en periodo de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad”. No obstante, se advierte que dicha normativa no es suficiente para otorgar una tutela adecuada a las mujeres gestantes o en periodo de lactancia; y, porque en su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 002-2018-TR, se precisa que está dirigida al régimen laboral de la actividad privada del sector privado, dejando de lado a las trabajadoras dependientes del Estado.

25. En ese sentido, es importante que este Tribunal precise que, en los casos de no renovación del contrato de trabajo, no se presente alguna situación que comprometa la cláusula de prohibición del despido. Y es que, en estos supuestos, no ha existido propiamente un “despido”, ya que lo que ha operado, en realidad, ha sido el vencimiento del vínculo contractual por el vencimiento del plazo consignado en el contrato de trabajo, lo cual es un supuesto válido para la extinción de la relación laboral en los contratos temporales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no pueden avalar que la decisión de no renovación del contrato pueda obedecer, sin más, a la condición de gestante o de madre de la trabajadora. La prohibición de discriminación en función del sexo, aunado a la necesidad de tutela reforzada que requiere la persona que está por ser madre, obligan a considerar que, en estos supuestos, el empleador no puede adoptar decisiones o políticas de dirección en el centro laboral que sean ajenas a criterios de razonabilidad.
26. Por ello, con el fin de otorgar una especial tutela a la madre gestante o la que ha sido recientemente madre, las autoridades jurisdiccionales deberán valorar los siguientes aspectos: i) el plazo durante el cual se activa la garantía de la prohibición de no renovación del contrato; ii) los supuestos en los cuales es posible que el empleador pueda separar a una mujer en estado de gestación; y, iii) las medidas que deben adoptarse en el supuesto que, pese a la prohibición reconocida en la norma, opere la separación de la trabajadora gestante.
 - i) En relación con el primer punto, las autoridades jurisdiccionales, deben tomar en cuenta el estado de gestación y el período de lactancia de la mujer embarazada, aun en el caso de los contratos temporales de trabajo. En ese sentido, se debe considerar que la especial protección que se dispensa a propósito de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución no debería comprender, en estricto, solo a la trabajadora que se encuentra embarazada, sino también a aquella que se encuentre en periodo de lactancia, de conformidad con lo que establecen las disposiciones legales respectivas y los convenios internacionales ratificados por el Estado peruano. En ese sentido, el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado peruano, dispone en su artículo 8 que “[s]e prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional”.

- ii) En lo que respecta al segundo punto, relativo a la posible regulación de los casos en los que el empleador se encuentra facultado para extinguir la relación laboral, este Tribunal exhorta al legislador a regular supuestos en los que esta posibilidad sea válida. Evidentemente, la condición del embarazo no impide al empleador que, frente a una falta grave (y previo ejercicio del derecho de defensa) pueda separar a la trabajadora en estado de gestación o con período de lactancia, lo cual deberá estar motivado y corroborado por escrito. Ello, por lo demás, se condice con el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT al que se ha hecho referencia, pues este instrumento internacional, al momento de hacer referencia a la prohibición de separar a una madre gestante de su centro de labores, precisa que esta tutela se brinda “excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”. Esta organización internacional también ha precisado que “la protección contra el despido no sería tan eficaz si el trabajador afectado tuviera que probar que las razones tenían que ver con la maternidad o la condición de padre, sobre todo tratándose de la discriminación indirecta, dado que a los trabajadores les podría resultar muy difícil obtener pruebas” [Organización Internacional del Trabajo. La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional. Segunda Edición, Año 2010, página 76]. De hecho, como se precisa en ese informe, esta separación solo puede operar previa autorización administrativa o judicial, alternativa que podría evaluar, en una posterior regulación, el Congreso de la República.

De esta manera, es recomendable que, sobre este punto, la normatividad precise de manera clara en qué supuestos se podrá extinguir o no renovar una relación laboral durante el embarazo o el periodo de lactancia. Lo que no permite una interpretación conjunta de los artículos 2.2 y 4 de la Constitución es que, durante el desarrollo del embarazo, el empleador fundamente la no renovación del contrato en criterios meramente mercantilistas, y que asocian a las madres gestantes o en período de lactancia como una persona que puede ser, según su criterio, improductiva. Evidentemente, en caso concurra alguna causal válida de extinción o no renovación del contrato de trabajo temporal, se encontrará autorizado para culminar la relación laboral. **En ese sentido, la separación de una mujer gestante de su puesto de trabajo, o su no renovación contractual, deben relacionarse con motivos vinculado con la comisión de una falta grave comprobada de la trabajadora o porque la necesidad que motivo la temporalidad realmente haya desaparecido.** En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

este último supuesto, la empresa o la entidad estatal deben acreditar documentalmente la concurrencia de esta situación.

Ahora bien, el legislador y el Poder Ejecutivo podrían evaluar, además, la posibilidad que el despido o la no renovación del contrato de trabajo temporal pueda operar previa autorización judicial o de alguna autoridad administrativa, dada la naturaleza especial del caso y por los bienes y derechos que se encuentran en juego.

