

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU**

**FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado**

Informe Jurídico sobre la sentencia del Tribunal Constitucional bajo número de expediente  
1272-201-PA/TC

Nombre del Autor/a: Mannie Tirado Cornejo

Código: 20104760

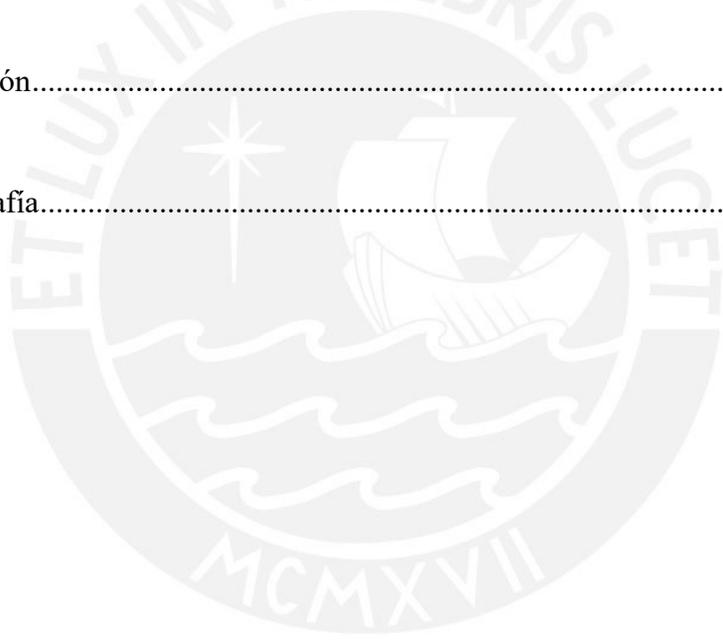
Revisor/a: Hugo León Manco

**Lima, 2021**

## ÍNDICE ANALITICO

1. Introducción.....	5
2. Justificación de la elección de la resolución.....	6
3. Relación de hechos sobre los que versa la controversia.....	7
3.1. De la demanda.....	7
3.2. De la contestación de la demanda.....	8
3.2.1. Defensa del presidente de la Corte de Madre de Dios.....	8
3.2.2. Defensa de la Administradora del Nuevo Código Procesal Penal de Madre de Dios.....	9
3.3. Sentencia de primera instancia.....	10
3.4. Sentencia de segunda instancia.....	11
3.5. Sentencia del Tribunal Constitucional.....	12
4. Identificación de los principales problemas jurídicos.....	13
4.1. Problemas jurídicos principales.....	13
4.2. Otros problemas jurídicos identificados en el caso.....	14
5. Análisis y posición de los temas de la Sentencia.....	14
5.1. Conceptos relevantes previo al análisis.....	15
5.1.1. Estado Social y Democrático de Derecho.....	15
5.1.2. Sobre la protección de la mujer y madre Trabajadora.....	17
5.1.3. Situación de las mujeres en el Perú.....	18
5.1.4. Discriminación laboral por razón de sexo.....	19
5.2. De la protección de la maternidad en la regulación nacional.....	20
5.3. Sobre el proceso de amparo.....	21
5.4. Análisis de los problemas jurídicos.....	22
5.4.1. Sobre los principales problemas jurídicos identificados.....	22
5.4.1.1. Sobre la naturaleza jurídica del derecho a la lactancia.....	22
5.4.1.2. Sobre la imputabilidad del de la afectación al derecho.....	23
5.4.2. Sobre los otros problemas jurídicos identificados en el caso.....	25
5.4.2.1. Sobre la afectación al derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad por la Administradora y por el presidente de la	

	Corte .....	25
5.4.2.2.	Sobre la afectación a la libertad de trabajo y vulneración a la jornada máxima laboral con la actuación de la Administradora y el presidente de la Corte .....	26
5.4.2.3.	Sobre la afectación al interés superior del niño por la actuación de los codemandados... ..	28
5.4.2.4.	Sobre la afectación al derecho a la salud por la actuación de los codemandados... ..	28
5.4.2.5.	¿Existe una vulneración al derecho a la protección familiar con la actuación de los demandados?.....	29
5.5.	Comentarios sobre la sentencia .....	30
6.	Conclusión.....	31
7.	Bibliografía.....	33



## **RESUMEN**

En este informe, analizaremos la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional respecto del derecho a la lactancia de una magistrada, nuestra hipótesis es que se ha generado una vulneración manifiesta a los derechos de la magistrada y de su menor hijo con la programación de audiencias en la hora de lactancia de la magistrada y además de otros derechos. Centraremos la investigación en el análisis de los problemas jurídicos, el principal vinculado a la imputabilidad de los demandados respecto a la vulneración del derecho a la lactancia, los secundarios referidos a los derechos fundamentales de la demandante y los derechos del menor.

El objetivo de la presente investigación es verificar que el derecho a la lactancia, a pesar de no ser un derecho constitucional expresamente reconocido es un derecho vinculado a la maternidad, que cuando este derecho es desconocido genera una gran afectación en la esfera familiar y que puede tener efectos adversos al desincentivar el ejercicio de las responsabilidades familiares.

Finalmente, concluiremos que, si bien se ha vulnerado el derecho a la lactancia y sus derechos vinculados, ello refleja algo un problema estructural mayor en las posiciones neurálgicas de la administración pública y el ejercicio de los derechos fundamentales.

## **1. Introducción**

En el presente informe se abordará el análisis de la sentencia N° 1272-2017-PA/TC a través de la cual el Tribunal Constitucional reconoce expresamente que ha existido vulneración del derecho al permiso por lactancia materna de la demandante, da lugar, a su vez, a la violación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de trabajo, a la protección de la familia y a la salud. Asimismo, también se analizarán los derechos del menor que habrían sido vulnerados como consecuencia directa de la afectación de los derechos fundamentales de su madre.

Para tales efectos, en primer lugar, desarrollaremos cada uno de los hechos que motivaron la interposición de la demanda de amparo por parte de la demandante, así como las sentencias de primera y segunda instancia con la finalidad de analizar cómo es que el sistema jurisdiccional aborda los actos de discriminación y/o hostigamiento respecto de las mujeres trabajadoras.

Conforme se detallará en el presente informe, el problema principal del caso es que la demandante no pudo gozar de sus derechos vinculados al ejercicio de la maternidad, incluso desde su periodo de gestación, generando una afectación de sus derechos fundamentales, así como los de su menor hijo que podrían haber devenido en un perjuicio permanente a ambos, así como en su esfera familiar.

De este modo, conforme se desarrolla en la argumentación del Tribunal Constitucional es importante reconocer en principio la situación de vulnerabilidad que atraviesa la mujer en el ejercicio de sus derechos laborales en el mercado laboral, por lo tanto, teniendo en cuenta que las mujeres cuentan con altas barreras de acceso a un empleo decente no pueden legitimarse conductas como las del presidente de la Corte de Madre de Dios y la Administradora vulneren la dignidad de la trabajadora y otros derechos fundamentales.

## **2. Justificación de la elección de la resolución**

La presente investigación se enfocará en analizar los derechos vinculados a la protección de la mujer y madre trabajadora, y las vicisitudes que se atraviesan en el adecuado ejercicio de estos a pesar del reconocimiento y preponderancia expresa de su protección especial en la Constitución Política del Perú y convenios internacionales de los cuales el Perú es parte. En este sentido, la elección de la presente resolución tiene por objeto analizar las razones por las cuales en el presente caso se desconocieron los derechos vinculados al ejercicio de la maternidad por parte de la magistrada denunciante.

Adicionalmente a lo previamente señalado considero importante el análisis de la presente sentencia, pues la situación que atraviesan las mujeres en el mercado laboral peruano aun evidencia desigualdad respecto de los hombres, por lo que resulta verificar cuales son los componentes que devienen en la afectación de la magistrada y sus derechos fundamentales.

Finalmente, la característica especial que tiene la resolución objeto de análisis es que la vulneración de los derechos se efectúa en el marco de una relación laboral de derecho público y contra una magistrada operadora del derecho quien entre sus competencias tenia, al momento de interposición de la demanda, la resolución de casos de omisión de asistencia familiar y paradójicamente ella se encontraba limitada de ejercer sus deberes de cuidado, asistir a su menor hijo bajo el argumento de la necesidad ciudadana a la justicia.

### **3. Relación de hechos sobre los que versa la controversia.**

En las siguientes líneas se abordarán los hechos que han tenido lugar desde la interposición de la demanda constitucional de amparo en vía judicial hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y constituyen elementos importantes para determinar los hechos controvertidos y derechos vulnerados en el presente caso.

#### **3.1. De la demanda de amparo**

Con fecha 4 de noviembre de 2011 la Juez Unipersonal e integrante de Juzgado Penal Colegiado de Tambopata en la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, Sra. Duberlis Nina Cáceres Ramos interpuso demanda de amparo en contra de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios representada por su presidente, Dr. Marino Gabriel Cusimayta Barreto y la Administración del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata, representada por su Administradora, Sra. Margarita Melendrez Paulo, con emplazamiento del Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial.

La demandante sostiene que, a la fecha de interposición de la demanda, tiene un hijo recién nacido de 4 meses y a pesar de ello, desde que se encontraba en estado de gestación, es víctima de una vulneración constante de sus derechos fundamentales y de actos hostiles por parte de los codemandados. La referida vulneración consiste básicamente en que no puede hacer uso de su derecho de lactancia durante su jornada laboral, ya que la administración no ha dispuesto el tiempo necesario para ello y existe una excesiva programación de audiencias, las cuales incluso se desarrollan de manera continua desde las 7:00 a.m. hasta altas horas de la noche y los fines de semana, para cuyos efectos adjunta la documentación sustentatoria.

Adicionalmente, sostiene que, en virtud de sus solicitudes de reprogramación de audiencias, a efectos de poder atender a su menor hijo, tanto la Administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal y el presidente de la Corte, remiten copias a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (ODECMA), en modo de represalia. La demandante señala además que la vulneración vinculada a la jornada de

trabajo y las represalias son una constante respecto de los magistrados en el distrito judicial y que ello genera un riesgo potencial a la redacción y emisión de resoluciones deficientes sin debida motivación al no existir tiempo para ello por la excesiva y desproporcional programación de audiencias.

En virtud de los hechos referidos, la demandante solicita:

- El cese inmediato de la vulneración de los derechos laborales y del libre desarrollo de la personalidad.
- El cese inmediato de la intromisión jurisdiccional por parte del presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y la Administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata, hechos que estarían vulnerando los derechos reconocidos en los numerales 5 y 22 del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

La demanda se interpone ante el Juez Mixto de Tambopata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51° del Código Procesal Constitucional.

### **3.2. De la contestación de la demanda**

En concordancia con el derecho de defensa que faculta a la parte demandada, el presidente la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y la administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata contestaron la demanda, cuyos principales argumentos resumiremos brevemente en las siguientes líneas.

#### **3.2.1. Defensa del presidente de la corte**

La defensa del presidente de la Corte sostiene que es rol de los presidentes de las cortes superiores de justicia, dictar medidas administrativas para el rediseño y agendamiento de audiencias, para permitir la eficacia del Decreto Legislativo N° 1194, pero ello bajo la dirección y consulta de la Coordinación Nacional para la implementación de Órganos Jurisdiccionales de Flagrancia, Delitos de Omisión de Asistencia Familiar, y de Conducción en Estado de ebriedad. Entonces, se puede concluir que la facultad del presidente de las Cortes está condicionada o sujeta a la

dirección y consulta del Órgano de Coordinación Nacional para la implementación de Órganos Jurisdiccionales y no es en base a un libre albedrío o mero capricho de este, como pretende hacer entender, y concluye que no existe vulneración del derecho invocado por la demandante.

Asimismo, la defensa sostiene que el proceso de Amparo no es la vía idónea para la interposición de la demanda al existir una vía igualmente satisfactoria, pues lo que estaría en cuestionamiento sería una Resolución Administrativa que fue expedida dentro de un procedimiento regular y con la finalidad de coadyuvar a la correcta aplicación del Decreto Legislativo N° 1194, por tanto, la vía idónea sería el proceso Contencioso Administrativo y no el proceso de amparo, por su naturaleza residual.

Finalmente, señala que no se ha acreditado el peligro de que se produzca un daño irreparable en la esfera de derechos de la demandante, por lo que debe declararse improcedente la demanda, por cuanto no se ha acreditado la necesidad de tutela de urgente invocada por la demandada.

### **3.2.2. Defensa de la Administradora del Módulo Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata.**

Por otro lado, la defensa de la codemandada Margarita Milagros Melendrez Paulo, solicita que se declare infundada la demanda en todos sus extremos, por cuanto sostiene que es falso que los magistrados sufran un atropello y hostigamiento por parte de ella, debido a que se rige por el manual de organización de funciones (MOF) aprobado por la Resolución Administrativa N° 082-2013-CE-PJ., de la demandada, donde la demandada tiene funciones específicas. Asimismo, sostiene que la demandante nunca puso de conocimiento o solicitó a su administradora se reserve en el sistema su horario de lactancia por ninguna vía y que incluso, la demandante se incorporó a su trabajo casi un mes después de lo que debía hacerlo.

Respecto de que la administración no ha dejado espacio para atender a su recién nacido, señala que ello también es falso, puesto que, dentro de sus funciones no se encuentran ni agendar ni programar audiencias, ya que, por el contrario, esto lo realiza cada especialista de juzgado o audiencia según sus funciones conforme al MOF. De igual modo, indica que para la instalación y continuación de un juicio oral es obligatoria la asistencia del Juez conforme señala el Código Procesal Penal y no es una obligación por parte la Administradora como señala la demandante habersele obligado a asistir a las audiencias.

Finalmente, sostiene que de conformidad con la Resolución Administrativa N° 062-2015-CE-PJ no se pueden hacer cortes con las audiencias conforme a la Resolución Administrativa señalada donde en el Ítem y que cuando ello ocurra deben remitir copias a ODECMA, no constituyendo un acto hostil.

### **3.3.Sentencia de primera instancia.**

El Juez Luis D. Botto Cayo, Juez del 1° Juzgado Mixto - Sede Tambopata, a través de la Resolución N° 15 del proceso de Amparo emite la Sentencia de primera instancia a través de la cual resuelve que se ha acreditado ,a través del proceso, la vulneración de los derechos constitucionales de la magistrada, en tanto se ha logrado verificar la irrazonabilidad y desproporcionalidad del horario de trabajo en su especial condición, primero de madre gestante y luego como madre lactante; sin atender con especial consideración los derechos que le asisten como madre trabajadora.

Asimismo, señala que se ha acreditado que la Presidencia de la Corte de Justicia de Madre de Dios, y la Administradora del NCPP, Margarita Milagros Melendrez Paulo, han tenido participación directa sobre la vulneración de los derechos fundamentales referidos precedentemente, produciendo una afectación de alta intensidad en contra de los derechos como madre y trabajadora de la demandante.

Por tanto, el juez señala ha acreditado indubitablemente, que los demandados han desconocido el derecho de lactancia que le corresponde a la demandante, quien luego de múltiples gestiones, logro que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ordene que sin trámite alguno que la Presidencia de la Corte realice todas las gestiones y reprogramaciones de audiencias, con el objeto de hacer cumplir el derecho de lactancia que por derecho le corresponde a la actora; y que venían siendo incumplidas de manera sistemática por los demandados, llegando inclusive al extremo de remitir copias a la OCMA y al CNM, con el fin de amedrentar a la Juez Duberlis Nina Cáceres Ramos, en el reclamo de sus derechos como trabajadora y madre de este Poder del Estado.

Por ello, concluye que, a pesar de los argumentos de defensa esgrimidos por los demandados, queda claro que se produjo la violación nítida y manifiesta de los derechos fundamentales de la demandante y señala que la intención de la sentencia emitida por su despacho es que tenga un efecto disuasivo para que en el futuro no se produzcan atentados contra los elementales derechos protegidos constitucionalmente de la madre y del niño recién nacido.

#### **3.4. Sentencia de segunda instancia.**

Teniendo en cuenta el recurso de apelación de las partes demandadas, la sentencia de vista revoca la sentencia de primera instancia sin pronunciarse respecto del fondo del asunto por haber operado la sustracción de la materia al haber cumplido su menor hijo más de 1 año y no encontrarse vigente el derecho a la lactancia.

Conforme se evidencia de los hechos señalados que anteceden, atendiendo que la magistrada demandante no obtuvo un pronunciamiento favorable en la vía jurisdiccional ordinaria, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, interpone el recurso de agravio constitucional a efectos de que los hechos sean conocidos por el Tribunal Constitucional.

### **3.5.Resolución del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional, sostiene que a pesar de que ha operado la sustracción de la materia en el presente, corresponde emitirse un pronunciamiento de fondo por las siguientes razones, conforme al fundamento 6 de la sentencia objeto del presente informe:

- a. *“Debido a la magnitud del agravio producido, no solo porque se habrían afectado los alegados derechos fundamentales, sino porque además no se habría acatado lo dispuesto en la medida cautelar, obligando de este modo, a que la recurrente busque otras alternativas, a efectos de tratar de minimizar el daño producido en sus derechos (a través del uso de vacaciones y licencia sin goce de haber).*
- b. *. La situación descrita por la recurrente no solo incide en los derechos fundamentales que arguyó le fueron vulnerados, sino también en otros derechos y/o bienes jurídicos protegidos, cuya titularidad corresponde a su hijo recién nacido, tales como el interés superior del niño, la salud y la protección a la familia, estos dos últimos también en relación con la actora.*
- c. *Adicionalmente al daño que se habría producido en la esfera subjetiva de la recurrente y de su hijo, los hechos descritos pueden derivar en un riesgo de irreparabilidad del daño enfocado desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, puesto que los alegados derechos fundamentales que se analizarán en la presente sentencia, correspondientes un universo importante de personas y bienes protegidos (mujeres y madres trabajadoras de una actividad remunerada sobre todo, pero además, los hijos y la familia) podrían verse en riesgo”*

De este modo, el Tribunal Constitucional en base a la aplicación e interpretación de los instrumentos normativos nacionales e internacional considera que se ha acreditado la afectación a los derechos fundamentales de la trabajadora, luego de la verificación de la inaplicación de la resolución a través de la cual se establece el derecho de la demandante a gozar de su licencia de maternidad y la necesidad que tuvo de aplicar y/o solicitar otros mecanismos a pesar de que estos puedan resultar más gravosos para la demandante.

El Tribunal Constitucional sostiene que si bien la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios dispuso la ejecución de la medida cautelar; sin embargo, esta medida no fue cumplida por el

presidente ni la administradora de la Corte, agravando así aún más la violación de los derechos fundamentales de la demandante y de su menor hijo.

Adicionalmente, el Tribunal sostiene que la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios no ha cumplido con requerir los recursos humanos necesarios para atender la demanda existente en el marco de la transición al Nuevo Código Procesal Penal, bajo la premisa de un poder judicial carente de la infraestructura y el personal necesarios para la efectiva resolución de sus causas de manera inmediata.

Por lo señalado precedentemente, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, atendiendo que la violación al derecho a la lactancia habría vulnerado los siguientes derechos: Derecho al libre desarrollo de la personalidad, Derecho a la libertad de trabajo, Derecho a la salud, Afectación de la jornada máxima de Trabajo, Interés superior del niño, protección de la familia.

#### **4. Problemas jurídicos identificados en el caso.**

Ahora bien, luego de haber desarrollado los hechos acontecidos en el presente caso, delimitado el marco jurídico aplicable, corresponde delimitar los principales problemas jurídicos que se pueden dilucidar han generado una colisión con los derechos fundamentales de la magistrada accionante y de su menor hijo y la actuación de los codemandados.

Para la delimitación de los problemas jurídicos debemos tener en cuenta que el hecho principal del cual se deriva el presente proceso de Amparo es la imposibilidad que ha tenido la magistrada demandante en el ejercicio efectivo del derecho a la lactancia, ello en base la programación de audiencias durante el horario destinado para la lactancia, así como fuera de la jornada laboral. En este sentido, en primer lugar, será importante delimitar cual es la naturaleza del derecho a la lactancia y quienes son los titulares del derecho, así como la imputabilidad de la vulneración al referido derecho por parte de los codemandados.

Posteriormente, corresponde analizar cada uno de los derechos fundamentales invocados y la afectación por parte del accionar de los codemandados.

#### **4.1.Principales problemas jurídicos del caso.**

Los principales problemas jurídicos que intentaremos absolver en presente trabajo son los siguientes:

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho a la lactancia y quién o quiénes son los sujetos titulares del derecho?
- ¿Es imputable a los codemandados la afectación al derecho a la lactancia de la demandante o es derivado de un problema estructural?

#### **4.2. Otros problemas jurídicos identificados.**

Asimismo, se han identificado otros problemas cuyo análisis resulta relevante, los cuales se mencionan a continuación.

- ¿Existe una afectación al derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad por los codemandados?
- ¿Existe una afectación a la libertad de trabajo y vulneración a la jornada máxima laboral con la actuación de los codemandados?
- ¿Existe afectación al interés superior del niño por la actuación de los codemandados?
- ¿Existe una afectación al derecho a la salud por la actuación de los codemandados?
- ¿Existe una vulneración al derecho a la protección familiar con la actuación de los codemandados?

En el siguiente punto se realizará el análisis de cada uno de los problemas detallados derivados del proceso constitucional de Amparo.

### **5. Análisis y posición sobre los temas de la Sentencia del Tribunal Constitucional**

Conforme lo hemos señalado previamente, en el presente punto se desarrollará el análisis de cada uno de los puntos. Sin embargo, de manera previa se delimitarán conceptos relevantes a tener en cuenta en el marco del presente proceso y finalmente, se indicará la posición adoptada respecto a los problemas del caso.

## 5.1. Conceptos relevantes para la contextualización

De manera previa al análisis del caso resulta pertinente realizar contextualizar elementos importantes, los mismos que se abordan en el análisis del Tribunal Constitucional ante el proceso iniciado por la magistrada, Duberlis Cáceres Nina.

### 5.1.1. Estado Social y Democrático de derecho

En el marco de la Constitución Política de 1993, nuestro país se desenvuelve bajo el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, el cual conforme refiere Landa que debe ser entendido como un modelo que no solo busca limitar y controlar al Estado o a la sociedad sino también promover u crear las condiciones de jurídicas, políticas, sociales y culturales que permitan el máximo desarrollo de la persona (Landa: 2007: 110).

En este modelo, conforme se ha referido previamente, tiene una especial relevancia la garantía de la dignidad de la persona de conformidad con lo establecido en el art. 1° de la Constitución Política del Perú, para garantizar dicho fin supremo se han reconocido a su vez los derechos fundamentales de la persona que el estado debe procurar y garantizar.

En esta misma línea, el cambio de paradigma requiere que cambie la concepción formal del derecho a la igualdad por el goce efectivo (igualdad material) para lo que se establecen medidas que conducen a dicho fin. En esta búsqueda de igualdad real guarda una especial relevancia la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres conforme el mismo texto constitucional reconoce y busca garantizar y que tiene incidencia en el presente informe.

En esta línea se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 0001/0003-2003-AI/TC, sobre el principio de igualdad y la labor del estado:

*“El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general,*

*tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la o esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”*

De manera previa a realizar el análisis respecto de cada uno de los puntos del caso, resulta e importante recalcar el mandato de igualdad y no discriminación en el cual se enmarca la Constitución Política del Perú, la cual es el rol fundamental del estado la protección del niño, del adolescente, de la madre y del anciano en situación de abandono. De este modo, todas las actuaciones estatales y no estatales deben contener el enfoque transversal de protecciones a los menores y a las madres trabajadoras.

En esta línea, en un ámbito más reciente el Tribunal Constitucional en la STC se pronuncia además respecto del enfoque de género: “la perspectiva de igualdad de género, entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que **necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado)**, ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tomen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria”.

Por tanto, existe un mandato de realizar acciones afirmativas o discriminación positiva respecto de los grupos que enfrentan vulnerabilidades al momento de ejercer de manera efectiva sus derechos, entre ellos las mujeres.

### 5.1.2. Sobre la protección a la mujer y madre trabajadora

En este sentido, teniendo en consideración que la mujer se encuentra en una posición desventajosa respecto de los hombres en lo que compete al ejercicio efectivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, es preciso señalar que esta situación se agrava aún más cuando se intersecan con el ejercicio de los derechos asociados a la maternidad, esta situación ha sido advertida en la Constitución Política de 1993 conforme se observa en el art. 4° que señala que *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”*.

Respecto a este artículo Landa indica que debe ser entendido como un mandato de optimización a través del cual *“El Estado se encuentra obligado a despegar toda su fuerza con el propósito de hacer que la mujer desarrolle plenamente sus potencialidades como persona, en igualdad de condiciones que el hombre y con absoluto respeto de sus derechos fundamentales. Ello como es natural, implica la posibilidad de ser madre”*. (Landa: 2014: p. 225). En este sentido, el Estado se compromete a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la mujer.

En la misma línea el art. 23° de la Constitución Política del Perú, señala lo siguiente:

*“El Estado y el Trabajo 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. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. **Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales**, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.”* (el énfasis es nuestro).

Como puede desprenderse de la redacción de los artículos referidos, existe una necesidad preponderante de reconocer los derechos de la mujer en su condición de madre y su vinculación con el trabajo, a efectos de que en el desarrollo de este no se vean vulnerados sus derechos fundamentales al ser consideradas las mujeres como un grupo vulnerable. Esta protección resulta indispensable, aún luego de 27 de años de la publicación de la Constitución Política del Perú, ya que como hemos referido previamente las brechas entre hombres y mujeres aún continúan vigentes.

### **5.1.3. Situación de las mujeres en el Perú**

La situación de las mujeres a nivel mundial resulta aún preocupante, de acuerdo con Ranking global de medición de brechas de género del 2020 elaborado por el Foro Económico Mundial, se ha verificado que, si bien ha existido un ligero avance respecto a la disminución de las brechas de género, aun se estima que tienen que pasar 99.5 años para lograr la igualdad entre hombres y mujeres si se continua al ritmo actual y no se toma ninguna acción radical que acelere dicho objetivo.

Por su parte, Perú, al igual que en el informe del año 2019, ocupa el puesto 66 en la medición. Se observa que a pesar de la regulación emitida con normativa que busca establecer medidas afirmativas a favor de las mujeres aún no se logra un avance significativo en el cierre de brechas de género. Estas brechas afectan el goce efectivo de las mujeres en sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC), los cuales se relacionan con el lugar de trabajo, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la seguridad social, la educación, la alimentación, entre otros.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que las mujeres tienen una menor representación en la Población Económicamente Activa del Perú, en comparación con los hombres, lo cual se acentúa cuando además de ser mujer se interseca con tal maternidad y crece con el mayor número de hijos que la mujer tenga, aumentando las brechas entre hombres y mujeres, debido a la existente división sexual del trabajo y la asunción de los roles de cuidado

preponderantemente por las mujeres, conforme se desprende del Documento de investigación 106 que mide los Impactos de la epidemia del coronavirus realizado por GRADE, en el cual se indica que esta división de índole patriarcalista concluye con la exclusión relativa de las mujeres en ámbito laboral.