- iii) Finalmente, el Tribunal exhorta al legislador a regular las consecuencias que se adoptarán en el supuesto que se despida a trabajadoras permanentes o no se renueve el contrato a una trabajadora sujeta a regímenes de contratación temporal por motivo de encontrarse embarazada o en periodo de lactancia; es decir, que se establezca las sanciones que acarrearían ese tipo de despido o no renovación de contrato temporal. Ello independientemente de si, para los casos en trámite, la trabajadora decida recurrir a la vía ordinaria para reclamar la reparación económica o la reposición laboral que corresponda según el régimen laboral. Por lo demás, en estos casos debe evaluarse, por parte del Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, la forma en que operará la protección reforzada.

Análisis del caso concreto

27. En el presente caso, el objeto de la demanda es que se reponga a la demandante en el cargo que venía desempeñando en la Municipalidad Distrital de Ventanilla. Afirma que ha sido objeto de un despido discriminatorio por su condición de madre en período de lactancia.
28. De la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH, de fecha 22 de noviembre de 2018 (f. 8), se desprende que la demandante mantuvo una relación laboral a plazo determinado regulado por el Decreto Legislativo 1057. En la referida Carta, la emplazada le comunicó a la recurrente la no renovación de su contrato de prestación de servicios CAS, indicando que el período de prestación termina el 30 de noviembre de 2018.
29. Ahora bien, en relación con lo afirmado por la demandante, esto es, que su despido está directamente relacionado con su condición de madre que venía gozando de permiso diario por lactancia; la parte demandada, en su escrito de contestación de la demanda (f. 54) afirma que la actora laboró en un primer período, desde el 02 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016 y que fue contratada nuevamente desde el 02 de enero de 2017 hasta el 30 de noviembre de 2018, fecha en la que se decidió la no renovación del contrato CAS; y que, mediante Resolución de Gerencia 205-2018/MDV-GA, se resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la recurrente, y se ordenó dejar sin efecto la Carta 660-2018/MDV-GA-SGRH.

30. Al respecto, en la Resolución de Gerencia 205-2018/MDV-GA (f. 73), emitido por la Municipalidad Distrital de Ventanilla, se indica:

“Que, conforme lo dispone la norma en el artículo 6° de la Ley N°30709 que prohíbe la Discriminación remunerativa entre y varones y mujeres, por lo que 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 periodo de lactancia, por consiguiente, es de manifestar que la administrada le asiste el derecho invocado y es de plena aplicación la norma antes señalada”

31. De ello se advierte que la condición de la actora era conocido por la entidad emplazada, quién no ha negado que desconocía dicha situación. Asimismo, se observa que la demandada no ha podido dar razón alguna que acredite que la no renovación haya obedecido a causa diferente al estado de la demandante.
32. De este modo, en el presente caso la entidad empleadora no ha desvirtuado que el despido de la demandante haya sido por razones discriminatorias, de lo que se puede concluir que estuvo motivado por razones de su condición de mujer y, por ende, se entiende que fue objeto de un despido nulo.

Efectos de la sentencia

33. Ahora bien, como se ha dicho, existe una obligación del empleador de renovar el contrato temporal de trabajo de las madres gestantes o en período de lactancia, salvo que concurra alguna causa relacionada con la comisión de una falta grave comprobada o que la necesidad que motivó la temporalidad haya fenecido; no obstante, en el presente caso, se advierte que no es posible ordenar una eventual recontractación de la demandante.
34. A la fecha, es evidente que la demandante ya no se encuentra en estado de gestación ni en periodo de lactancia, por lo que, no podría exigirse que la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 04105-2019-PA/TC
VENTANILLA
EVELYN JUSSIE COVEÑAS CUYA

municipalidad renueve el contrato por dichas razones. Por ello, la discriminación de la cual fue objeto la actora ha devenido en irreparable.

35. Sin embargo, en aplicación del artículo 1, segundo párrafo, del Nuevo Código Procesal Constitucional, en vista de la magnitud del agravio producido, consistente en un despido discriminatorio por razón del sexo, considero que la demanda debe estimarse a fin de que, a futuro, la emplazada no vuelva a repetir su comportamiento violatorio de los derechos laborales de mujer en periodo de lactancia.
36. En tal sentido, dada la irreparabilidad del derecho advertida, corresponde que la actora cobre solamente una indemnización. De ahí que, los autos deben ser remitidos al juez ordinario laboral a efectos de que se tramite el pago de indemnización del artículo 10, *in fine*, del Decreto Legislativo 1057. En consecuencia, el a-quo debe remitir, de inmediato, los autos al juez competente para que prosiga con su trámite y la actora adecúe su demanda si lo considera conveniente.

Por los fundamentos expuestos, mi voto es porque se estime la demanda de amparo, en aplicación del artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional, por haberse acreditado un despido discriminatorio por razón del sexo y que se **disponga** que actos como los que dieron origen a este amparo no se vuelvan a repetir. **IMPROCEDENTE la demanda** en cuanto se pide la reincorporación de la actora y **ORDENAR** al juez de origen que **remita**, de inmediato, los autos al juez ordinario competente para que la demandante solicite el cobro de la indemnización que corresponda, de conformidad con el artículo 10, *in fine*, del Decreto Legislativo 1057.

S.

LEDESMA NARVÁEZ