Los niveles señalados se enmarcan en un escenario pre pandemia por la COVID-19, con lo cual los niveles de ocupación laboral habrían descendido en este escenario, ello no solo atendiendo la concepción que instituye que las mujeres deben asumir directamente las responsabilidades familiares en el hogar asociadas a los deberes de cuidado de los menores y adultos mayores, sino que a ello se adiciona las barreras de uso de las Tecnologías de la información las cuales han resultado indispensables para realizar labores durante el estado de emergencia con la preponderancia del trabajo remoto en los sectores en los que habitualmente las mujeres se desempeñan. Ello se evidencia en la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) 2020 realizada por el INEI, a través de la cual se indica que los hombres hicieron mayor uso de Internet (68%) en comparación a las mujeres (60,6%), concluyendo así que existe brecha de género de 6,4 puntos porcentuales respecto a este punto.

#### **5.1.4. Discriminación laboral por razón de sexo.**

Conforme se ha desarrollado brevemente en los párrafos precedentes, la mujer en el Perú no puede ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales bajo la premisa de igualdad de condiciones. En este sentido, existen para las mujeres muchas brechas y barreras de acceso en el ejercicio cotidiano de su ciudadanía. Entre estas barreras que atraviesan las mujeres se encuentran las relacionadas al empleo.

La desigualdad en las relaciones de trabajo entre hombres y mujeres resulta ser uno de los problemas preponderantes en nuestro país, esta desigualdad se presenta como una barrera de acceso al empleo formal y posteriormente también en el progreso de la carrera laboral. Ello, lleva consecuentemente a la precarización del empleo femenino.

Al respecto, podemos señalar de un lado que existen barreras de acceso vinculadas con la concepción patriarcalista de la división sexual del trabajo y que a ello se suma la poca posibilidad de ser elegida frente a un candidato hombre, al perseverar prácticas que no garantizan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los procesos de selección.

Esta desigualdad también se desarrolla en el marco de la relación cuando está ya se hubiera constituido, en este caso algunos ejemplos de dicha expresión son los siguientes: la brecha salarial, prevalencia de casos de hostigamiento sexual hacia las mujeres (aproximadamente 97% según las cifras de la Oficina Trabaja sin Acoso del MTPE), el menor nivel de ascensos respecto de los hombres y el consecuente bajo índice de mujeres en cargos de dirección.

En este sentido, se verifica que la discriminación por razón de género materializa los índices de desigualdad entre hombres y mujeres, lo cual no se guarda consecuencia con la garantía constitucional del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo.

## **5.2.Sobre la normativa de protección a la maternidad.**

En el marco del modelo adoptado por nuestro país, en la persecución de la igualdad real entre hombres y mujeres, se han emitido a nivel nacional normas que buscan erradicar las brechas existentes en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, para efectos de la presente haremos una breve referencia a la normativa conducente a la igualdad oportunidades entre hombres y mujeres que se encuentra vigente en el país son los siguientes:

- Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y post natal y Reglamento
- Ley N° 27337.- Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.
- Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

- Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.
- Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres y Reglamento

Adicionalmente a la normativa previamente referida, nuestro país ha ratificado e incorporado a su ordenamiento jurídico interno los convenios OIT más relevantes sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujer, así como los convenios de prevención de la violencia de género como CEDAW y Belén de Pará que establece un mayor número de obligaciones que deben guiar el accionar de los poderes públicos.

### **5.3.Sobre la aplicación del proceso de amparo en el presente caso.**

Ahora bien, luego de haber desarrollado conceptos que son relevantes para el análisis del caso bajo referencia, procederemos a realizar un breve análisis formal respecto la aplicación del proceso de amparo en el presente caso. Para efectos de la presente utilizaremos la definición propuesta por Landa sobre el amparo.

*“El proceso constitucional de amparo es un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o amenazas inminentes de su transgresión. Sin embargo, debemos precisar que el proceso de amparo no protege todos los derechos fundamentales, sino a un grupo de ellos que son distintos de la libertad personal o los derechos conexos a ella, así como del derecho a la información pública o del derecho a la autodeterminación informativa, que tienen, respectivamente, procesos constitucionales específicos para su tutela” (Landa: 2007)*

En el presente caso, si bien legalmente habría operado la sustracción de la materia, al haber concluido el periodo por lactancia, no podría haber un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional decide emitir un pronunciamiento debido a la magnitud del agravio producido, la situación descrita no solo incluye a esfera de derechos de la accionante sino también otros bienes jurídicos protegidos como los de su menor hijo.

Por tanto, ante la evidencia presentada por la magistrada demandante respecto a la vulneración constante de los derechos fundamentales que también incluyen a un grupo de trabajadores y trabajadoras que pueden ver vulnerados sus derechos fundamentales en situaciones como la presentada, correspondía la admisión del proceso en tanto no existe una vía igualmente satisfactoria para la satisfacción de las pretensiones de la demandante.

#### **5.4. Análisis sobre los problemas jurídicos identificados.**

En las siguientes líneas abordaremos el análisis concreto respecto de los problemas jurídicos identificados en el presente caso.

##### **5.4.1. Análisis de los principales problemas jurídicos.**

A continuación, se detallará el análisis de los principales problemas jurídicos identificados.

###### **5.4.1.1. Sobre la naturaleza jurídica del derecho a la lactancia y los sujetos titulares del derecho.**

Como se ha desarrollado en la parte introductoria del presente documento, la Constitución Política del Perú establece expresamente que las mujeres y madres tienen una especial protección y que la misma se extiende a las relaciones laborales, debiéndose garantizar la no vulneración de los derechos fundamentales (Art. 4° y 23° CPP).

Esta afectación al derecho a la maternidad se ve materializada pues, a pesar del reconocimiento expreso del derecho a la lactancia de la accionante, se ha podido comprobar fácticamente con los registros de programación de audiencias que existía una recurrente vulneración del derecho al permiso de lactancia. Respecto a este derecho el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 30 de la sentencia bajo comentario señala que si bien el permiso por lactancia no encuentra expresamente señalado en la Constitución resulta fundamental, precisa que *“el permiso por lactancia es un derecho de configuración legal vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, que adquiere especial relevancia debido a los diversos derechos que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, en particular, la madre trabajadora, tanto en el ámbito laboral, como en el ámbito del hogar y la familia”*.

En tal sentido, el derecho a la lactancia forma parte del contenido esencial de los derechos asociados a la protección de la madre trabajadora al igual que el descanso pre y postnatal. Es preciso señalar que esta protección y el carácter fundamental también se reconoce en el Código del Niño y Adolescente.

De este modo, debemos tener en cuenta que la justificación del permiso a la lactancia nació bajo la premisa del rol de alimentación que tiene la madre respecto del menor. Sin embargo, en los últimos años se ha desarrollado ampliamente por lo que, conforme señalaremos en las siguientes líneas, existe más ámbitos en los que dicho derecho recae, los cuales incluso, en otras legislaciones son atribuidas en igualdad de condiciones también al padre.

Sin embargo, como podemos observar en ejercicio del derecho a la lactancia hay un sujeto activo, que en el caso de lactancia materna en nuestro país es la madre y un sujeto pasivo, que es el menor quien además durante los 6 primeros meses requiere de dicha alimentación de forma exclusiva para poder sobrevivir y los meses siguientes como alimentación complementaria.

Por tanto, al existir una bilateralidad en los sujetos titulares del derecho se fundamenta un protección especial y ponderación del referido derecho asociado a la maternidad.

#### **5.4.1.2. Sobre la imputabilidad de la vulneración del derecho a la lactancia respecto de los codemandados.**

Como se ha podido verificar de los argumentos precedentes y del análisis del Tribunal Constitucional si bien se habían emitido resoluciones administrativas y el Decreto Legislativo N° 1194, enmarcados en la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito judicial, así como el reforzamiento de las medidas de actuación de los delitos de flagrancia y que si bien se ha observado que ha existido una escasez de recursos humanos para satisfacer la demanda ciudadana, los fines perseguidos por el Distrito Judicial bajo la dirección del Presidente de la Corte no pueden pretender alcanzarse a costa de la vulneración de los derechos fundamentales, lo cual no resulta proporcional.

Del mismo modo, conforme se probó en la sentencia de primera instancia y por el Tribunal Constitucional, más allá de las disposiciones del MOF, se ha podido comprobar que tanto el presidente de la Corte y la Administradora tenían injerencia directa en la programación de audiencias que causaron la afectación de los derechos de los demandados.

En ese sentido, en ninguna circunstancia cabría el desconocimiento del horario de lactancia de la madre trabajadora, así como los derechos a la jornada máxima del trabajo, a la salud y los bienes jurídicos protegidos respecto del menor, por cuanto se evidencia la afectación de derechos fundamentales por parte de los codemandados, así como la comisión de actos hostiles.

Ahora bien, si bien los datos del expediente no nos permiten presumir que ha existido un acto de discriminación directa respecto de la magistrada, ya que incluso se puede evidenciar de la lectura de los actuados en la vía judicial que la conducta de la Administradora y del Presidente de la Corte tenían una tendencia de hostilizar y ejecutar mecanismos de coacción tales como amenazas de remitir informes a la ODECMA en caso los magistrados requirieran la suspensión de las audiencias, si nos brinda indicios de que ha incurrido en actos de discriminación indirecta por razón de género.

Los actos de discriminación indirecta por razón de género, como señala Sáez Lara son las prácticas o medidas que siendo formal o aparentemente neutra genera un efecto adverso sobre los miembros de un determinado sexo. Entonces, podemos señalar que además de una vulneración manifiesta a los derechos de la madre trabajadora, también nos encontramos ante un acto de discriminación indirecta, pues esta conducta generar desincentivos y afectar a las mujeres e incluso hombres, en un ámbito más amplio, que desean ejercer sus derechos reproductivos y consecuentemente los derechos que les corresponden como madres trabajadoras o como trabajadores con responsabilidades familiares, ello podría evidenciar, como lo señalaremos más adelante, que existiría un problema además estructural.

#### 5.4.2. Análisis de otros problemas jurídicos identificados en el caso

Ahora bien, es importante señalar que, si bien la imputabilidad de la afectación al derecho a la lactancia respecto de los codemandados resulta el problema principal, también resulta importante, realizar dicho examen respecto de los otros derechos vulnerados en el presente caso.

- a) Respecto de la afectación al derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad por parte de los codemandados.

La demandante ha señalado que se ha vulnerado su derecho al libre desarrollo de la personalidad, este derecho se encuentra establecido en el numeral 1 el art. 2 de la Constitución Política del Perú, el cual señala lo siguiente:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:

1. “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. (..)

Si bien, el artículo no desarrolla el contenido de este derecho fundamental constitucionalmente reconocido en el fundamento 22 de la Resolución N° 00032-2010-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

*“(..) El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a*

*cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”*

En el presente caso, el Tribunal Constitucional indica que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra vinculado en tanto la magistrada ha decidido ser madre, llevar el embarazo y consecuentemente ser titular de los derechos que ello acarrea. En este sentido, la libre decisión de la magistrada y los consecuentes derechos asociados a la maternidad, en especial, el derecho a poder decidir el mecanismo de lactancia a emplea, la repartición de roles en el hogar, y/o como emplear el tiempo libre, derechos que no pueden vulnerados por decisión de un particular o de los poderes públicos a menos que nos encontremos ante una colisión con otros derechos que sean igualmente constitucionalmente reconocidos, para lo cual deberá realizarse el análisis de proporcionalidad.

Sin embargo, en el presente análisis no se pondera con otro derecho fundamental de rango constitucional que se haya contrapuesto al real goce del derecho al ejercicio del libre desarrollo de la maternidad y derechos vinculados al mismo de la magistrada, ya que únicamente los codemandados optan por desconocer el mismo a pesar de su preponderancia constitucional.

- b) Respecto de la afectación a la libertad de trabajo y vulneración a la jornada máxima laboral con la actuación de la Administradora y el presidente de la Corte.

Sobre este punto, de la revisión del proceso constitucional en mención se permite acreditar que la jornada laboral de la magistrada excedía en exceso la jornada de las 8 horas diarias o 48 semanales, afectando así el límite máximo establecido en la Constitución Política del Perú y de manera previa en el Convenio N° 1 de la OIT, sobre horas de Trabajo. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la ejecución de horas extraordinarias debe efectuarse de manera excepcional, de lo contrario nos encontraríamos ante una alienación de la jornada de trabajo, inobservando incluso lo

dispuesto como recomendación de la OIT así como en la Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada (2019) de la misma entidad, en la cual se establece que debe limitarse la jornada, incluyendo las horas extras, hasta un máximo de 12 horas. De igual forma, es importante recordar que la ejecución de horas extras en nuestra regulación tiene una naturaleza bilateral; es decir, ni el trabajador puede obligar a su empleador a otorgarle trabajo en sobretiempo ni el empleador puede obligar a la ejecución de labores en sobre tiempo, más aún cuando en el segundo supuesto nos encontraríamos ante la ejecución de trabajo forzoso que no se encuentra conforme al carácter tuitivo del derecho laboral en nuestra regulación.

Sin embargo, ello no sucedía únicamente respecto de la accionante, sino que la programación de audiencias atentaba de forma general a todos los magistrados del juzgado penal, afectando también la seguridad y salud en el trabajo exponiendo a los magistrados a riesgos psicosociales como el estrés y el síndrome de burnout, los cuales no derivan únicamente la citadas enfermedades ocupacionales, sino que pueden generar una potencial afectación al adecuado ejercicio jurisdiccional al cual debe ceñirse el poder judicial. Del mismo modo y derivada de la infracción normativa en materia sociolaboral sobre jornada de trabajo, también ha existido una vulneración a la protección especial en materia de seguridad y salud en el trabajo a las mujeres en estado de gestación y lactancia que, incluso el embarazo de la magistrada tuvo factores de riesgo que pusieron en el peligro el término adecuado del embarazo, conforme obra en el expediente.

Es importante precisar que, si bien esta afectación se genera en el marco de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, no se desarrolla en el caso si es que una conducta recurrente en dicho distrito judicial la alteración de los derechos de los magistrados en el desarrollo de sus actividades rutinarias y de la jornada máxima de trabajo.

c) Respecto de la afectación al interés superior del niño con la actuación de la Administradora y el presidente de la Corte

El principio de interés superior del niño cuyo reconocido implícitamente en el art. 4 de nuestra constitución implica que las normas e interpretaciones en las controversias se efectúen teniendo especial consideración los intereses de los niños y adolescente al tener una protección preponderante en nuestra regulación.

En este caso, se indica que la vulneración se generaría en tanto se afectarían los derechos y bienes constitucionales del funcionario o servidor que le sirven de alimento, y además de la afectación del derecho a la salud y protección familiar, respecto de los cuales dicha vulneración tiene una incidencia directa en el menor hijo de la magistrada. Es importante señalar, además, que la lactancia materna, en los últimos años ha sido reconocido como un derecho fundamental de los menores, e incluso la Organización Mundial de la Salud ha reconocido que existen diferencias en el crecimiento, la salud y el desarrollo en personas quienes recibieron lactancia materna adecuada.

Las decisiones tomadas por la Administradora (programación de audiencias) y el presidente la corte no han sido analizadas transversalmente con teniendo en cuenta protección superior del menor.

d) Respecto de la afectación al derecho a la salud al con la actuación de la Administradora y el presidente de la Corte

Al respecto, en el presente caso también se observa una contraposición con la satisfacción de necesidades básicas del menor hijo de la demandada, en tanto, como señala el Tribunal Constitucional el ejercicio del derecho a la lactancia proporciona la alimentación ideal para el lactante y contribuye a la disminución de la morbilidad y mortalidad infantil, además establece un vínculo afectivo entre la madre e hijo, proporcionando beneficios sociales y económicos a la familia. Ello se traduce en la recomendación de la lactancia materna exclusiva durante seis meses y el mantenimiento de ella hasta los 2 años.

Asimismo, el impacto de la lactancia materna en la salud del niño, de conformidad con el Comentario General sobre el Derecho del Niño a la Salud por la Red Internacional de Acción sobre Alimentos para Bebés (IBFAN) se puede resumir como: protección de enfermedades estomacales, enfermedades respiratorias, infecciones del oído medio y del tracto urinario; protección inmunológica (calostro - primera leche) y mejora de las funciones inmunológicas; promoción del desarrollo correcto de la mandíbula y los dientes; mejora del desarrollo cognitivo y de las funciones visuales y auditivas; disminución del riesgo, en comparación con los lactantes alimentados artificialmente: enfermedades crónicas (obesidad, cáncer, enfermedades del adulto enfermedades cardiovasculares, condiciones alérgicas y diabetes), a prevención de la obesidad es aún más importante, ya que también muchos países en desarrollo se enfrentan a una doble carga de malnutrición. Es importante señalar que las madres lactantes que se enfrentan a la discriminación sufren graves consecuencias para la salud, incluyendo: enfermedades e infecciones dolorosas; disminución del suministro de leche, destete antes de lo que los médicos recomiendan, conforme lo desarrolla Organización Mundial de la Salud.

c) Sobre la afectación al derecho a la protección familiar

EL artículo 4 de la Constitución Política del Perú, sostiene que *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad(..)* En este sentido, las decisiones estatales deben encontrarse orientadas a la protección de la familia ya que esta institución es reconocida como el elemento natural y fundamental de la sociedad y con la actuación de los demandados en el marco del proceso, y leyéndose de manera conjunta con la vulneración a los derechos de maternidad y regulación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, se habrían afectado los vínculos afectivos que este derecho busca proteger.

Por tanto, ante la afectación de los derechos de la madre y del menor, se genera consecuentemente una vulneración a la esfera familiar al alterar el adecuado ejercicio familiar, el adecuado ejercicio de los roles de cuidado y la corresponsabilidad entre los integrantes del grupo familiar.

### **5.5.Comentarios sobre la sentencia**

Ahora bien, luego de haber analizado los hechos y problemas jurídicos derivados del presente caso, si bien coincido con el análisis referido a la afectación de los derechos fundamentales de la magistrada y su menor hijo, considero que no se han abordado temas relevantes que merecían un análisis tales como la calificación de la conducta de los codemandados como un acto de discriminación indirecta respecto de la magistrada al hacer casi imposible el ejercicio de sus responsabilidades familiares, a través de medidas aparentemente neutras pero que afectan a determinadas personas, que en este caso serían los trabajadores con responsabilidades familiares.

Asimismo, si bien se hace mención a la vulneración de la jornada de trabajo se puede evidenciar que minimizan el impacto de lo referido, al señalar que ello afecta a la magistrada en su condición de madre lactante. Sin embargo, no toman en cuenta que en el presente caso nos encontramos ante una imposición de “horas extras” que podrían incluso determinarse como trabajo forzoso si el empleador fuera del ámbito privado. Del mismo modo, no toman en cuenta la afectación a la seguridad y salud de los trabajadores al someterlos a jornadas exhaustivas que devienen incluso en resoluciones judiciales deficientes vulnerando los principios de calidad y eficacia que debe seguir el Estado.

Del mismo modo, de manera específica, no se realiza un análisis respecto a si la ampliación de la jornada podría haber devenido en una afectación a la magistrada en su condición de madre lactante respecto a la protección especial que se otorga a las madres gestantes y lactantes.

Es importante tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional, a pesar de sus facultades no dispone a los emplazados que no vuelvan a incurrir en las acciones que motivaron la demanda, y únicamente los condena al pago de costos y costas, no generando un impacto directo en la protección futura que argumenta en los primeros fundamentos de la sentencia

cuando motiva la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo.

Finalmente, coincido con la fundamentación del voto del Dr. Eloy Espinosa en tanto indica que el Tribunal Constitucional no propone una solución estructural para evitar futuros casos ya que únicamente se limita a responder a esta solicitud, en la cual como hemos señalado ha operado la sustracción de la materia y no tendrá efectos jurídicos en la situación de la demandante, por tanto, considero que la decisión no fue suficiente ni representa la protección constitucional e internacional que se garantiza a la madre trabajadora.

## **6. Conclusiones**

Como se ha indicado a lo largo del presente documento, a pesar de que cada vez más mujeres se incorporan al mercado laboral, aún persisten las barreras de acceso, permanencia y ascenso en el ámbito laboral, situación que se agrava aún más cuando ejercitan sus responsabilidades familiares, al estar asociadas frecuentemente a un mayor costo laboral o una menor productividad. En este sentido, en casos como el analizado en el presente documento se evidencia que aun en supuestos en los cuales el empleador es el Estado. La vulneración de derechos fundamentales de las trabajadoras persiste, pues se evidencia una penalización por el deseo de ejercitar efectivamente de los derechos asociados a la maternidad.

En efecto, nuestra regulación en los últimos años ha reforzado la estabilidad laboral de madre lactante y gestante, la equiparación de remuneraciones por trabajo de igual valor, la protección y prevención ante casos de Hostigamiento Sexual, la protección en materia de seguridad y salud en el Trabajo de la madre lactante y gestante, por cuanto podemos concluir que la vulneración no se debe a un inadecuado o inexistente nivel de protección legal o constitucional de la mujer y la madre trabajadora sino a su inadecuado cumplimiento y adherencia a la misma por los empleadores públicos y privados.

Ahora bien, lo que sí es posible identificar es que la regulación actual tiene como componente principal la premisa referida a que la mujer es la responsable de las labores de cuidado, como se puede observar en la exposición de las normas asociadas al ejercicio de la maternidad, por el rol biológico o natural que le corresponde desempeñar en la sociedad y que además deviene en una desvinculación de los padres trabajadores respecto a sus labores de cuidado conforme se evidencia en el alto número de deudores alimentarios y procesos de alimentos que las empresas deben atender. Es decir, se puede verificar que aún no existe una equiparación de los derechos

y/o beneficios legales que le corresponden a las madres y padres con responsabilidades familiares, reforzando así la división sexual del trabajo inserta en el pensamiento colectivo y aún más preocupante, instalado en las Instituciones Estatales, en posiciones neurálgicas como la de una juez, como se ha verificado en el desarrollo del presente caso.

Por tanto, es importante señalar que una regulación más proteccionista sobre el tema no resolverá las diferencias entre hombres y mujeres, ya que incluso podría poner en riesgo y detener la incorporación de mujeres en trabajos adecuados en el ámbito laboral, por el costo asociado a ello, precarizando así el empleo femenino.

Entonces, nos encontramos ante un problema estructural que trasciende a la regulación, que requiere una implantación urgente de transversalización del enfoque de género en todos los ámbitos en los que los ciudadanos se desenvuelven y así trasladarnos de un enfoque maternalista de las labores de cuidados a uno en el cual se involucre a ambos padres en igualdad de condiciones y se revalorice la importancia de la protección familiar por el Estado y particulares.

Finalmente, además de la reforma necesaria, adherencia del enfoque de género, y búsqueda de corresponsabilidad que nos lleven a una efectiva protección del derecho a la familia, bajo todas sus formas, resulta necesario que la Inspección de Trabajo se enfoque de manera efectiva en la fiscalización de los derechos asociados a la maternidad y paternidad en la Administración Pública, sin que ello suponga desatender la fiscalización del sector privado, por cuanto resulta importante garantizar el goce efectivo de derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares, más aún en un contexto como la actual crisis sanitaria y económica, que genera mayores índices de desigualdad para este grupo, y de manera específica para las mujeres.

## 7. Fuentes bibliográficas empleadas para el análisis:

ACUÑA, Erick. Y otros

2019 *jurisprudencia y derechos humanos: avances en la agenda de derechos humanos a través de sentencias judiciales en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Beltrán, Arlette, y Grippa Zárate, Ana Rosa

2008 *Políticas efectivas para reducir la mortalidad infantil en el Perú: ¿cómo reducir la mortalidad infantil en las zonas más pobres del país?* Apuntes. Revista de ciencias sociales, (62), 5-54. Consulta: 10 de noviembre de 2020

<https://doi.org/https://doi.org/10.21678/apuntes.62.570>

CEDAW

1979 Convención Sobre Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (Cedaw), Aprobada el 18 de diciembre de 1979 por el Perú Resolución Legislativa N° 23432. Consulta 30 de setiembre de 2020.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ

1994 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Aprobada por Resolución Legislativa N° 26583 de 22 de marzo de 1996 y ratificada el 4 de abril de 1996. Consulta: 30 de setiembre de 2020.

CACPATA CALLE, Wilson y otros

2020 *Derecho a la igualdad entre mujeres embarazadas durante el periodo de lactancia*. Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores, 7, 1–16.. Consulta: 20 de octubre de 2020.

<https://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/2120/2175>

GARCÉS PERALTA, Patricia Carolina

2016 “ La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?”. *Pensamiento Constitucional*, 21, 107–162. Consulta 25 de octubre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18702>

JARAMILLO, Miguel y Ñopo, Hugo

2020 Impactos de la epidemia del coronavirus en el trabajo de las mujeres en el Perú/ Miguel Jaramillo y Hugo Ñopo. Lima: GRADE, 2020 (Documentos de Investigación, 106).

LA BARBERA, Maria Caterina y WENCES, Isabel

2020 La “Discriminación De Género” en La Jurisprudencia De La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*, 17(42), 59–87. Consulta: 3 de noviembre de 2020.

<https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.29092/uacm.v17i42.735>

LANDA, Cesar

2014 El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *THEMIS Revista De Derecho*, (65), 219-241. Consulta: 3 de noviembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870>

LANDA ARROYO, César Rodrigo

2005 “El Amparo en el Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano”. “Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM” (*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*). Consulta: 3 de noviembre de 2020.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/30261/27316>

LANDA , César.

2007 “Tribunal Constitucional y Estado Democrático”. Tercera edición. Lima: Palestra Editores. 2007. pp. 551-557. Consulta: 10 de noviembre de 2020.

<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50394>

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan.

2014 El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*, 18(19), 389–420. Consulta: 3 de noviembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/12534/13094/>

LING RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz

2018 Derecho de familia y procesos constitucionales: apuntes teóricos y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. *Pensamiento Constitucional*, 23(23), 119–155. Consulta: 3 de noviembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20950>

MCCARTEL, Rachel y PADILLA, Heather

2020 Assessing Workplace Breastfeeding Support Among Working Mothers in the United States. *Workplace Health & Safety*, 68(4), 182-189. Consulta: 3 de noviembre de 2020.

<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/2165079919890358>

MEZA MARTÍNEZ, C. A.

2018 Discriminación laboral por género: una mirada desde el efecto techo de cristal. *Equidad y Desarrollo*, 32, 11–31. Consulta: 3 de noviembre de 2020.

<https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.19052/ed.5243>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT),

Convenio N. 111 Sobre discriminación en el empleo. Consulta 10 de octubre de 2020

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_Ilo\\_Code:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT),

Convenio N. 156. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Consulta 10 de octubre de 2020

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_Ilo\\_Code:C156](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C156)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT),

Convenio N. 183. Convenio sobre la protección de la maternidad. Consulta 10 de octubre de 2020

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_Ilo\\_Code:C183](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C183)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

2003 Estrategia Mundial para la Alimentación del Lactante y del Niño Pequeño. Consulta 30 de octubre de 2020.

[https://www.who.int/nutrition/publications/gs\\_infant\\_feeding\\_text\\_spa.pdf](https://www.who.int/nutrition/publications/gs_infant_feeding_text_spa.pdf)

QUIÑONES INFANTE, Sergio y TEJADA YÉPEZ, Claudia

2019 Avances en la lucha contra la desigualdad y la violencia por razón de género en el ámbito laboral. *IUS ET VERITAS*, (59), 116-123. Consulta 10 de noviembre de 2020

<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.008>

RESURRECCIÓN, Liliana.

2015 “La «discriminación múltiple». Formación del concepto y bases constitucionales para su aplicación en el Perú”. *Pensamiento Constitucional*, 20(20), 311–334. Consulta 25 de octubre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14895>

SÁEZ LARA, Carmen

1995. Las discriminaciones indirectas en el trabajo. *Cuadernos De Relaciones Laborales*, 6, 67. Consulta 10 de noviembre de 2020  
<https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA9595120067A>

SACK, Rosana

2015 Lactancia Materna Y Trabajo: ¿Un Derecho Reconocido a La Mujer? La Aljaba, Segunda Época. *Revista de Estudios de La Mujer*, 19, 117–133. Consulta: 10 de octubre de 2020.

<https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/aljaba/article/view/1787/4505>

WORLD ECONOMIC FORUM

2020 Global Gender Gap Report 2020

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente 0001/0003-2003-AI/TC. Sentencia: 4 de julio de 2003. Consulta: 10 de octubre 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2019 Expediente 01272-2017-PA/TC. Sentencia: 5 de marzo de 2019. Consulta: 10 de octubre 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2003-AI%2000003-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2019 Expediente 01479-2018-PA/TC. Sentencia: 5 de marzo de 2019. Consulta: 10 de octubre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01479-2018-AA.pdf>

VILLAR N, Maria

2018. Derecho de la niñez y adolescencia. Fondo Editorial de la Pontificia universidad Católica del Perú.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC

MADRE DE DIOS

DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Duberlis Nina Cáceres Ramos contra la resolución de fojas 686, de fecha 3 de octubre de 2016, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró la sustracción de la materia respecto del derecho al permiso por lactancia materna y en cuanto al extremo referido al derecho a la jornada de las ocho horas de trabajo diarias, revocó la apelada y la declaró infundada.

### ANTECEDENTES

#### Demanda

Con fecha 4 de noviembre de 2015, la recurrente interpone demanda de amparo contra el presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, don Marino Gabriel Cusimayta Barreto y la administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata, doña Margarita Milagros Meléndrez Paulo. Solicita el cese inmediato de la vulneración de sus derechos fundamentales al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a su derecho a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad.

Señala que desempeña el cargo de jueza unipersonal y además, es integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y que, pese a que se encuentra con permiso de lactancia materna de su hijo de cuatro meses de edad, la obligan a efectuar jornadas de trabajo desde las 7:00 a.m. hasta altas horas de la noche (10, 11 e incluso medianoche), esto es, fuera del horario habitual de trabajo, debido a la programación y reprogramación de audiencias. Indica que incluso, debe ir a trabajar los fines de semana. Horarios que son programados por el especialista legal a exigencia de la administradora del Módulo y con aquiescencia del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

Residente de la propia Corte.

Agrega que, como represalia a sus pedidos de reprogramación de audiencias, el presidente de la corte remitió copias a Odecma y al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) respecto de su desempeño como juez en las audiencias señalando que la accionante pretende imponerse y que su intención pone en riesgo todo el sistema penal. Asimismo, sostiene que se ha instaurado un procedimiento administrativo sancionador sin tomar en consideración los presupuestos que motivaron las decisiones jurisdiccionales de suspensión o de reprogramación de audiencias. Por último alega que dichos hechos constituyen evidentes actos de hostilización contra su persona.

#### Contestaciones a la demanda

El Procurador Público Adjunto del Poder Judicial contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente. Señala que mediante la Resolución Administrativa 315-2015-CE-PJ se estableció que los presidentes de las cortes superiores de justicia dicten las medidas correspondientes para el rediseño y agendamiento de las audiencias, bajo la dirección y consulta de la Coordinación Nacional para la Implementación de los Órganos Jurisdiccionales de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad, con el fin de lograr la eficacia del Decreto Legislativo 1194, por lo que las medidas tomadas por la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios no son consecuencia del libre albedrío o mero capricho de su administración, ni de su presidencia, con lo cual no existe vulneración de derecho alguno. En todo caso, estando a que la causa de las denuncias efectuadas por la demandante tiene su origen en la citada resolución administrativa, corresponde que el caso sea ventilado en el proceso contencioso administrativo por ser una vía igualmente satisfactoria.

Con fecha 07 de diciembre de 2015, se apersona Margarita Milagros Meléndrez Paulo, en calidad de administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata y solicita que la demanda sea declarada improcedente o infundada. Manifiesta que lo que realmente se pretende en la demanda es la inaplicación del artículo 126 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que en los procesos penales se consideran hábiles todas las horas y días del año y, además, la nulidad de la Resolución Administrativa 1277-2015-P-CSJMD/PJ, de fecha 22 de octubre de 2015. Además, alega lo siguiente:

- mm
- Su actuación como administradora obedece a lo dispuesto en la Resolución Administrativa 082-2013-CE-PJ, Manual de Organización y Funciones del Poder Judicial, con lo cual, no se encarga de agendar o programar audiencias, pues ello le corresponde al especialista de juzgado o de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

audiencias, en coordinación con los magistrados integrantes del Colegiado respectivo.

- b) No se consideró el horario de lactancia en el Sistema Integral Judicial (SIJ), sistema en el que se programan todas las audiencias, puesto que la demandante nunca solicitó su reserva formal ante la administración.
- c) Para la instalación y continuación de un juicio oral según el artículo 359, numerales 1 y 2 del Código Procesal Penal, es obligatoria la asistencia del juez, por lo que aquel no se puede interrumpir.
- d) Si bien la Resolución 062-2015-CE-PJ establece que no puede haber cortes en las audiencias; sin embargo, los especialistas legales, por mandato expreso de la demandante, se vieron obligados a superponer y recortar audiencias.
- e) Respecto de la remisión de audios y copias a la Odecma, el punto 5.5 de la precitada resolución administrativa establece que se deberá realizar un registro de audiencias reprogramadas y canceladas a efectos de emitir un informe a la ETI, lo cual se canaliza vía la Presidencia de la Corte Superior.
- f) Lo que subyace en este caso, es la discrepancia de la recurrente con el nuevo sistema procesal penal y con el artículo 126 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **Sentencia de primera instancia o grado**

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios declaró fundada la demanda, ordenó el restablecimiento del ejercicio de los derechos vulnerados de la demandante y dispuso la reprogramación de sus audiencias tras considerar lo siguiente:

- a) Se ha acreditado la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la demandante debido a la falta de razonabilidad y proporcionalidad del horario de trabajo que se le impuso, sobre todo por su especial condición de madre gestante y luego en su estado puerperal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

- b) Se ha acreditado que tanto el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios como la administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal, participaron directamente en la citada vulneración.
- c) No solamente se ha atentado contra los derechos de la recurrente, sino además contra la salud de su hijo recién nacido.
- d) La violación manifiesta de los derechos fundamentales de la actora no solo proviene del Poder Judicial, sino que también se advierte de cualquier entidad o empresa privada del país, con lo cual la sentencia debe tener un efecto disuasivo para que en el futuro no se vuelva a incurrir en ello.

#### Resolución de segunda instancia o grado

Por su parte, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios declaró la sustracción de la materia respecto al extremo de la alegada vulneración del derecho al permiso por lactancia, en tanto que esta venció el 15 de junio de 2016, fecha en que el hijo de la recurrente cumplió un año de edad. Por otro lado, revocó la resolución apelada en cuanto al extremo de la alegada vulneración de la jornada máxima de las 8 de trabajo al día o 48 en la semana, declarándola infundada, toda vez que de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Manual de Organización y Funciones de los Órganos Jurisdiccionales Penales de las Cortes Superiores de Justicia y el Manual Tipo de Procedimientos del Código Procesal Penal, son los especialistas de los juzgados unipersonal y colegiado quienes tienen como función programar las audiencias en los plazos establecidos por ley y de acuerdo a la agenda del juez, con lo cual se excluye de estas funciones al Presidente de la Corte y a la Administradora del Módulo. De otro lado, consideró que remitir copias a la OCMA y a otras instancias, no significa amedrentamiento, sino poner en conocimiento de lo resuelto a dichas instancias por ser de competencia del Presidente de la Corte.

#### FUNDAMENTOS

##### Cuestiones previas

1. El objeto del presente proceso constitucional es el cese inmediato de la vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente al disfrute del tiempo libre, al descanso, a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad, pues alega que en su condición de juez unipersonal e integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y con horario de lactancia de su hijo recién nacido desde las 15:00 horas hasta las 16:00



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

horas, le obligan a efectuar jornadas de trabajo dentro de su horario de lactancia y desde las 7:00 a.m. hasta altas horas de la noche (10, 11 e incluso medianoche), esto es, durante todo el día, fuera del horario habitual de trabajo, debido a la programación y reprogramación de audiencias.

2. Ahora bien, en el presente caso ha operado la sustracción de la materia controvertida. En efecto, mediante la Resolución Administrativa 1239-2015-P-CSJMD/PJ de fecha 15 de octubre de 2015 (f. 102), se concedió permiso por lactancia a la demandante por una hora diaria, desde las 15:00 hasta las 16:00 horas, y hasta el 15 de junio de 2016, esto es, hasta que su hijo cumpla un año de edad, con lo cual, en las actuales circunstancias, dicho plazo se encuentra concluido.

3. De otro lado, se advierte que actualmente la recurrente se encuentra asignada al Cuarto Juzgado Penal Unipersonal del Callao, conforme a lo dispuesto en la Resolución Administrativa 249-2017-CE-PJ, de fecha 9 de agosto de 2017, que declaró fundada su solicitud de traslado al citado juzgado y la Resolución Administrativa 08-2018-P-CSJCL/PJ, de fecha 8 de enero de 2018, que dio por concluida la designación de doña Mirtha Chapoñam Tamayo y asignaron a la recurrente al referido juzgado penal (ambas publicados en el diario oficial *El Peruano* el 17 de setiembre de 2017 y el 9 de enero de 2018, respectivamente), con lo cual, se aprecia que a la fecha ya no ostenta el cargo de juez unipersonal e integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y, por tanto, no se encuentra prestando servicio en dicha Corte.

4. Sin embargo, este Tribunal Constitucional no puede soslayar los hechos que se detallan a continuación: a) el Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios mediante la Resolución 04, de fecha 27 de noviembre de 2015, concedió medida cautelar de no innovar a favor de la recurrente y dispuso la no programación de audiencias durante su horario de lactancia; b) el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante resolución de fecha 10 de febrero de 2016 (f. 473), resolvió que la citada resolución sea cumplida en sus propios términos, debiendo procederse a coordinar los horarios de la actora y, c) la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante Resolución 01, de fecha 11 de marzo de 2016 (f. 470), dispuso la ejecución de la referida medida cautelar.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

5. No obstante que se dispusieron formalmente las precitadas medidas en cumplimiento de la medida cautelar, lo real y concreto es que ellas fueron incumplidas (tal y como se analizará en los fundamentos de la presente sentencia), razón por la cual, se impidió el ejercicio efectivo del derecho de la demandante y por ello, no solo solicitó el uso de su descanso vacacional durante parte de su periodo de lactancia —que venció en junio de 2016—, descanso que fue concedido desde el 4 de abril al 3 de mayo de 2016, conforme se advierte de la Resolución Administrativa 293-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 10 de marzo de 2016 (f. 475), sino que además, solicitó, dentro del mismo periodo, licencia sin goce de remuneraciones (f. 517), que también fue concedida desde el 4 de mayo al 1 de agosto de 2016, conforme se advierte de la Resolución Administrativa 369-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 29 de marzo de 2016 (f. 549), con lo cual la alegada agresión respecto de su derecho al permiso por lactancia se habría tornado en irreparable.

6. En tal sentido, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia controvertida, por lo que, en principio, y en las actuales circunstancias, no cabría un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, este Tribunal Constitucional, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, procederá a emitir pronunciamiento de fondo por las siguientes razones:

- a. Debido a la magnitud del agravio producido, no solo porque se habrían afectado los alegados derechos fundamentales, sino porque además no se habría acatado lo dispuesto en la medida cautelar, obligando de este modo, a que la recurrente busque otras alternativas, a efectos de tratar de minimizar el daño producido en sus derechos (a través del uso de vacaciones y licencia sin goce de haber).
- b. La situación descrita por la recurrente no solo incide en los derechos fundamentales que arguyó le fueron vulnerados, sino también en otros derechos y/o bienes jurídicos protegidos, cuya titularidad corresponde a su hijo recién nacido, tales como el interés superior del niño, la salud y la protección a la familia, estos dos últimos también en relación con la actora.
- c. Adicionalmente al daño que se habría producido en la esfera subjetiva de la recurrente y de su hijo, los hechos descritos pueden derivar en un riesgo de irreparabilidad del daño enfocado desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, puesto que los alegados derechos fundamentales que se analizarán en la presente sentencia, correspondientes a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

un universo importante de personas y bienes protegidos (mujeres y madres trabajadoras de una actividad remunerada sobre todo, pero además, los hijos y la familia) podrían verse en riesgo.

7. En tal sentido, corresponde, en primer lugar, describir la situación de las mujeres en la sociedad y aproximarse a algunos datos que resultan importantes en el caso, para luego identificar las disposiciones tanto nacionales como internacionales que reconocen los derechos y bienes comprometidos en esta causa.

#### La situación de las mujeres en la sociedad actual

8. Durante el siglo pasado y en las últimas décadas la participación de las mujeres en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, ha registrado cambios muy importantes. El avance en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos de aquella (por ejemplo, el derecho al sufragio y a la participación política, entre otros), ha generado que las mujeres no solo ocupen un rol importante en la sociedad, sino además que su "incorporación trajera aparejadas profundas transformaciones en diferentes aspectos, incluidos cambios en el mercado laboral, logros educativos, la disminución de la tasa de fecundidad femenina, modificaciones en las relaciones familiares y avances en el acceso a la toma de decisiones"<sup>1</sup>.

9. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.

10. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenemos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.

<sup>1</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2004), *Caminos hacia la equidad de género en América Latina y el Caribe*, en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y El Caribe, Ciudad de México.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

11. Otro factor a considerar tiene que ver con la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Queda claro que tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.
12. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación, sino también como reconocimiento de grupos desventajados. Ello permite incorporar datos históricos y sociales que den cuenta de fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran amplios sectores de la sociedad, en este caso en particular el de las mujeres<sup>2</sup>. En esa línea, se trata de dismantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres "desaventajadas".
13. En esta línea de pensamiento, el derecho a la igualdad definida en estos términos de igualdad formal o material, no es suficiente para dar cuenta de estos problemas estructurales. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos<sup>3</sup>. En consecuencia, para tratar problemas como los aquí anotados surge la necesidad de ampliar la noción de igualdad.
14. Precisamente, asumir la noción de igualdad como reconocimiento y no sometimiento permite abarcar las injusticias conocidas como culturales, aquellas arraigadas en los modelos de la representación, interpretación y comunicación. Ello se extiende, por ejemplo, para los grupos raciales, que están marcados como distintos e inferiores, y a las mujeres, quienes son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respeto de formas diferentes<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> SABA, Roberto. "(Des)Igualdad estructural". En: ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

<sup>3</sup> CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

<sup>4</sup> FRASER, Nancy. "Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

15. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido<sup>5</sup>. Así entendido, el Tribunal Constitucional no puede hacer caso omiso a la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

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

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

Traducción de Rita María Radl Philipp. En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N.º 8, 1996, pp. 21-22.

<sup>5</sup> CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Ob. Cit.*, pág. 153.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante "acciones positivas" o "de discriminación inversa", ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos

18. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres. Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica está en el ámbito reproductivo, pues conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural. No se pierde de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre<sup>6</sup>.

19. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hofsmann del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, "se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional".

20. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T-138-15, fundamento jurídico 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios

<sup>6</sup> Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 (ver en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=6381771&links=%222387%2F2011%22&optimize=20120524&publicinterface=true>) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09 (ver en el siguiente enlace: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_CJE-10-94\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-10-94_es.htm))



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, fundamento jurídico 21).

21. 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.

22. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no haya conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales.

23. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

24. 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).

25. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

26. 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).

27. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho –la maternidad–, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]"<sup>7</sup>.

28. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que pueden generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales como el reconocimiento de la licencia por maternidad y el permiso por lactancia materna.

<sup>7</sup> 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. Se visitó el siguiente enlace: [www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

## La lactancia materna y su protección en el ámbito laboral

### Protección a nivel nacional

29. En principio, este Tribunal Constitucional considera importante señalar que este apartado únicamente versará sobre la especial protección de la madre trabajadora en el ámbito laboral, esto es, en una actividad remunerada, lo cual no debe entenderse como la desprotección de otros ámbitos, también merecedores de tutela constitucional. Ciertamente, en muchos casos, las mujeres también trabajan en el ámbito del hogar, sin embargo, este tipo de trabajo no percibe remuneración alguna, pese a que es un trabajo real y efectivo.

30. Uno de los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito laboral es el permiso por lactancia. Si bien no se encuentra enumerado en la Constitución, ello no significa que carezca de fundamentalidad. El permiso por lactancia es un derecho de configuración legal vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, que adquiere especial relevancia debido a los diversos derechos que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, en particular, la madre trabajadora, tanto en el ámbito laboral, como en el ámbito del hogar y la familia.

31. La Constitución Política del Perú en su artículo 4 establece que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". De otro lado, en el segundo párrafo de su artículo 6 establece que "es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos".

32. En el mismo sentido, nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud, que comprende la dimensión reproductiva a través de la "salud (...) del medio familiar" (artículo 7); asimismo, este Tribunal Constitucional ha precisado 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 (sentencias recaídas en los Expedientes 02005-2009-PA-TC, F. J. 6; 01151-2010-PA/TC, F. J. 6 y 05527-2008-HC/TC, F. J. 21)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

La Constitución también dispone el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja en el ámbito laboral remunerado (artículo 23).

34. En el fundamento jurídico 18 de la sentencia recaída en el Expediente 03861-2013-PA/TC, este Tribunal precisó 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". En ese mismo razonamiento señala que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y post natal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia (fundamento jurídico 19).

35. Por lo expuesto, el derecho a gozar del permiso por lactancia constituye, claramente, un contenido implícito de los bienes protegidos y derechos antes referidos (salud del medio familiar, protección a la familia, libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre como del recién nacido), que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a las mujeres, en general y a la madre trabajadora, en particular, tanto en el ámbito laboral remunerado como en el ámbito del hogar.

36. Ahora bien, el permiso por lactancia fue instituido en el Perú, por primera vez, en el artículo 21 de la Ley 2851, del Trabajo de los Niños y Mujer por cuenta ajena, promulgada el 23 de noviembre de 1918. En ella, se establecieron además las siguientes disposiciones:

"Artículo 20.- En todo lugar de trabajo de que se ocupa el artículo 1, y en donde trabajan mujeres mayores de diez y ocho años, se deberá disponer de una sala, especialmente acondicionada, en su propio local o en otro próximo, para recibir y atender, en las horas de trabajo, a los hijos de las obreras, durante el primer año de edad. Los propietarios o empresarios podrán asociarse para disponer de un local común.

Artículo 21.- Las madres a que se refiere el artículo anterior, tendrán derecho a disponer, para amamantar a sus hijos, de proporciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, fuera del tiempo necesario para trasladarse al local dedicado a este fin. El valor de este tiempo no podrá ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

descontado del salario de la madre, cualquiera que sea la forma de remuneración de su trabajo; y el derecho de usar del mismo, con el objeto indicado, no podrá ser renunciado.

El Poder Ejecutivo determinará el número de obreras y empleadas que han de existir, en cada centro de trabajo, donde el empresario tenga la obligación de establecer una sala-cuna".

37. Este derecho de las mujeres y madres trabajadoras fue derogado por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final de la Ley 26513, de fomento del empleo, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de julio de 1998. Posteriormente, se emite la Ley 27240, que otorga permiso por lactancia materna, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 1999, aunque en este caso, el periodo de lactancia duraba solo seis meses:

"Artículo 1.- Del objeto de la Ley

1.1 La madre trabajadora, al término del período post natal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que el hijo tenga como mínimo 6 (seis) meses de edad".

38. Mediante la Ley 27591, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de diciembre de 2001, se modificó la precitada disposición y se estableció que el permiso de la lactancia materna sea hasta que el hijo cumpla un año de edad. A través de la Ley 28731, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de mayo de 2006, se amplía este derecho hasta dos horas en caso de parto múltiple.

#### **Protección de las mujeres y madres trabajadoras según instrumentos internacionales**

39. Este Tribunal Constitucional recuerda que "cuando se utiliza la expresión 'derechos humanos de la mujer' se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política". Además ha señalado que "con este reconocimiento específico de derechos humanos se procura eliminar la discriminación contra las mujeres en la vida económica, social, política y pública de los países. Entre ellos cabe destacar algunos derechos humanos reconocidos a las mujeres en el CEDM [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 30 y 31).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

40. Resulta evidente entonces que toda afectación del derecho a la licencia por maternidad y al permiso por lactancia materna incide en el derecho a la igualdad y, subsecuentemente, tanto en la prohibición de la discriminación por razón de sexo como en la prohibición de sometimiento. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres se encuentra proclamada en la Carta de las Naciones Unidas, tanto en su preámbulo como en su artículo primero al señalar que:

"Preámbulo.- NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...].

Artículo 1.- Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...] Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión [...]."

41. Por su parte, el primer párrafo del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

42. En el mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 1.1 que "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" y en su artículo 24 dispone que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

43. El mismo reconocimiento del derecho a la igualdad lo encontramos en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los artículos 2.2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta última de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

manera particular en, su artículo 6.2, establece una cláusula a fin de conciliar el trabajo de las mujeres con la familia al señalar que "los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo".

44. De esta manera, conforme fue señalado en el fundamento jurídico 14 de la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC:

"Estos principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU. A la luz de este ordenamiento supranacional, este Tribunal Constitucional puede afirmar que la igualdad de los hombres y las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (*Ius Cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969".

45. De manera específica, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), expedida el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, aprobada en el Perú mediante Resolución Legislativa 23432, estableció en su preámbulo lo siguiente:

"Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad. [...]"

Convincidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz,

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto".

46. En el mismo sentido, el precitado instrumento internacional estableció en su artículo 11.2 que "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 de estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales". De otro lado, en su artículo 12.2 dispuso que "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

47. Resulta importante destacar que este instrumento internacional no solo busca proteger a las mujeres considerando el derecho a la igualdad y a la no discriminación, sino que además es una herramienta que protege a las mujeres y madres en su derecho efectivo a trabajar, esto es, a la libertad de trabajo, de allí la necesidad de fundamentar la igualdad desde el reconocimiento y no sometimiento. Siguen a esta Convención diferentes Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a fin de proteger y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

48. Así, se tiene el Convenio N° 111, Convenio sobre la discriminación en el trabajo, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958, ratificado por el Perú el 10 de agosto de 1970; el Convenio N° 156, Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1981, ratificado por el Perú el 16 junio 1986 y el Convenio N° 183, Convenio sobre la

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

protección de la maternidad, adoptado en Ginebra el 15 de junio de 2000, ratificado por el Perú el 9 de mayo de 2016.

**La familia y su protección por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La especial protección de la unidad familiar**

49. Tal como se afirmó, la Constitución Política del Perú establece un deber de especial protección no solo de la madre (artículo 4) por parte de la comunidad y del Estado, y en específico, de la madre trabajadora (artículo 23), sino que además otorga una especial protección a la familia, la cual es considerada un instituto natural y fundamental de la sociedad.

50. La situación de desigualdad a la que se ha hecho referencia en relación con las mujeres ha generado que en determinados casos ellas opten por no procrear hijos, pues ello significa aumentar la disponibilidad de tiempo para acceder a una educación, a una vida profesional y a un trabajo remunerado. Esto se ve reflejado en la disminución de la tasa de fecundidad<sup>8</sup>. Este hecho hace que las familias disminuyan ostensiblemente. En consecuencia, resulta necesario que el Estado en su rol de proteger a las familias, intervenga a fin de que las mujeres logren conciliar la carga familiar con el trabajo remunerado.

51. La protección de las familias también se encuentra reconocida en la CADH que la define como "el elemento natural y fundamental de la sociedad" y establece que "debe ser protegida por la sociedad y el Estado" (artículo 17.1). En el mismo sentido, garantiza la protección que aquellas debe tener frente a normas discriminatorias. Así, el artículo 17.4 establece que "los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo".

52. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", establece en su artículo 15 lo siguiente:

"Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

<sup>8</sup> Al respecto véase las tendencias de la fecundidad en el Perú desde el año 1995 hasta el 2015 ([https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib0015/cap-56.htm](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0015/cap-56.htm)). En el mismo sentido, Estimación y análisis de la Fecundidad según diversas fuentes, publicación efectuada por el INEI (<https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/fecundidad.pdf>).

MA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad".

53. Este Tribunal Constitucional también tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto con ocasión de un caso en el que se expulsó de manera definitiva y permanente a un ciudadano de nacionalidad brasileña, cuando contaba con una hija menor de edad y una pareja en el Perú. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 02744-2015-PA/TC se señaló que "una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran. Ello en tanto se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros" (fundamento jurídico. 32).

54. La especial protección a la familia no solo busca preservar la unidad familiar. Así, en los casos en que las mujeres son trabajadoras de una actividad remunerada y además van a tener hijo(s), o acaban de tenerlo(s), si no recibiera protección y apoyo específico, la unidad familiar —o potencial unidad familiar— podría verse



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

afectada gravemente; más aún en una situación de lactancia natural que, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef, por sus siglas en inglés), tiene ventajas patentes frente a la lactancia artificial y genera un vínculo especial entre madre e hijo.

### Protección de la salud familiar

55. El artículo 7 de la Constitución establece que todos tienen derecho a la protección de su salud y del medio familiar. Ello significa que la protección del derecho a la salud no solo debe ser entendida en su aspecto personalísimo, sino que además involucra a un grupo determinado de personas que comparten algunos rasgos comunes como es el caso de la familia. Esto es importante en la medida que el ejercicio efectivo del derecho al permiso por lactancia no solo está vinculado con la protección del derecho a la igualdad en razón del sexo, sino que además, proporciona la alimentación ideal para el lactante y contribuye a la disminución de la morbilidad y mortalidad infantil, además establece un vínculo afectivo entre la madre e hijo, proporcionando beneficios sociales y económicos a la familia.

56. Por ello la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda la lactancia materna exclusiva durante seis meses y el mantenimiento de ella hasta los 2 años o más<sup>9</sup>.

57. Es claro, entonces, que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y postnatal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia.

### Libre desarrollo de la personalidad

58. Conforme se ha señalado en la sentencia recaída en el expediente 02868-2004-PA/TC, este Tribunal Constitucional considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho "a su libre desarrollo", el cual "se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de

<sup>9</sup> Consulta efectuada en la página web de la OMS disponible en <http://www.who.int/topics/breastfeeding/es/>

MAJ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos" (sentencia recaída en el Expediente 01423-2013-PA/TC, fundamento jurídico 31).

59. En la primera de ellas, se afirmó también que "el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, (...), dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. [...]. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra". (Cfr. Fundamento jurídico 14).

60. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de la cláusula general de libertad. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica al resaltar "[...] el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones"<sup>10</sup>.

61. Por tanto, la decisión de ser madre, llevar el embarazo y consecuentemente ser titular de los derechos que ello acarrea, está vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del análisis de proporcionalidad.

### **El interés superior del niño y su condición de sujeto de especial protección**

62. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial para el Estado. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado al establecer que "la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente".

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 142. Ver el siguiente enlace: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

63. El artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

64. La Convención Americana de Derechos Humanos o también denominado Pacto de San José, en su artículo 19, establece "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

65. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Resolución Legislativa 25278, establece en su artículo 3 lo siguiente:

"1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".

66. En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, su interés superior, lo que presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

67. En conclusión, 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. Siempre que se encuentre dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho, pues ningún derecho es absoluto.

**La protección constitucional a la libertad de trabajo y el disfrute del tiempo libre y al descanso**

68. El artículo 22 de la Constitución establece que "el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". En su artículo 23 establece que "el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre [...]. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". En el mismo sentido, se dispone en su artículo 25 que "la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo [...]. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regula por ley o por convenio".
69. Estos últimos deben de interpretarse en sistemática con lo establecido en el artículo 2.15 conforme al cual toda persona tiene derecho "a trabajar libremente, con sujeción a ley" y con lo establecido en el artículo 2.22, en virtud del cual toda persona tiene derecho "al disfrute del tiempo libre y al descanso (...)".
70. Ahora bien, en el ámbito internacional, el artículo 2 del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dispone que "en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, la duración del trabajo personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana (...)".
71. El artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo". El artículo 7, literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de "toda persona al goce de

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

condiciones de trabajo equitativas satisfactorias que le aseguren, en especial, la limitación razonable de las horas de trabajo".

72. El artículo 7, literal g), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece que "los Estados garantizarán la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos".

73. En el mismo sentido, en cuanto al derecho al descanso, el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre". En el mismo sentido, el artículo 7, literal h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.

74. Este Tribunal, en la sentencia recaída en el expediente 04635-2004-PA/TC señaló que "el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible" (fundamento jurídico 20).

#### Análisis del caso concreto

75. En el caso de autos, mediante la Resolución Administrativa 1239-2015-P-CSJMD/PJ, de fecha 15 de octubre de 2015 (f. 102), se concedió permiso por lactancia materna a la recurrente, una hora diaria dentro de la jornada laboral ordinaria, a partir de las 15:00 horas hasta las 16:00 horas, y se haría efectivo "desde el día de la fecha hasta el 15 de junio de 2016", esto es, hasta que su hijo cumpla un año de edad. A través de la misma resolución, se recomienda que "prevea evitar frustrar o suspender los juicios orales a su cargo que se encuentran programadas con antelación o las que se programen a partir de las 07:00 horas o a partir de las 14:00 horas".

76. Pese al reconocimiento expreso de su derecho al permiso por lactancia materna, de autos se advierte que se programaron audiencias durante el horario reconocido

MAI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

a la recurrente, es decir, dentro de las 15:00 horas hasta las 16:00 horas. Para acreditar ello, se ha adjuntado abundante documentación.

77. En efecto, se tienen los registros de programación de audiencias, que acreditan la vulneración del derecho al permiso por lactancia materna de la accionante:

- 29 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 10).
- 27 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 17:00 horas (f. 16).
- 26 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 18).
- 19 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 20:00 horas (f. 127).
- 21 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 19:00 horas (f. 128).
- 26 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 130).
- 13 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 17:00 horas (f. 139).
- 4 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 147).
- 7 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 09:00 a 16:00 horas (f. 149).
- 11 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:00 a 16:00 horas (f. 151).
- 18 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 15:45 a 16:29 horas (f. 153).
- 9 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 156).
- 10 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 16:30 horas (f. 157).
- 17 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 159).

78. Respecto a si los demandados en el presente proceso (la administradora del Módulo del Código Procesal Penal y el presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios), son los que vulneraron el ejercicio efectivo del derecho a la lactancia de la demandante a través de la programación y reprogramación de las audiencias de juicio oral, resulta pertinente hacer mención de las disposiciones

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

normativas que asignan funciones y competencias al interior del Poder Judicial, a propósito de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el distrito judicial de Madre de Dios, toda vez que la grave afectación de los derechos de la recurrente y de su hijo, se produjeron en el marco de la referida implementación.

79. Así, mediante la Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ "Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa de Juicio con el Código Procesal Penal", de fecha 6 de febrero de 2015 (f. 178), estableció en su punto 5.3 (estimación de la duración del juicio y programación en la agenda) que "el Especialista Judicial de Juzgados Unipersonal y Colegiado asignado a la causa estimará la duración total del juicio en número de horas, ciñéndose a los criterios unificados en el distrito judicial, conforme al formato contenido en el Anexo 1 de estos lineamientos, y luego programará las sesiones en la agenda del Sistema Integrado Judicial, de acuerdo a lo coordinado con el Juez [...]", ello en consonancia con lo dispuesto en el Manual de Organizaciones y Funciones (MOF), aprobado mediante Resolución Administrativa 082-2013-CE-PJ, según el cual, el Especialista Judicial de los Juzgados Unipersonal y Colegiado se encarga de "programar las audiencias en los plazos establecidos por ley y según la agenda del juez" (punto 1.7) y de otro lado, será el Especialista Judicial de Realización de Audiencias el que se encargará de "reprogramar en el sistema la nueva fecha de audiencia en caso se hubiera frustrado la señalada, verificando previamente la agenda del Juez, de no contar con sistema organizarlo con el coordinador de audiencias" (punto 1.2).

80. A lo antes señalado, se debe añadir que conforme al MOF del Poder Judicial, los especialistas judiciales dependen directamente de la Administradora del Módulo del Código Procesal Penal.

81. De lo expuesto se advierte que si bien, en principio, está en manos del Especialista Judicial y del Especialista de Audiencias, respectivamente, la programación y reprogramación de las audiencias en el sistema, conforme al MOF, el Administrador del Código Procesal Penal de cada Corte Superior también tiene injerencia en la citada programación y reprogramación, pues tiene, entre otras funciones, que "supervisar la programación de audiencias dentro de los plazos legales establecidos y bajo los principios de celeridad, así como la realización efectiva de las mismas bajo parámetros de estricta puntualidad, de acuerdo a la agenda judicial y la disponibilidad de las salas de audiencia [...]"; y "dar lineamientos para la elaboración de la agenda judicial, en función a la estadística, carga procesal, necesidad del servicio, disponibilidad logística y de recursos humanos", conforme consignan los puntos 1.9 y 1.8 respectivamente (f. 256).

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

82. De otro lado, se advierte que ante la programación de audiencias no solo durante el horario de lactancia, sino además en otros fuera de la jornada laboral habitual, la actora mostró su disconformidad, pues con fecha 22 de octubre de 2015 remitió una solicitud (f. 26) al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, en la que señaló lo siguiente: "[...] a los magistrados no se nos permite ninguna modificación, cortes de las audiencias señaladas, incluso fuera del horario laboral; y si se quiere hacer algún cambio, el asistente indica 'Dr. voy a hacer una razón, un informe al respecto de su pedido porque la administración nos ha pedido y nos ha prohibido hacer modificaciones'".
83. La respuesta inmediata del presidente de la Corte –mediante Resolución Administrativa 1277-2015-P-CSJMD/PJ, de fecha 22 de octubre de 2015 (f. 31)– fue que si se accediera a la solicitud de la recurrente “se pondría en riesgo a todo el sistema penal de este distrito judicial”, procediendo a poner la referida solicitud en conocimiento del Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de la Oficina de Control de la Magistratura y de la Odecma de Madre de Dios, para que procedan conforme a sus atribuciones.
84. En el mismo sentido, se advierte del acta de registro de audiencia privada de juicio oral, de fecha 26 de octubre de 2015 (f. 23), que cuando la demandante consultó si se podía realizar un recorte de audiencia, la Especialista de Audiencias respondió que "por expresa información de parte de la Administradora se tiene prohibido el recorte de las audiencias, toda vez que está monitoreado desde Lima".
85. De otro lado, el Especialista Judicial de Audiencia, mediante Informe 06-2015, de fecha 16 de noviembre de 2015 (f. 304), comunicó a la Administradora del Módulo que la recurrente sobreponía su agenda personal a la realización de la audiencia de un juicio oral programado previamente para el día 18 de noviembre, a las 8:00 horas, cuando la propuesta realizada por él incluía la siguiente terna de horarios: jueves, 19 de noviembre de 2015, a las 20:00 horas; viernes, 20 de noviembre de 2015, a las 19:00 horas o lunes, 23 de noviembre de 2015, a las 20:00 horas. De igual manera, mediante Informe 07-2015-EJA-NCPP-CSJMMP/PI, de fecha 30 de diciembre del 2015 (f. 439), el Especialista Judicial de Audiencias informó a la referida administradora que la recurrente no aceptó la continuación de audiencias "fuera del horario de trabajo" y que ella, además solicitó que dichas audiencias sean "programadas dentro del horario laboral".

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

86. Asimismo, la referida Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ "Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa de Juicio con el Código Procesal Penal", dispone en su artículo cuarto que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, y la Gerencia General del Poder Judicial, en cuanto sea de su competencia, adoptarán las medidas administrativas que sean pertinentes para el cumplimiento de la citada resolución, con lo cual se acredita la participación de los presidentes de las Cortes para el desarrollo de las audiencias en el marco de la implementación del Código Procesal Penal.

87. De lo expuesto, se advierte que el acto lesivo se produjo debido a la programación y reprogramación de audiencias durante el horario de lactancia de la demandante que, pese a haber sido reconocido mediante resolución administrativa, no se respetó. Asimismo, este Tribunal Constitucional observa que las programaciones realizadas por el Especialista Judicial y el Especialista de Audiencias, fueron consecuencia de las indicaciones dadas por la Administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal del distrito judicial de Madre de Dios, con la aceptación del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

88. La violación del derecho al permiso por lactancia materna de la demandante, da lugar, a su vez, a la violación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de trabajo, a la protección de la familia y a la salud del medio familiar. También se han visto vulnerados los derechos del hijo de la actora, tales como la protección de la familia, la salud del medio familiar, así como el interés superior del niño. A ello se debe agregar que también se ha acreditado en autos que la jornada laboral de la actora excedía en exceso la jornada de las 8 horas diarias o 48 semanales.

**Situación que supone la gravedad en la afectación de derechos fundamentales en el presente caso**

89. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal considera necesario resaltar que, durante el transcurso del presente proceso, el juez del Juzgado Mixto de Tambopata dictó una medida cautelar estimando el pedido de la actora mediante la Resolución 04, de fecha 27 de noviembre de 2015, y dispuso la no programación de audiencias durante su horario de lactancia —que venció en junio de 2016—, así también mediante resolución de fecha 10 de febrero de 2016 (f. 473), el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial resolvió que la citada resolución sea cumplida en sus propios términos, debiendo procederse a coordinar los horarios de la actora y, mediante Resolución 01, de fecha 11 de marzo de 2016 (f. 470), la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, dispuso la

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

ejecución de la referida medida cautelar. No obstante que se dispusieron dichas medidas, ninguna de ellas fue cumplida por los demandados, situación que agravó aún más la violación de los derechos fundamentales de la recurrente y de su hijo recién nacido.

90. En efecto, es evidente el incumplimiento de la medida cautelar. Así, se advierte la programación de las siguientes audiencias:

- 8 de febrero de 2016 y luego de emitida dicha medida, se programaron diversas audiencias de juicio oral, desde las 14:00 a 16:00 horas (f. 372).
- 11 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 379).
- 14 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 15:15 horas (f. 380).
- 15 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 15:00 horas (f. 382).
- 16 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:00 a 17:00 horas (f. 383).
- 17 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 385).
- 18 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 386).
- 14 de enero de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:30 horas (f. 440).
- 19 de enero de 2016, se programó a audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 447).
- 22 de enero de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 15:30 horas (f. 451).
- 25 de enero de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 15:31 a 16:59 horas (f. 453).
- 21 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 15:01 a 16:30 horas (f. 484).

91. Dado el incumplimiento tanto de la resolución que concedió el permiso por lactancia como lo dispuesto en la medida cautelar, con la intención de menguar las consecuencias de la violación de sus derechos y los de su hijo, la recurrente se vio obligada no solo a solicitar el uso de su descanso vacacional –concedido desde el 4 de abril hasta el 3 de mayo de 2016, conforme se advierte de la Resolución Administrativa 293-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 10 de marzo de 2016 (f. 475)–,

MA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

sino a solicitar licencia sin goce de remuneraciones (f. 517) –concedida desde el 4 de mayo al 1 de agosto de 2016, conforme a la Resolución Administrativa 369-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 29 de marzo de 2016 (f. 549)–.

#### Algunas precisiones adicionales

92. El Tribunal Constitucional encuentra importante recordar que en el presente caso la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante y de su hijo, se dio en el marco de la implementación del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo 967, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio de 2004. Dicha implementación está acompañada de medidas y directivas que, con carácter general y obligatorio, buscan la efectiva y adecuada aplicación del nuevo sistema procesal penal.
93. Como parte de dichas medidas el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial expidió la Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ, a través de la cual se aprobaron los "Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa del Juicio con el Código Procesal Penal". Ésta tuvo como sustento el lugar preponderante que ocupa la audiencia de juicio al interior de los procesos penales, en tanto que "permite materializar los principios de inmediación, oralidad y publicidad", además de guardar relación directa con "la producción de los órganos jurisdiccionales expresada en el número de sentencias emitidas".
94. Los referidos lineamientos fueron interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que "en los procesos penales se consideran hábiles todas las horas y días del año". Ello también se desprende de lo señalado por la Administradora del Módulo del Código Procesal Penal cuando afirmó que como administradora "no puede ir en contra de la Ley Orgánica del Poder Judicial" y que "las audiencias en materia penal y bajo el nuevo Código Procesal Penal, se realizan aún en días inhábiles y en horas fuera del horario laboral" (f. 320).
95. Se han adoptado medidas pertinentes para la progresiva y efectiva implementación del Nuevo Código Procesal Penal, tales como la dación del Decreto Legislativo 958, que regula el Proceso de Implementación y Transitoriedad del Nuevo Código Procesal Penal y creó la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, para el diseño, conducción, coordinación, supervisión y evaluación del proceso de implementación de la reforma procesal penal. A ello se suma el esfuerzo de presidentes de cortes, administradores, magistrados, personal jurisdiccional y administrativo en general.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

96. No obstante, dicho proceso y los fines perseguidos no pueden pretender alcanzarse a costa de la vulneración de los derechos fundamentales. En ese sentido, no cabe desconocer el horario de lactancia de la madre trabajadora.

97. El hecho que, a efectos de lograr la plena implementación del Sistema de Justicia Penal, los magistrados y personal en general, *motu proprio*, permitan que se use un tiempo superior al que corresponde a su horario laboral habitual, no constituye en sí mismo una vulneración a sus derechos fundamentales; sin embargo, que las autoridades y administradores del Poder Judicial impongan ello y consideren que debe ser una regla, esto es, que dispongan que las programaciones y reprogramaciones de audiencias se deban realizar en cualquier horario del día, contra la propia voluntad de los servidores públicos, e incluso durante el horario de lactancia, constituye una grave afectación de derechos.

98. Es conocido que el Poder Judicial, encargado de la impartición de justicia en el país, carece de la infraestructura y personal necesarios para la efectiva resolución de sus causas de manera inmediata<sup>11</sup>; empero, el referido Decreto Legislativo 958, en su artículo 7, dispuso que dicho poder del Estado, en el plazo no mayor de 60 días útiles a partir del día siguiente de la publicación de dicho decreto, propondría a la Comisión Especial de Implementación, entre otros, el número de jueces y personal judicial que se requieran en el Distrito Judicial correspondiente. Hecho que, conforme se advierte de la documentación obrante en autos no se cumplió, en la medida en que el colegiado y los juzgados unipersonales fueron insuficientes para la sobrecarga procesal que se manejaba en la implementación del Código Procesal Penal en el distrito judicial de Madre de Dios, por lo menos, cuando ocurrieron los hechos materia de autos.

99. Nuestros recursos para el mejoramiento del sistema de justicia son limitados, lo cual coadyuva a que el Poder Judicial padezca de un problema estructural. Este hecho ha generado que las madres trabajadoras de una actividad remunerada se vea afectada en sus derechos fundamentales. En tal sentido, es obligación de públicos y privados facilitar el permiso por lactancia para las madres trabajadoras y así evitar que cualquier trabajadora de una actividad remunerada puedan sufrir un tratamiento arbitrario de esta índole.

<sup>11</sup> Suplemento de la Corte Suprema de Justicia del Perú "El Magistrado", Año IV, N° 59, noviembre de 2015, "Un presupuesto deficiente afecta el servicio de justicia" (véase en el siguiente enlace: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8668b5004ac5a1119bfbf59c9b02c05/magistrado+59.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8668b5004ac5a1119bfbf59c9b02c05>).

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

100. Finalmente, en atención a que se encuentra acreditada la vulneración de los citados derechos fundamentales, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la persona, a la protección de la familia, a la protección de la salud del medio familiar y a la libertad de trabajo de la demandante, así como al interés superior del hijo de la recurrente.
2. **ORDENAR** que los demandados asuman el pago de costos procesales a favor de la demandante, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

PONENTE MIRANDA CANALES

Lo que certifico:

  
Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

## FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA Y FERRERO COSTA

Estamos de acuerdo con lo resuelto en la sentencia. Efectivamente, no debió programarse audiencias a la jueza recurrente cuando gozaba del descanso post-natal y por lactancia, al que tenía derecho según la ley.

Aunque la vulneración a los derechos de la recurrente ya ha terminado, concordamos en que debe declararse **FUNDADA** la demanda, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, no compartimos la larga digresión sociológica y las extensas referencias a doctrina e instrumentos internacionales incluidas en la sentencia (fundamentos 8 al 74). A nuestro juicio, ellas no fortalecen sino debilitan el sentido de lo resuelto.

El punto de partida de la mencionada digresión es que las mujeres en el Perú padecen de discriminación,

por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos [fundamento 9].

El problema que origina la presente demanda de amparo —la programación de audiencias en Madre de Dios a una jueza que estaba dando de lactar— no es evidencia suficiente para efectuar una generalización de ese calibre.

El Tribunal Constitucional tampoco puede asegurar que hoy en día

a las mujeres [...] desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas [fundamento 10].

Tampoco puede afirmar que en el Perú las mujeres

son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respecto de formas diferentes [fundamento 14].

¿Cómo le consta al Tribunal Constitucional que ocurren estos hechos? Evidentemente, ello es materia para la investigación en ciencias sociales. No le corresponde a la sentencia afirmarlos temerariamente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

El Tribunal Constitucional tampoco puede asegurar que

La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional [fundamento 25].

Determinar, en una entrevista de trabajo, si un hombre o una mujer es casado o tiene hijos puede ser un dato relevante para pronosticar su futuro desempeño. No puede decirse, categóricamente, que ello no es pertinente en todos los casos para una contratación laboral.

El Tribunal Constitucional tampoco puede afirmar rotundamente que entre el hombre y la mujer

Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción [fundamento 28].

Como se sabe, uno de los 23 pares de cromosomas que contiene cada célula del cuerpo humano es diferente en el hombre y la mujer. Obviamente, esa diferencia no hace a un sexo mejor que al otro, pero existe y no puede ser soslayada.

La larga digresión sociológica contenida en la sentencia no solo es irrelevante para el caso, y contiene afirmaciones sin sustento, sino que adolece de un razonamiento deficiente. Por un lado, señala que

la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado.

Sin embargo, inmediatamente después afirma que

Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse [fundamento 11].

Si la desigualdad deriva de “la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo”, ¿cómo podría ello “superarse”? ¿Cómo podría cambiarse “la naturaleza biológica” de las personas?

Por otro lado, si la desigualdad educativa, profesional y de trabajo remunerado es consecuencia de “la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo”, no puede decirse luego que



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural [fundamento 12].

Tales afirmaciones son excluyentes: o se explica la desigualdad por la cuestión biológica o se lo hace por cuestiones estructurales. No se pueden sostenerse ambas al mismo tiempo.

En realidad, la larga digresión sociológica de la sentencia incluye términos que contradicen abiertamente normas constitucionales; no es tan inocua jurídicamente, como podría pensarse.

Así, el fundamento 32 habla de “autodeterminación reproductiva” y el 61, de “la decisión de ser madre”. Sin embargo, el embarazo no necesariamente es consecuencia de la decisión de la madre.

Puede darse una gestación no prevista, donde el derecho a la vida del concebido debe ser respetado más allá de cualquier decisión de sus progenitores. El artículo 2, inciso 1, de la Constitución dice:

El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Por estas razones, pues, nos apartamos de toda esta fundamentación impertinente, ligera e inconsistente, si es que no abiertamente inconstitucional.

SS.

**SARDÓN DE TABOADA  
FERRERO COSTA**

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Como he señalado en anteriores oportunidades, el Tribunal Constitucional debe hacer frente a los problemas de desigualdad estructural, como las que este caso pone ahora en evidencia. Al respecto, si bien los jueces y juezas, incluyendo a los constitucionales, no tenemos competencias para crear políticas públicas, sí podemos, lo cual es más claro en relación con los tribunales constitucionales, controlar políticas públicas deficitarias (o incluso inexistentes), e incluso buscar asegurar que se tomen medidas al respecto, por ejemplo, a través de sentencias estructurales, sentencias dialógicas, diversas formas de exhortación a los poderes públicos o incluso mediante el uso de mecanismos para garantizar el cumplimiento de las sentencias.
2. Lo anterior puede entenderse de mejor modo en el marco del importante rol de integración social con el que hoy cuentan los diferentes tribunales constitucionales. Esta responsabilidad de integración social, vale la pena explicitar, involucra a su vez asumir tareas de *cohesión* (búsqueda de identificación de toda la ciudadanía con la dinámica social, económica y política de su sociedad), *inclusión* (asegurar la participación de toda persona en la sociedad en que vive, encontrando en esa sociedad condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida), *reconciliación* (resolución de situaciones que han creado graves conflictos en una sociedad determinada) y plasmación de un espacio en que se busque *evitar el surgimiento de nuevos conflictos sociales*.
3. Sobre esta base es que los jueces y las juezas constitucionales contamos con un amplio margen de acción, el cual, desde luego, no se configura solo en las buenas intenciones o el sentido de justicia de los magistrados o magistradas. Fundamentalmente surgen y se sustentan en los mandatos constitucionales, y en especial, de aquellos que cuentan con un contenido personalista y social, preceptos que todos los poderes públicos tienen el deber de cumplir y salvaguardar de manera efectiva.
4. En el mismo sentido recientemente indicado, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC  
MADRE DE DIOS  
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

especial protección (artículo 4). Inclusive, señala expresamente que el Estado “protege especialmente a la madre (...) que trabaja” (artículo 23).

5. En ese orden de ideas, no solo existe un ámbito iusfundamental directamente relacionado con el derecho a gozar del permiso por lactancia, como bien se indica en la sentencia (el cual estaría relacionado con bienes constitucionales tales como la salud del medio familiar, la protección a la familia, el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre como del recién nacido), sino que existe un deber de especial protección que merece una respuesta en el caso concreto, y que incluso nos lleva a pensar en una respuesta de carácter estructural, en la medida que lo puesto de manifiesto en esta ocasión no se trata de un asunto aislado, por lo cual merece más que una respuesta puntual o de corto plazo.
6. Por otra parte, el caso permite ingresar en una materia que ya viene siendo materia de importantes avances en algunos países (y, en especial, en el ámbito europeo): el asunto de la conciliación entre la vida laboral, y la vida familiar y personal. Esta cuestión, que suele ser invisibilizada por los roles de género asumidos socialmente, resulta de la máxima importancia. Y es que no se trata tan solo de hacer compatibles, en abstracto, los diversos ámbitos de la vida social de las personas (atendiendo, por ejemplo, espacios de ocio o de esparcimiento personal). Se trata también de comprender que además de ello, para muchos, en la práctica, y sin que ello sea una posición que apoye o defienda (es más considero que, en rigor, esa visión estereotipada y una distribución injusta de los roles que asumen hoy hombres y mujeres), tanto en los centros de trabajo como en los diversos espacios sociales o familiares (v. gr. escuelas y hogares), en las mujeres se suele hacer recaer las actividades domésticas y de cuidado de los integrantes de la familia, mientras que a los hombres se les tiende a atribuir un rol proveedor, relacionado sobre todo con algunas formas particulares de desempeño laboral.
7. Con base en lo recientemente señalado, y otra vez desde una perspectiva estereotipada que, reitero, no comparto, a las mujeres se les suele atribuir una mayor ocupación en asuntos domésticos o familiares/personales y, por ende, en el ámbito profesional muchas veces no se les considera de igual modo que a sus pares del sexo masculino; mientras que, por el contrario, desde esta misma percepción, no se esperaría que los hombres asuman, por igual que las mujeres, las labores domésticas o de cuidado familiar. Por ende, desde esta errónea perspectiva, se presume que los hombres, frente a las mujeres, tienen un mayor uso de su tiempo disponible para el trabajo, lo cual se verifica en la diferente carga laboral, en el tipo de responsabilidades encomendadas, en la concesión de permisos personales o familiares, etc.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01272-2017-PA/TC

MADRE DE DIOS

DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

8. No cabe duda de que, con este estado de cosas y estas equivocadas posturas, se consagra una manifiesta desigualdad entre hombres y mujeres, la cual ser revertida a través de adecuadas políticas de conciliación entre los espacios laborales, personales y familiares. Ello se puede lograr a través de la efectiva manifestación de políticas públicas o laborales relacionadas con este problema, las cuales, debido a que actualmente son inexistentes o deficitarias, pueden ser materia de control constitucional. Al respecto, y de modo referencial, puedo adelantar que estas medidas o políticas que deberían ser materializadas (tal como, en efecto, aparecen reguladas en otros Estados Constitucionales) están relacionadas, por ejemplo, con el tiempo de descanso por maternidad y por paternidad, con el ejercicio efectivo del derecho de lactancia, con la facilitación de permisos por razones familiares, con la posibilidad de realizar ajustes en las jornadas de trabajo por motivo de conciliación, con la flexibilización del régimen de excedencias y compensaciones también por razones familiares, entre otros aspectos.

S.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

**Lo que certifico:**

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL