

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



*Informe jurídico sobre la sentencia del Tribunal Constitucional
N°01272-2017-PA/TC “Duberlis Cáceres Ramos”*

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Alexandra Viviana Rios Vargas

ASESOR:

Erick Giancarlo Beya Gonzalez


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, BEYA GONZALEZ, ERICK GIANCARLO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **“Informe sobre la sentencia del Tribunal Constitucional N°01272-2017-PA/TC “Duberlis Cáceres Ramos”**”, del autor RIOS VARGAS, ALEXANDRA VIVIANA, de constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/7/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> BEYA GONZALEZ, ERICK GIANCARLO	
DNI: 71395794	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9958-6264	

*A mi abuelo, por ser mi guía constante y mi motivación.
A mi familia, por su apoyo incondicional, su amor infinito, y estar siempre conmigo.*



RESUMEN

La demandante Duberlis Caceres Ramos decide demandar al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y a la Administradora del mismo Juzgado por la afectación de su derecho a la lactancia materna. En dicho proceso, alega que se vulneraron sus derechos constitucionales al trabajo libre, al descanso y al libre desarrollo de la personalidad. En sede del Tribunal Constitucional, se resuelve que los demandados vulneraron el derecho a la lactancia de la demandante, lo que genero la vulneración de los derechos constitucionales a la salud familiar, al libre desarrollo de la personalidad, la proteccion familiar, el interes superior del niño y la libertad de trabajo, tanto de la demandante como de su hijo. En ese sentido, la controversia gira en torno sobre si derecho a la lactancia de la demandante se vio efectivamente vulnerado. Para resolver los problemas juridicos identificados en el caso, se utilizará la Constitución Política del Perú, las leyes nacionales e internacionales, la jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional, y la doctrina pertinente. Se concluye que el derecho a la lactancia fue vulnerado por los demandados, porque participaron activamente en la vulneración de los derechos alegados por la demandante. Asimismo, el derecho a la lactancia esta legalmente vinculado a una serie de derechos constitucionales, los cuales se ven afectados cuando dicho derecho es vulnerado en la práctica.

Palabras clave

- mujer
- madre trabajadora
- lactancia materna
- género
- discriminación

ABSTRACT

The plaintiff Duberlis Caceres Ramos decides to sue the President of the Superior Court of Justice of Madre de Dios and the Administrator of the same Court for the violation of her right to breastfeeding. In said process, she alleges that her constitutional rights to free work, rest and the free development of her personality were violated. At the headquarters of the Constitutional Court, it is resolved that the defendants violated the plaintiff's right to breastfeeding, which generated the violation

of the constitutional rights to family health, free development of personality, family protection, the best interest of the child and freedom to work, both for the applicant and her son. In this sense, the controversy revolves around whether the plaintiff's right to breast-feeding was effectively violated. To solve the legal problems identified in the case, the Political Constitution of Peru, national and international laws, the national jurisprudence of the Constitutional Court, and the relevant doctrine will be used. It is concluded that the right to breastfeeding was violated by the defendants, because they actively participated in the violation of the rights alleged by the plaintiff. Likewise, the right to breastfeeding is legally linked to a series of constitutional rights, which are affected when said right is violated in practice.

Keywords

- women
- working women
- breastfeeding
- gender
- discrimination



Índice de contenido

1. Hechos del caso	7
2. Introducción	8
2.1 Justificación de la elección de la resolución del caso	8
2.2 Presentación del caso	9
3. Identificación de hechos relevantes	10
3.1 Antecedentes	10
3.2 Hechos relevantes del caso	10
3.2.1 Posición de las partes del proceso judicial	11
3.2.1.1 Fundamentos de la parte demandante	11
3.2.1.2 Fundamentos de la parte demandada	11
3.2.2 Sentencia de primera instancia	12
3.2.3 Sentencia de segunda instancia	12
3.2.4 Sentencia del Tribunal Constitucional	13
3.2.5 Fundamentos de votos de los magistrados Sardon de Taboada y Ferrero Costa	13
4. Identificación de los principales problemas jurídicos	13
4.1 Problema principal	14
4.2 Problemas secundarios	14
5. Posición del candidato	15
5.1 Respuesta preliminar a los principales problemas principal y secundarios	15
5.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	16
6. Análisis de los problemas jurídicos	17
6.1 Problema principal: ¿Existió una vulneración del derecho al permiso por lactancia de la magistrada?	17
6.1.1 ¿Quiénes son los sujetos titulares del derecho a la lactancia y su naturaleza jurídica ?	17
6.1.2 Derechos relacionados con el permiso por lactancia materna	19
6.1.2.1 Derecho al libre desarrollo de la personalidad	19
6.1.2.2 Derecho a la salud familiar	21
6.1.2.3 Derecho a la protección familiar	23
6.1.2.4 El interés superior del niño	24
6.1.2.5 ¿Se vulnera el derecho-principio a la dignidad?	25
6.1.2.6 ¿Se vulnera la libertad de trabajo y la jornada laboral?	27
7. Análisis crítico de la sentencia	29
7.1 La normatividad laboral sobre lactancia materna no resulta suficiente en nuestro ordenamiento jurídico	29
7.1.1 La falta de enfoque de género en la regulación normativa de lactancia	29
7.1.2 La falta de enfoque de género en el derecho a la lactancia acentúa la situación de desigualdad de las mujeres	31

7.2 La situación procesal en la administración de justicia: La sobrecarga de los procesos genera una situación de vulneración de derecho laborales	35
7.2.1 La sobrecarga procesal genera una vulneración de derechos laborales	35
7.2.2 La sobrecarga procesal no es argumento suficiente para afectar derechos fundamentales laborales de sus trabajadores.	36
8. Conclusiones y/o recomendaciones	37
9. Bibliografía	39



1. Hechos del caso

N° EXPEDIENTE	EXP. N° 01272-2017-PA/TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho público, derecho constitucional y derecho laboral
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Exp. 00789-2015-0-2701-JM-CI-01 (Resolución N° 15 y Resolución N° 24)
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Duberlis Nina Cáceres Ramos
DEMANDADO/DENUNCIADO	Marino Gabriel Cusimayta Barreto (presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios) y Margarita Milagros Meléndrez Paulo (administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata)
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional
Otros	En el caso se desarrolla la situación de discriminación por sexo que sufren las mujeres como un problema estructural.

2. INTRODUCCIÓN

2.1 Justificación de la elección de la resolución

Elegí el Expediente N° 01272-2017-PA/TC por cuatro razones. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional (en adelante el Tribunal) analiza cómo la afectación de un derecho legal acarrea la vulneración de derechos constitucionales, como es la lactancia materna.

En segundo lugar, se reconoce la discriminación estructural en perjuicio de las mujeres que se da por razón de su sexo. Es una de las pocas sentencias en la que el Tribunal analiza la situación de discriminación estructural que atraviesa el colectivo de las mujeres.

En tercer lugar, se identifica que la normativa laboral actual sobre lactancia no poseen un enfoque de género. En consecuencia, se observa que la figura de la madre se encasilla en un rol exclusivamente dedicado al cuidado del hijo, lo cual la enmarca en un estereotipo de género. No obstante, se analizará de forma crítica la ausencia de este aspecto en la sentencia.

En cuarto lugar, la complejidad de la resolución radica en que existe un problema sistémico de la administración de justicia y buen gobierno por la alta carga procesal que existe. Sobre el caso en cuestión, se identifica que el sistema judicial penal, los plazos procesales son cortos, lo cual puede generar una vulneración de derechos fundamentales laborales en aras de alcanzar una rapidez en la emisión de pronunciamientos de los jueces penales.

2.2 Presentación del caso y análisis

Este caso hace mención a la vulneración del derecho de la jueza Duberlis Nina Caceres Ramos de su horario de lactancia. Ella tenía un hijo recién nacido, y la administración de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios (en adelante, la Corte) le dio permiso de 03:00 pm a 04:00 pm durante su hora de trabajo ¹; empero, durante su permiso le programaban audiencias y fuera del horario laboral, las cuales eran muy extensas. Ella, el 4 de noviembre del 2015, alega la vulneración de sus derechos al trabajo libre, al libre desarrollo de la personalidad y el tiempo libre a través de un amparo.

Al respecto, los demandados, el Presidente de la Corte (en adelante, el Presidente) y la Administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata (en adelante, la Administradora), argumentan que las reprogramaciones y programaciones de audiencias obedecían a lograr un sistema de justicia más efectivo y célero; por lo tanto, esas medidas podían ser emitidas por los presidentes de las cortes superiores, y que las asistencias de los jueces a las audiencias son obligatorias, en tanto estas no pueden ser interrumpidas ni recortadas porque esto obedecía a la implementación del Código Procesal Penal, con carácter general y obligatoria, buscaba una efectiva adecuación del nuevo sistema procesal penal.

Ahora bien, el problema principal identificado es el siguiente: ¿Existió una vulneración del derecho al permiso por lactancia materna de la magistrada?

De la misma forma, los problemas jurídicos secundarios que resuelve el problema principal son los siguientes: ¿Cuál es la naturaleza jurídica y sujetos titulares del derecho a la lactancia?; ¿existió una vulneración al derecho-principio de la dignidad?; ¿existió una vulneración al derecho a la salud familiar?; ¿existió una vulneración al derecho a la protección familiar?; ¿existió una vulneración al derecho a la libertad de trabajo y jornada libre?; ¿existió una vulneración al libre desarrollo de la personalidad?; ¿existió una vulneración al interés superior del niño?.

¹ El permiso tendría lugar del 15 de octubre del 2015 hasta el 15 de junio del 2016.

Mi posición es que si existió una vulneración del derecho al permiso por lactancia materna de la magistrada. Además, estoy de acuerdo con el Tribunal respecto a los derechos constitucionales afectados; sin embargo, considero que el derecho a la libertad de trabajo no estuvo involucrada, pero si el derecho a la dignidad, y no se analizaron otros problemas de fondo. Asimismo, considero que el Tribunal no realiza una solida argumentación sobre los derechos constitucionales vulnerados expuestos en su sentencia.

Para el analisis se usara la Constitución, instrumentos juridicos internacionales ya la ley de lactancia. Asimismo, se usara la jurisprudencia nacional pertinente para el analisis correspondiente. Finalmente, la doctrina relevante sera utilizada para resolver el caso.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

3.1 Antecedentes

Diariamente se evidencian situaciones de discriminación laboral que afecta a las mujeres, lo que dificulta el balance entre sus responsabilidad laborales y familiares. En la actualidad, el colectivo de las mujeres enfrentan diversas barreras para lograr una igualdad material, como se manifiesta a través de diversos estudios proporcionados por el INEI.

Por otro lado, el Tribunal en la sentencia bajo comentario, argumenta que existe un marco de discriminación estructural que atraviesan las mujeres. Asimismo, existen obstaculos en el acceso y permanencia en cargos directivos importantes para las mujeres, incluyendo a las jueces. Esto representa una responsabilidad del Estado peruano en términos de abordar esta situación.

3.2 Hechos relevantes del caso

A continuación, relataremos los hechos más importantes que dieron lugar a la interposición de la demanda, lo cual nos permitirá identificar los principales problemas jurídicos.

3.2.1 Posición de las partes en el proceso judicial

3.2.1.1 Fundamentos de la parte demandante

La jueza Duberlis es madre de un niño de cuatro meses, por el que le otorgan un permiso por lactancia de 03:00 pm a 04:00pm mediante Resolución Administrativa 1239-2015-P-CSJMD/PP el 15 de diciembre del 2015. Pese a ello, asegura que los demandados no respetaron ellos. En relación con ello, indica que los demandados se niegan a reprogramar las audiencias, pese a que colisiona con su permiso, por lo que ha sido objeto de represalias y hostigamiento de parte de los demandados.

Asimismo, que se le impone excesivas audiencias en su despacho, y que es obligada a asistir a las audiencias los sabados y domingos, inclusive hasta la noche, lo cual repercute en los jueces que trabajan en el distrito judicial. Además, indica que dichos tratos los recibe desde que estaba embarazada.

Por otro lado, señala que las audiencias se programan y reprograman por decisión de la administración, ya que posee control sobre este, y que es aprobado por el presidente. En adición, se han iniciado procedimientos administrativos en el Consejo Nacional de la Magistratura y la ODECM por el presidente.

Por dicho motivo, decide interponer una demanda de amparo el 4 de noviembre del 2015, basado en la vulneración del trabajo y tiempo libre, y al libre desarrollo de la personalidad. Ella solicita que la vulneración de sus derechos y que la intromisión de los demandados en su labor jurisdiccional cese.

3.2.1.2 Fundamento de la parte demandada

Cuando el Procurador Público Adjunto del Poder Judicial contesta la demanda solicita su improcedencia porque señala que los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia tenían la competencia para emitir dichas medidas administrativas. Todos se realizaba en el marco del Decreto Legislativo 1194, lo cual estaba bajo la dirección de la Coordinación Nacional para la Implementación de los Órganos Jurisdiccionales de

Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de ebriedad. Por lo tanto, indica que las medidas no eran arbitrarias.

Por su parte, la demandada declaró que no se solicitó formalmente el permiso y que la magistrada debía asistir a las audiencias programadas porque en los procesos penales todos los días son hábiles para trabajar, y que era la única forma de instalar un juicio, pero se recortaron varias por pedido de la demandante. Asimismo, indicó que entre sus competencias no estaba la programación de los juicios.

3.2.2 Sentencia de primera instancia

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios resolvió el caso en favor de la demandante porque acreditó que la programación de los juicios, hecha por los demandados, no era proporcionables ni razonables. Por dicho motivo, se resolvió que los demandados participaron en la vulneración de los derechos alegados por la jueza.

Asimismo, durante el transcurso del proceso se otorgó una medida cautelar, que dispuso la no programación de audiencias durante su horario de lactancia. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y la Corte Superior de Justicia resolvieron que la referida resolución debía ser cumplida.

3.2.3 Sentencia de segunda instancia

La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios revocó la sentencia de primera instancia porque se configuró la sustracción de la materia, es decir, el plazo para el permiso se había cumplido porque el niño tenía un año de edad. Asimismo, declaró infundada la apelación sobre la jornada máxima de ocho horas al día, porque los demandados no poseían la competencia para programar audiencias. Además, se señaló que la remisión de los documentos a la OCMA tenían como función poner en conocimiento lo resuelto, lo cual sí era competencia del presidente de la Corte.

3.2.4 Sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal resuelve que los demandados realizaron varios actos lesivo en contra de la magistrada, lo que vulneró su derecho a tiempo libre, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud familiar, a la libertad al trabajo, a la protección familiar y del interés superior del niño mediante la interposición de un Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por la demandante

Asimismo, el Tribunal decidió pronunciarse por la gravedad en la afectación de derechos fundamentales a pesar que operó la sustracción de la materia. En ese sentido, se determinó que la medida cautelar no se cumplió según lo dispuesto por el Juzgado Mixto de Tambopata, que resolvió la no programación de audiencias durante el horario de permiso por lactancia, lo que llevó que la demandante solicite el uso de su descanso vacacional y solicite una licencia sin goce de sueldo.

Por otro lado, se señaló que la afectación en los derechos de la demandante repercutió de forma directa en ella e indirectamente en los derechos de su hijo. Así, el Tribunal manifiesta que esta situación es especial porque existe una gran cantidad de mujeres que cuidan a sus hijos en el horario laboral, y que podrían encontrarse en una situación similar de vulneración de derechos fundamentales debido a la situación de desigualdad estructural que atraviesan las mujeres.

3.2.5 Fundamentos de votos de los magistrados Sardon de Taboada y Ferrero Costa

Finalmente, los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa, en su fundamentos de votos, se apartan de los fundamentos ocho al setenta y cuatro por la digresión sociológica expresada en dichos fundamentos, porque carecen de un sustento jurídico constitucional.

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Para plantear los problemas jurídicos, se ha decidido dividirlo en dos niveles: un primer nivel referido a los problemas de la calidad argumentativa de la sentencia; y

en el segundo nivel se abordaran los problemas de fondo que no fueron mencionados por el Tribunal.

4.1 Crítica a la sentencia / Problemas argumentativos

A) **Problema principal:** ¿Existió una vulneración del derecho al permiso por lactancia materna de la magistrada?

Problemas secundarios

Problema secundario 1: ¿Quiénes son los sujetos titulares del derecho a la lactancia y su naturaleza jurídica?

Problema secundario 2: ¿con que derechos se encuentra relacionado en permiso por lactancia?

- ¿Existió una vulneración al derecho a la protección familiar?
- ¿Existió una vulneración al derecho a la salud familiar?
- ¿Existió una vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad?
- ¿Existió una vulneración al derecho a la libertad de trabajo y al disfrute de tiempo libre?
- ¿Existe vulneración al derecho-principio a la dignidad humana?

4.2 Problemas de fondo

B) **Problema principal:** ¿La normativa por lactancia materna resulta suficiente en nuestro ordenamiento jurídico?

Problemas secundarios

Problema secundario 1: ¿Existe una falta de enfoque de género en la regulación actual de la lactancia materna?

Problema secundario 2: ¿La falta del enfoque de género en el derecho a la lactancia materna acentúa la situación de desigualdad de mujeres?

C) **Problema principal:** ¿Existe una crisis en la administración de justicia que provoca la sobrecarga de trabajo de sus trabajadores lo que genera una vulneración de sus derechos fundamentales?

Problema secundario 1: ¿Hay una vulneración de derecho laborales por la sobrecarga procesal?

Problema secundario 2: ¿La sobrecarga procesal es fundamento suficiente para afectar derechos fundamentales laborales de sus trabajadores?

5. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

5.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Sobre la calidad argumentativa de la sentencia y el problema principal, mi posición es que es que si existió una vulneración del derecho al permiso por lactancia materna cometida por los demandantes.

Ahora, en relación al primer problema secundario: ¿Quiénes son los sujetos titulares y su naturaleza jurídica? Considero una breve explicación del tema ayudara a comprender la justificación de la existencia de la ley que regula la lactancia y, en ese sentido, como podrian verse involucrados y relacionados otros derechos con su afectación. Es decir, su caracter de derecho relacional.

Sobre el segundo problema secundario: ¿con que derechos se encuentra relacionado en permiso por lactancia? Mi posición es que estoy de acuerdo con los derechos vulnerados desarrollados en la sentencia con excepción de la libertad de trabajo; sin embargo, considero que no hay mucha solidez argumentativa del Tribunal sobre los derechos constitucionales expuestos y cómo se relacionan con el derecho a la lactancia, así como la vulneración del derecho-principio a la dignidad.

En relación a los problemas de fondo, sobre los problemas que no aborda el Tribunal, pero que hubiera sido importante para tener una mayor comprensión del caso: ¿La ley sobre lactancia es suficiente en el ordenamiento jurídico? Mi posición es que no, lo cual esta relacionado directamente con la vulneración al derecho-principio a la igualdad, porque existe una falta de enfoque de género en la normativa sobre lactancia, lo que acentua las desigualdades respecto de las responsabilidades

familiares que deben compartir los hombres y mujeres. Esto es un problema de política pública.

En la sentencia, el Tribunal esboza una explicación del contexto de discriminación sistémica que atraviesan las mujeres; sin embargo, considero que se pudo realizar de forma más exhaustiva y completa las discriminaciones que se identifica en el caso, es decir, la estructural y la múltiple. En ese sentido, se puede decir que estamos ante un problema estructural, que no solo se deriva de comportamientos individuales y aislados.

Finalmente, existe otro problema de política pública: ¿La sobrecarga procesal genera una situación de afectación de derechos laborales? Considero que sí. Si bien existe un problema sistémico en la administración de justicia por la alta carga procesal, no es un argumento suficiente para no garantizar los derechos laborales de los jueces y juezas. Entonces, en una sociedad que no garantiza los derechos laborales de las mujeres, se debe enfatizar garantizar y proteger sus derechos laborales porque de lo contrario la afectación de derechos podría ser grave. Entonces, en el marco de la modernización del sistema judicial, se debe garantizar que la afectación a los derechos laborales sea mínimo para que no se afecte su goce.

5.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro parcialmente a favor con la fundamentación de la sentencia, porque mi posición es que si se vulnera el derecho por permiso de lactancia. Sin embargo, el análisis no fue completo en relación a los derechos vulnerados. Además, considero que hay una ausencia en el análisis del Tribunal porque no explico que efectivamente no se le dio el derecho a la lactancia a la jueza a pesar que hubo un reconocimiento material.

Por otro lado, si la posición del Tribunal es que el contexto de discriminación estructural acentúa las desigualdades entre hombres y mujeres, debió explicar como la normativa laboral relacionado a la lactancia puede ser un factor determinante en la continuación de dichas desigualdades. Por tal motivo, era importante que la sentencia incluya una recomendación en el uso del enfoque de género en las leyes laborales.

Por ejemplo, abordando la falta de medidas que incorporen al hombre en el ámbito familiar.

Finalmente, el Tribunal no aborda el problema que existe en la administración de justicia en relación a la sobrecarga procesal, y como dicho argumento es utilizado - como en el caso, por el Presidente- para afectar derechos laborales de los trabajadores del Poder Judicial. Asimismo, en un contexto en el que no se respetan los derechos laborales de las mujeres, como en el caso bajo comentario, resultaba importante que se analice este problema.

6. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

El análisis de los problemas jurídico se dividirá en dos partes: en primer lugar, responderá a las preguntas de los derechos constitucionales vulnerados en el caso y, en segundo lugar, se abordarán los problemas de fondo que no fueron mencionados por el Tribunal.

6.1 ¿Existió una vulneración del derecho al permiso por lactancia materna de la magistrada?

En la presente sección del trabajo, abordaremos la naturaleza jurídica del derecho a la lactancia, así como los derechos fundamentales vulnerados: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la salud familiar, derecho a la protección familiar, al interés superior del niño y la dignidad.

6.1.1 ¿Quiénes son los sujetos titulares del derecho a la lactancia y su naturaleza jurídica?

En primer lugar, en relación a su naturaleza jurídica, la Constitución Política del Perú regula y protege especialmente los derechos de las mujeres y madres en los artículos 4 y 23. Por otro lado, el derecho al permiso por lactancia materna está recogido en la ley N° 27240. Entonces, si bien el derecho al permiso por lactancia materna no está reconocido de forma expresa en la Constitución, sí lo está a nivel legal. Por lo tanto, estamos ante un derecho de configuración legal.

Así lo ha entendido el Tribunal en la sentencia bajo comentario resata lo siguiente: *“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”* (Expediente 1272-2017-PA/TC, fundamento 30).

En ese sentido, al ser un derecho que esta relacionado a otros derechos constitucionales, se puede afirmar que “el derecho de la lactancia materna es uno de carácter relacional, que es aquel en el que su afectación se evidencia a través de la afectación de otros derechos” (Landa 2017, pp 20). Por ello, su vulneración produciría la afectación de otros derechos constitucionales.

En segundo lugar, en relación a los sujetos titulares del derecho, la normativa peruana sólo reconoce la titularidad exclusiva a la madre cuando termine su periodo post natal . Según la ley N° 27240, se reconoce el derecho de lactancia a una hora diaria durante el horario laboral, hasta que el menor cumpla un año de edad; pero, el horario puede ser establecido en coordinacion con el empleador. Sin embargo, también se le reconoce la titularidad del derecho al menor hijo porque el reconocimiento de la titularidad bilateral es transversal en todo el ordenamiento juridico (Ministerio de Salud, 2022)

En resumen, la Constitución no reconoce el derecho a la lactancia materna como un derecho constitucional, pero si protege los derechos de la madre trabajadora. Asimismo, si bien es un derecho de configuracion legal, el Tribunal ha contemplado su caracter relacional, es decir, que “su afectación se puede evidenciar a traves de la afectación de otros derechos constitucionales”. En cuanto a los sujetos titulares, la norma laboral reconoce la titularidad exclusiva a la madre, pero también se reconoce la titularidad al menor.

6.1.2 Derechos relacionados con el permiso por lactancia

En esta sección del trabajo desarrollaremos los derechos constitucionales relacionados a la lactancia materna, los que se afectaron y los que no se vulneraron en el caso de la jueza Duberlis.

6.1.2.1 Derecho al libre desarrollo de la personalidad

El derecho al libre desarrollo de la personalidad esta amparado por el artículo 16 de la Constitución que *“reconoce la «libertad general de acción», es decir, la posibilidad de que cada quien haga lo que prefiera, sin que en ese ámbito de autonomía pueda imponerse límites sin justificación constitucional”* (Sosa Sacio, 2018, p.178). Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) dispone en el Convenio 183, sobre la protección de la maternidad, en el artículo 10 que las madres lactantes tienen derecho el dar de lactar a sus hijos. Por otro lado, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos delimita el derecho al libre personalidad como un *“reconocimiento a su personalidad jurídica”* (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 207).

En esa línea, se puede inferir que, si se demuestra una vinculación entre el derecho al libre personalidad y el derecho a la lactancia materna, entonces se tiene que la protección de la lactancia materna resulta de fundamental importancia para la garantía del primer derecho referido. En ese sentido, la Observación General N.º 12 del Comité de Derechos Sociales y Económicos reconoce, en su párrafo 9, que la lactancia materna debe ser calificada como una necesidad alimentaria, porque *“aporta el desarrollo y mantenimiento suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas”*.

Entonces, se infiere que las necesidades alimentarias son un aspecto fundamental del desarrollo de las personas; caso contrario, la falta de una necesidad alimentaria fundamental como la leche materna afectará directamente las posibilidades de un desarrollo idóneo. Asimismo, se evidencia que la lactancia materna es imprescindible para el desarrollo de la personalidad de quienes necesitan este alimento porque *“el énfasis está en la lactancia materna como proceso natural, la cual tiene sus beneficios cuando se hace de manera adecuada, por ejemplo, promoviendo en el bebé la capacidad de forjar su personalidad”*(Ospina, Jiménez y Villamarín, 2015, s/p).

Visto así, también se infiere que la lactancia materna forma parte del desarrollo de la personalidad de la madre. Esto debido a que, como se continuará delimitando más adelante respecto al principio de dignidad, la interacción madre-hijo mediante la lactancia implica un aspecto fundamental en el desarrollo de la relación entre ambos, lo cual implica que la lactancia es imprescindible para que una mujer pueda desarrollarse como madre del beneficiario de dicha lactancia.

Así también lo comprende el Tribunal al disponer que: *“la discriminación contra la mujer es un problema social que aun pervive en nuestra sociedad, que vulnera no solo el derecho a la igualdad real y efectiva entre los sexos, sino que también vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y constituye una amenaza contra los derechos a la salud y a la vida de las mujeres embarazadas”* (Expediente 05527-2008-PHC/TC, fundamento 13). Como se analizara más adelante, el Tribunal realiza un análisis entre la discriminación que atraviesan las mujeres con la ausencia en efectividad de sus derechos, tal como lo explica en este apartado.

En esa secuencia de ideas, se puede decir que los actos de hostigamiento y amedrentamiento que experimento la jueza, desde su embarazo hasta su reingreso al cargo jurisdiccional, estuvieron dirigidos a desvalorizar su maternidad y no se salvaguardo y respeto la vida del hijo que estaba por nacer; por ello *“cualquier trato desfavorable para la mujer por razón de su embarazo constituye un acto discriminatorio de pleno derecho porque se encuentra protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y todas aquellas medidas que lo hagan mas gravoso es un atentado contra el derecho a formar una familia”*. (Franco Garcia 2021, p. 10).

Entonces, se puede afirmar que si el desarrollo del bebé se afecta en tanto no se promueve su capacidad de forjar su personalidad ante la falta de idónea alimentación, el desarrollo de la mujer se afecta en tanto se le restringe llevar a cabo una de las dinámicas más importantes para una mejora en la relación madre-hijo. Así entendido, también la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a recibir las medidas de protección en su condición de menor por parte de la familia la sociedad y el Estado. Por lo tanto, queda claramente establecido la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que el derecho a la lactancia es una manifestación de ese derecho.

6.1.2.2 Derecho a la salud familiar

La vinculación entre el derecho a la lactancia y el derecho a la salud familiar se encuentran estrechamente vinculados por los efectos positivos que el primer derecho genera en la alimentación del menor y el fortalecimiento del vínculo filial de este último con su madre, por lo tanto, se puede afirmar que ejercer una lactancia efectiva contribuye en el desarrollo del derecho a la salud y la unión de la familia.

Según el Convenio de los derechos del niño, en el artículo 24, dispone que “*el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*” así como “*asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna*”. Asimismo, la Constitución ampara el derecho a la salud familiar en el artículo 7, que comprende “*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser*” (Expediente 2016-2004-AA/TC, fundamento 27).

Por lo tanto, una manifestación del derecho a la salud esta en el reconocimiento que la lactancia materna que, según diversos estudios, constituye el mejor alimento para los niños en sus primeros seis meses de vida porque le brinda al niño todos los nutrientes necesarios para crecer y se desarrolle plenamente (UNICEF, s.f); y, además, beneficia no solo a los infantes en su salud física, sino también genera efectos positivos en la salud de las mujeres (Novillo-Luzuriaga, N., Robles-Amaya, J., Calderón-Cisneros, J., 2019, p. 2).

En esa línea de razonamiento, las conclusiones de los estudios científicos son claros en resaltar los beneficios en la salud del niño y la madre en el entorno de la lactancia, porque no solo contribuye en el desarrollo del niño en una faceta alimenticia; también contribuye en su desarrollo emocional y físico, así como el de madre. Entonces, como lo mencionamos anteriormente, si bien la normativa sobre la lactancia sólo reconoce la titularidad del derecho a la madre, reconocer que el niño o niña es titular del derecho constituye un reconocimiento a la efectividad de sus derechos en un plano material. De esta forma, podría evitarse que se ejerzan vulneraciones a sus derechos fundamentales.

Así también lo entendió el Tribunal en la sentencia N° 01366-2013-PC/TC, al señalar que *“la licencia por maternidad como consecuencia de la exigencia constitucional de protección a la madre trabajadora gestante, constituye un mecanismo tendiente a asegurar la viabilidad del embarazo, así como la salud de la madre y de la persona por nacer. Asimismo, con posterioridad al nacimiento, dicha licencia está destinada a favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio fisiológico normal”* (Expediente N° 01366-2013-PC/TC, fundamento 14). Entonces, queda establecido que la lactancia materna es un derecho que encuentra protección jurídica a través del reconocimiento del derecho fundamental a la salud familiar.

En esa línea de razonamiento, también es imprescindible reconocer que el derecho a la alimentación adecuada y nutritiva está reconocido como derecho fundamental en el artículo 2 inciso 16. Consideramos que un análisis integral y exhaustivo de la vinculación entre el derecho a la lactancia materna y el derecho a la salud familiar implica reconocer que el derecho a la alimentación debe reconocerse en un plano material; caso contrario, se estaría ante una vulneración de los tres derechos fundamentales antes referido. Así entendido, como se explicó en el presente trabajo, la lactancia materna compone una serie de beneficios en relación a los beneficios emocionales, filiales y alimenticios que aportan en el desarrollo humano del menor y la madre.

Según Clara Jusidman-Rapoport, el derecho a la alimentación *“exige la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficiente para satisfacer las necesidades alimentarias y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”* (Jusidman-Rapoport, 2014, p. 588). Así entendido, se puede afirmar que, cualquier intromisión injustificada al derecho al alimento del niño, que puede materializarse a través de la vulneración de los derechos de su madre, constituiría una afectación a recibir el alimento necesario y adecuada que requiere para su crecimiento.

6.1.2.3 Derecho a la protección familiar

La Constitución reconoce que se debe proteger a la familia, tal como lo redacta en su artículo 4. Asimismo, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reconoce que la familia debe ser protegida por la sociedad y la familia, según el

artículo 17. En esa línea de ideas, tal como se ha expuesto hasta ahora, que la afectación de derechos fundamentales, en el caso de la lactancia materna, se da de forma transversal, de tal forma que la constatación de la vulneración de uno de los derechos vinculados, se puede evidenciar en la vulneración de otro de los derechos que están vinculados.

Entonces, si el hecho de dar de lactar fortalece el vínculo filiar entre madre-hijo, es comprensible por dicho motivo que *“la ley de hora de lactancia nos expone como consideración que es necesario otorgar, el permiso para la salida de la madre a fin de que pueda dedicarse ésta hora a la tarea de alimentarlo.* (Cueva, 2019, p. 38).

En ese orden de ideas, se puede inferir que si existe un ámbito de protección legal y constitucional al derecho de lactancia, por sus diversos beneficios en el desenvolvimiento y desarrollo integral de una persona, y de la madre con su hijo, se puede afirmar que lo que se busca es preservar, mantener y cuidar el vínculo filial y afectivo de la familia que conforma sus miembros.

Según el Tribunal, en el Expediente N° 01817-2009-PHC-/TC, reconoce que *“el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana. De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella”.* (Expediente N° 01817-2009-PHC-/TC fundamento 14)

Consideramos que si, como se explicara más adelante, el derecho de lactancia tiene como objeto que la madre pueda compartir con el niño, dividiendo su tiempo en los cuidados y gozar de un tiempo de compañía entre ambos; si dicho espacio se ve alterado, se puede inferir que se está interviniendo en dicho espacio de disfrute mutuo que, como explicamos anteriormente, es vital para el desarrollo de la libre personalidad, de la salud y, por ende a la protección familiar que los ampara.

Al respecto, consideramos que la afectación a la protección familiar, en relación a la lactancia, se materializa también cuando se impide, obstaculiza o se rechaza el

reconocimiento práctico de la madre para ejercer su derecho. Como veremos más adelante, dichas afectaciones se observan más en espacios laborales, donde el empleador y/o compañeros de trabajo no apoyan a la madre trabajadora en su faceta materna.

6.1.2.4 El interés superior del niño

Según el Tribunal, *“este principio -el interés superior del niño- se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución.”* (Expendiente N° 01817-2019-PHC/TC). Por lo tanto, se puede inferir que el interés superior tendría una protección constitucional.

Entonces, en concordancia con lo delimitado en la sección respecto al libre desarrollo de la personalidad, se procederá a demostrar la vinculación del interés superior del niño en relación a la lactancia materna. En ese sentido, según el artículo 2 de la Ley N.º 30466, reconoce al principio del interés superior del niño como *“un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas”*, así como en el artículo 4: *“[la norma] busca garantizar el desarrollo integral de los niños atendiendo a las características propias de cada etapa del ciclo de vida y posibilitando así una mejor calidad de vida”*.

Retomando el hecho de que nuestro ordenamiento reconoce a la lactancia materna como una necesidad alimentaria, se infiere que el interés superior del niño tutela la mejor calidad de vida de los niños durante la etapa en la cual necesitan este alimento. Asimismo, reconoce que, para garantizar este derecho, se requiere que, en dichas etapas, se logre un desarrollo integral de los mismos, lo cual resultaría imposible sin una alimentación adecuada. En otras palabras, la lactancia materna es imprescindible para garantizar el interés superior de los niños.

En consecuencia, la relación de este interés con el derecho a la lactancia materna se evidencia mediante la necesidad de garantizar el segundo derecho señalado para satisfacer las exigencias del interés superior referido.

6.1.2.5 ¿Se vulnera el derecho-principio a la dignidad?

El principio-derecho a la dignidad es un valor que irradia a todas las decisiones de los particulares y, en especial, de las autoridades públicas. Es por dicho motivo que su protección jurídica está en el artículo 1 de la Constitución, por la especial trascendencia que implica para cualquier tipo de decisión que involucre los derechos humanos de las personas.

En la jurisprudencia nacional, en específico en la sentencia Exp. 2273-2005-PHC-TC, se reconoce la noción de dignidad como un principio y como un derecho. Entendido así, se reconoce como principio porque *“no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento”*. Asimismo, como derecho fundamental puede ampararse vía un proceso constitucional para garantizar directamente la dignidad. En ese supuesto, la dignidad puede ser garantizada por un proceso constitucional y, por tanto, no solo es un principio sino también un derecho. Si se está en posibilidad de defenderlo en un proceso, es un derecho. (Exp. 2273-2005-PHC-TC fundamento 34).

En esa línea, para comprender si se afecta la dignidad en el presente caso, se debe tener en cuenta, primero, que la dignidad es la misma para cada individuo, lo cual implica que todos, respecto a los derechos humanos, debemos estar bajo un mismo régimen jurídico de protección. Así entendido, a partir de los recientes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, resulta inferible que existe un ámbito de protección especial a un grupo específico: las personas en situación de vulnerabilidad.

Las mujeres forman parte de este grupo de personas, sobre todo en países con culturas patriarcales de fuerte intensidad, como la cultura peruana. Así, documentos nacionales como el Cuaderno sobre Poblaciones Vulnerables N.º 10 del año 2013 se justifican en base a un enfoque de derechos humanos que se centra en que las mujeres deben gozar de los mismos derechos que los hombres, así como la aplicación de los mismos. Esta igualdad se justifica en que las mujeres tienen la misma dignidad que los hombres.

Por este motivo, es importante reconocer que el Tribunal reconoció que las mujeres constituyen un colectivo en situación de vulnerabilidad por su condición de mujer, ya que *“en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer”*, así también que *“la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca.”* (Expediente N° 01594-2020-PA/TC, fundamento 16)

Tal como lo relata la jueza en su defensa, ella reclamó una serie de veces ante las autoridades competentes, que su derecho a la lactancia no estaba siendo respetado; sin embargo, los denunciados decidieron ignorar dichos reclamos legítimos y decidieron continuar con su agenda, trayendo como consecuencia que sus derechos se vean vulnerados en una forma continuada y sistemática.

Asimismo, el no cumplimiento de las medidas de protección en favor de ella, como la medida cautelar dictada a su favor, los actos de hostigamiento por parte del presidente, los procedimientos sancionadores iniciados en su contra, las quejas en su contra por parte del presidente de la Corte y la programación de audiencias en su horario de lactancia nos permite afirmar que la magistrada estuvo expuesta a una serie de actos de discriminación por razón de su embarazo y en su condición de mujer lactante.

Por dichas razones expuestas, se puede inferir que dichos tratos discriminatorios se fundaron en el estado de gestión y, posteriormente, en el estado de lactancia en el cual se encontraba la jueza, lo cual incidía en su normal desenvolvimiento en su espacio de trabajo cuando ejercía sus funciones jurisdiccionales.

En consecuencia, la vulneración contra el derecho a la lactancia materna derivó en una afectación al principio de dignidad porque los tratos de hostigación y amedrentamiento a los que fue expuesta la magistrada, desde su embarazo, afectaron su derecho a no ser tratada de forma discriminatoria por razón de sexo.

En ese sentido, la dignidad se vio afectada de su derivación de la afectación que se dió en el caso del mandato de no discriminación. No se puede ignorar que la protección de la dignidad de las mujeres está tutelada por la Convención de Belem do

Para, en su artículo 4 inciso e, estipula que la mujer tiene derecho a que se respete su dignidad como persona.

6.1.2.6 ¿Se vulnero la libertad de trabajo y la jornada laboral máxima?

La libertad de trabajo esta reconocido como un derecho fundamental en la Constitución, según el artículo 2 inciso 15. Asimismo, desde los convenios internacionales de la OIT, en el Convenio 29, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, se ampara la libertad de trabajo con lo cual se prohíbe cualquier tipo de trabajo forzoso. Entonces, si bien existe un reconocimiento al derecho de trabajar libremente consideramos que este no se ha vulnerado en el presente caso porque no se desprende del caso una situación de un trabajo forzoso.

En ese sentido, según Canelo Davila, siguiendo la postura de Elías Mantero, el derecho a la libertad de trabajo se manifiesta de cuatro maneras: a) Uno elige el tipo de trabajo que desea realizar; b) el derecho a un tipo de cambio de trabajo cuando así lo decida el trabajador; c) ea oposición a cualquier trabajo forzoso y d) que el trabajo no sea ilegal. (Canelo G, 2018, p. 47)

Por lo mencionado se puede afirmar que la libertad de trabajo no es un derecho vulnerado en el caso porque ninguna de sus dimensiones se vio afectada. Entonces, lo que se discute en el caso no es si la magistrada se vio obligada a laborar forzosamente para un centro de trabajo y/o un empleador en contra de su voluntad, ni del trabajo libre e independiente. Sin embargo, si consideramos que existió una afectación a la la jornada de trabajo máxima, pero el Tribunal no hace énfasis de ello.

La jornada laboral maxima es un derecho fundamental reconocida por la Constitución, según el artículo 25. Esto significa que esta dotado de la maxima protección jurídica que el ordenamiento legal otorga, lo cual no admite un pacto en contrario. También debe tenerse en cuenta que la jornada laboral esta desarrollado normativamente en el TUO de la ley de jornada de Trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR.

Teniendo en cuenta el marco legal vigente, lo que se desprende del caso es una infracción constitucional y legal a la jornada laboral máxima porque esta excedía las 8 horas de trabajo por día, tal como lo estipula la Constitución.

Sin embargo, es importante resaltar que las horas extras de trabajo no están prohibidas por el marco normativo laboral, pero estas no deberían exceder el máximo de doce horas diarias, según la Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrado de la OIT del año 2019. Esto guarda relación con la sentencia de primera instancia en la Resolución N° 15 se señala:

“Realizando un interpretación sistemática de las normas, podemos observar que la LOPJ, faculta a los magistrados la habilitación de días y horas inhábiles dentro del horario jurisdiccional; sin embargo tratándose de procesos penales y de la programación y realización de audiencias según el NCPP, se puede entender que la injerencia de cualquier otra persona que no sea del propio magistrado, en el señalamiento en el horario de trabajo fuera de la jornada laboral, constituye un acto arbitrario y en contravención a nuestra Constitución”
(Expediente 00789-2015-0-2701-JM-CI-01)

Por todo lo mencionado, no resulta razonable que los demandados hayan impuesto una trabajos extras fuera del horario del trabajo porque no se desprende de la postura de la jueza que este haya sido un acuerdo mutuo. Asimismo, era irracional que se le impusiera la atención de las audiencias durante los fines de semana y hasta altas horas de la noche, lo cual evidencia una afectación al derecho de descanso y tiempo libre.

7. Análisis crítico de la sentencia.

En esta sección del trabajo se analizarán los problemas de fondo que no fueron abordados por el Tribunal.

7.1 La ley de lactancia materna no resulta suficiente en nuestro ordenamiento jurídico

7.1.1 La falta de enfoque de género en la regulación actual de la lactancia

Según la ley N° 27240, se tutela el derecho de lactancia de la madre a una hora diaria durante el horario laboral, hasta que el menor cumpla un año de edad, por lo que se entiende que *“el objeto de esta regulación estaría directamente vinculada con la atención y los cuidados necesarios que requiere un recién nacido”* (Molero, 2009, p. 241). En esa línea, la justificación para atribuirle exclusivamente la titularidad a la madre es porque el legislador entiende que el hecho de dar de lactar al menor les permite compartir un espacio de encuentro entre ambos y de alimentación para el niño.

Por dicho motivo, la justificación de la existencia de la norma de lactancia radica en que el hecho biológico de dar de lactar siempre será atribuible a la madre. Así lo entendió el legislador al realizar una diferenciación basada en condiciones biológicas porque *“las causas objetivas de diferencia de trato responden más a disposiciones sobre horario de lactancia o a descanso pre natal, pues se trata de razones biológicas directamente ligadas al embarazo y parto”* (Garces Peralta, Portal Farfan , 2016, p. 141). Bajo este esquema, se comprende porque la titularidad del derecho no se extiende la figura a otras figuras familiares, como la del padre.

Así como la ley de lactancia, existe una serie de normas que amparan y protegen la figura de la madre trabajadora², el cual brinda un marco de protección legal especialmente regulado en favor de las mujeres, porque existe un hecho objetivo que justifica este trato distinto entre el padre y la madre.

Frente a ello, parecería que no existe problemas en la ley de lactancia, porque las atenciones maternas y de alimentación que recibe el niño a través de la leche sólo puede ser dado por su madre, por lo que el trato distintivo con el padre estaría justificado, lo que merece una tutela y promoción desde el Estado en su obligación de proteger y respetar los derechos de las mujeres.

² Existen varias leyes que protegen a las mujeres gestantes en varias: ley de protección de la mujer gestante en situaciones de riesgo (ley 28048); la ley de protección contra el despido nulo durante el proceso de gestación (ley 27185); la ley de descanso pre y post natal (ley 30367).

Sin embargo, creemos que hay una brecha de género en la ley de lactancia que dificulta la conciliación familiar y laboral de las mujeres. Así, el esquema adoptado por las normas laborales resultan insuficientes en sociedades, como la peruana, donde la adopción de un modelo de absoluta y total exclusividad de la titularidad a la madre no permite equilibrar las responsabilidades familiares del cuidado del niño con el padre.

En efecto, aun existen muchos obstáculos para la conciliación de la vida de la madre y su trabajo, como la falta de flexibilidad en las jornadas laborales, la falta de apoyo en el entorno laboral y familiar, lo que trae como consecuencia que las mujeres no encuentran espacios adecuados y óptimos para dedicar los cuidados necesarios a sus hijos.

Sólo para mencionar un ejemplo, Organización Mundial de la Salud considera que se debe *“permitir que las mujeres que amamantan se tomen descansos y tengan horarios flexibles dar el pecho o sacarse la leche, y habilitar un espacio de fácil acceso. Es una medida que fideliza a las empleadas locales, proporciona mejor alimento y beneficia a la sociedad en su conjunto”* (Organización Mundial de la Salud, 2015). Sin embargo, también sería importante que la responsabilidad no solo recaiga en el empleador, porque si se permitiera una participación más activa del padre, se reducir el trabajo que recae sólo en la mamá.

En consecuencia, estos obstáculos pueden seguir perpetuando la desigualdad de género en los entornos laborales. En concreto, consideramos que la propia regulación de la ley de lactancia y la ley de paternidad *“no contribuye en el camino hacia la corresponsabilidad familiar y mucho menos fomenta la participación del padre en el cuidado de los hijos. La corta duración del permiso -de paternidad- es insuficiente para la implicación del trabajador en las responsabilidades familiares, y apunta a que su finalidad se reduce a dar al padre la oportunidad de estar junto a la madre en el momento del parto* (Molero, 2009, p. 242).

En ese sentido, se puede afirmar que si no se afrontan los obstáculos que enfrentan las mujeres cuando regresan a sus trabajos para continuar con la alimentación que le corresponde a su hijo, se continuarán perpetuando las desigualdades, como por

ejemplo, en los entornos laborales, lo cual resalta la falta del enfoque de género en la normativa.

7.1.2 La falta del enfoque de género en el derecho a la lactancia materna acentúa la situación de desigualdad de las mujeres

En ese punto del presente trabajo, y para explicar como la falta de enfoque acentúa las desigualdades, es pertinente abordar el contexto social del caso, y explicar como diferentes tipos de discriminación pueden verse involucradas.

En primer lugar, a nivel jurisprudencia, el Tribunal reconoce en la sentencia que existe una discriminación estructural que atraviesan las mujeres. Anteriormente se pronuncio en la Sentencia N° 00374-2017-PA/TC, en el caso de Kimberly Angela Chapoñán Meza, que en su condición de alumna fue separada de la Marina de Guerra por su estado de gestación, donde afirma que las mujeres embarazadas son sujetos en situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, a nivel doctrinario, Según Landa, siguiendo el planteamiento de la profesora Salome, nos señala lo siguiente:

“conlleva la existencia de situaciones de desigualdad social, de subordinación o dominación que perjudican a grupos determinados dentro de la sociedad, a las que se puede identificar con aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Estas situaciones pueden tener orígenes históricos, culturales, políticos, económicos y además jurídicos, pues resulta que la propia institucionalidad estatal puede terminar validando o acentuando tal discriminación. No se trata de una acción más o menos individualizable, sino de un conjunto de acciones o prácticas arraigadas en la propia sociedad y en la institucionalidad estatal”. (Landa 2021, pp 87).

En ese sentido, con el fin de comprender el contexto, es correcto reconocer que existe una situación de discriminación basado en el género que perjudica a las mujeres peruanas en su conjunto, debido a la arraigada presencia de comportamientos patriarcales en la sociedad peruana.

Como lo explicamos anteriormente, ya el Tribunal se ha pronunciado sobre la situación de vulnerabilidad que afrontan las mujeres diariamente. En ese orden de ideas, consideramos que esta situación se agudiza al tener un Estado que no protege los derechos de este colectivo, el de las mujeres. Así, la propia estructura estatal convalida hechos vulneratorios de derechos porque existe detrás toda una cultura patriarcal que lo sostiene y fortalece.

Es así que, por ejemplo, que la discriminación es transversal en diferentes instituciones del Estado, como en las que se encargan de la administración de justicia, donde las prácticas sexistas y machistas se han visibilizado en los últimos años, teniendo incluso a altos magistrados de dichas Cortes en la participación de dichas vulneraciones, como del magistrado Hinojosa.

En segundo lugar, ¿cómo pueden converger la discriminación estructural y la múltiple? Según la doctrina, la discriminación múltiple es aquella en la que concurren dos o más factores de discriminación; sin embargo, en la jurisprudencia nacional *“los casos son resueltos a partir del análisis de un solo factor de discriminación (sexo, orientación sexual, discapacidad, etc.) y no combinando dos o más de ellos.”* (Salome, 2015, p. 163).

En ese sentido, explicaremos cómo es que la normativa por lactancia puede estar involucrada a partir del caso de la magistrada Duberlis. En el caso consideramos que convergen varios factores, empezando por el hecho de ser mujer, esta situación se agudiza en su condición de madre, como madre gestante, y el hecho de que no tenía un horario flexible de trabajo configuraron una situación de discriminación múltiple.

En otras palabras, la condición de género, la condición de maternidad, y la condición socioeconómica de la magistrada nos permite afirmar que se configuró una discriminación múltiple vulnerando los derechos de la magistrada. En ese sentido, consideramos que el Tribunal se pronuncia sobre la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, lo cual se da a través de derechos como la lactancia, no se pronunció sobre cómo la normativa de lactancia podría configurar una discriminación indirecta por razón de sexo.

En efecto, la norma aparentemente parece neutra y objetiva en términos de género, porque lo que se busca es *“que no haya conflictos entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales”*, como lo menciona el Tribunal en la sentencia bajo comentario. Sin embargo, esta norma puede afectar desproporcionadamente a las mujeres porque son ellas quienes lidian diariamente con las tareas domésticas.

En consecuencia, atribuirle sólo la titularidad a ellas, cuando también existe la lactancia por fórmula, es *“pensar que solamente la madre puede realizar esta labora cuando la leche natural se ha dejado de producir y cuando esta se puede conservar adecuadamente y ser otorgada con biberon también resulta discriminatorio”* (Ulloa, 2019, p. 94).

Por dichas razones, consideramos que la norma sobre lactancia podría configurar el principio-derecho a la igualdad porque configuró una situación de discriminación múltiple, extremo que no fue analizado por el Tribunal. En ese sentido, también consideramos que se debe analizar según el caso en particular.

Finalmente, consideramos que en el caso si convergen factores que profundizan la situación de vulnerabilidad de las mujeres, como ocurrió en el caso de la magistrada Duberlis, lo cual se profundizó en un contexto donde la discriminación estructural es transversal en las instituciones públicas.

Por otro lado, consideramos pertinente abordar el tema de los estereotipos de género y su relación con la norma de lactancia. En primer lugar, modelo que adoptó el marco legal peruano parte de la premisa de un rol de género que es atribuible a la mujer. Así, el concepto de género alude a las diferencias construidas social y culturalmente entre mujeres y hombres, que están basadas en sus diferencias biológicas. Producto de dicha asignación de responsabilidades sociales de acuerdo al sexo biológico es lo que ha determinado la construcción de los roles de género (Ministerio de la Mujer, 2017) .

Consideremos que el hecho de atribuir exclusivamente el rol de lactar a la madre esta

basado en un estereotipo de género, que es el rol de cuidado de las madres respecto de los hijos. Así se configura porque el permiso por paternidad, como explicamos anteriormente, no le da el derecho al padre de darle de lactar a su hija mediante fórmula. Asimismo, que no se extienda a otras figuras familiares, como la del padre, el tutor, el apoderado, entre otros, puede contribuir que se continúe perpetuando los roles de género, respecto del cuidado exclusivo que se ha impuesto socialmente a la madre.

En esa línea, como lo afirma la profesora Fernandez, que *“en la enseñanza del derecho laboral, se suele considerar que lo que compete a la dimensión de género está contenido en la legislación protectora de la maternidad y en la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral. Ello resulta una visión muy limitada, pues da por sentada la neutralidad en la formulación de los derechos y que dicha neutralidad es buena para las mujeres trabajadoras.”* (Fernandez Revoredo 2006; pp 10).

Esta situación nos hace reflexionar sobre la necesidad de que las normas laborales hagan más participes a la figura del padre y lo haga participe del cuidado del niño menor para que las responsabilidades familiares entre madre y padre sean balanceadas, lo cual impulsa una igualdad entre género.

Finalmente, cabe resaltar que el Tribunal entiende al derecho de lactancia como una acción afirmativa, ya que existe una situación de desigualdad en términos de género; empero, si sólo existe única y exclusivamente para las mujeres, podría afectar el principio a la igualdad en cuestiones de género.

7.2 La crisis en la administración de justicia: La sobrecarga procesal genera una situación de vulneración de derechos laborales

En la presente sección de trabajo, relataremos la situación actual de la administración de justicia en relación a la carga procesal y como dicha situación podría generar una vulneración de derechos laborales; sin embargo, nuestra posición es que no resulta fundamento suficiente para afectar derechos fundamentales laborales de los trabajadores del Poder Judicial.

7.2.1 La sobrecarga procesal genera una vulneración de derechos laborales

La administración de justicia enfrenta una serie de crisis que se consideran problemas sistémicos, como por ejemplo, los altos índices de corrupción en el Poder Judicial. Esta situación genera una disparidad de situaciones a las que los ciudadanos enfrentan constantemente, como la presencia de jueces no idóneos y poco competentes, la existencia de marco de intereses contrapuestos, la poca transparencia de los procesos, entre otros.

En este trabajo, nos enfocaremos en la crisis del sistema de justicia en relación a la carga procesal, porque fue una de las razones que motivó la interposición de la demanda de la jueza Duberlis Caceres Ramos.

El Código Procesal Penal establece plazos bastantes cortos en relación al curso del proceso penal, lo cual limita el tiempo de trabajo que los jueces tienen disponible para resolver los casos que llegan a su despacho judicial. Esta situación puede llevar a que los plazos cortos establecidos en el Código Procesal Penal genere que los jueces y juezas se vean obligados a emitir un pronunciamiento rápido y célere.

En consecuencia, si los plazos son cortos, resulta evidente que se podría generar una sobreexigencia en el trabajo que se le exige a los jueces. Dicha situación podría vulnerar sus derechos fundamentales laborales en aras de alcanzar una rapidez en la emisión de pronunciamientos que realizan.

7.2.2 La sobrecarga procesal no es fundamento suficiente para afectar derechos fundamentales laborales de sus trabajadores

La carga procesal está estrechamente ligada a la garantía de un debido proceso en todo proceso judicial, y esta carga podría afectar a un correcto desarrollo para un eficaz proceso y pronunciamiento. En ese sentido, nos encontramos frente a una colisión del derecho a un proceso judicial rápido y la protección de los derechos laborales de los jueces y juezas del Poder Judicial, especialmente en el marco de un proceso penal.

La importancia de garantizar un Estado constitucional de derecho también implica acelerar los procesos, pero se encuentra contrapuesto con el respeto de los derechos laborales y de los trabajadores del Poder Judicial. Entonces, la crisis en el ejercicio de la administración de justicia en relación a la alta carga procesal es producto de una serie de elementos que no permite la posibilidad de no tener un sistema efectivo que nos ayude al análisis de los casos sean célebres.

Por ejemplo, en el caso de las nuevas tecnologías, nuestro sistema judicial es bastante arcaico en ese sentido. Además, la falta de articulación entre otras instituciones hace que no se genere la mayor celeridad en los procesos, como la Policía Nacional, el INPE, el Ministerio de justicia.

En esa línea, si bien es importante garantizar un proceso célere, también es importante garantizar un correcto proceso lo cual también implica garantizar los derechos laborales de los jueces y juezas. Entonces, no se debe permitir la sobreexigencia o explotación laboral en su producción laboral, porque podría tener efectos negativos en su desempeño laboral, lo cual podría tener como consecuencia la emisión de sentencias deficientes en su motivación.

Por todo lo dicho, consideramos que la carga procesal no puede ser el único argumento para no garantizar los derechos laborales de los jueces y juezas. Al analizar las medidas tomadas, como la demanda interpuesta bajo análisis en el presente trabajo, estas no superaría el test de necesidad porque existían medidas menos lesivas en la intervención del derecho a la lactancia materna. Asimismo, es importante recordar que en el 2015 ya habían nuevas tecnologías para tener un proceso judicial célere, como el uso del teletrabajo y la flexibilización de horarios de trabajo.

En consecuencia, es importante remarcar que los hechos descritos se basan en el marco de una sociedad que no es garantista de los derechos de la mujeres en el ámbito laboral, como se explico a lo largo del presente trabajo. En ese sentido, existen bastantes elementos para afirmar que no es suficiente el sólo argumento de la sobrecarga procesal en los juzgados como el único justificante para restringir los

derechos laborales de la jueces y juezas del Poder Judicial, tal como lo denuncia la jueza Duberlis.

8. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. En primer lugar, el derecho por lactancia materna es una de configuración legal vinculado a otros derechos constitucionales. Asimismo, la normativa peruana solo reconoce la titularidad del derecho a la madre; sin embargo, también se reconoce la titularidad al hijo porque el reconocimiento de la titularidad bilateral es transversal en todo el ordenamiento jurídico.

En resumen, aunque el derecho de lactancia no este reconocido en la Constitución, su afectación puede involucrar a otros derechos constitucionales. Por ello, la normativa laboral reconoce los derechos de la madre y del hijo.

2. En segundo lugar, en relacion a los derechos constitucionales relacionados con el derecho a la lactancia, y que se afectaron en el caso de la magistrada Duberlis se tiene al derecho del libre desarrollo de la personalidad, en el cual su vinculación se hace manifiesta porque su protección es fundamental para garantizar el derecho a la lactancia, porque contribuye al desarrollo integral de la madre e hijo, en todas sus facetas.
3. Asimismo, sobre el derecho a la salud familiar, se encuentra vinculada con la lactancia porque su práctica tiene efectos positivos en el fortalecimiento del vínculo filial entre madre e hijo, así como en la alimentación del menor hijo.

Por otro lado, en relación al derecho a la protección familiar, el reconocimiento del derecho a la lactancia fortalece los vínculos familiares entre los miembros de la familia. Además, sobre el interes superior del niño, garantizar una adecuada protección al derecho de lactancia resulta fundamental garantizar el segundo derecho señalado para satisfacer las exigencias del interés superior referido.

4. Con respecto al derecho-principio de la dignidad, su vulneración se reflejó cuando la magistrada estuvo expuesta a una serie de actos de discriminación por razón de su embarazo y en su condición de mujer lactante. Por otro lado, el derecho a la libertad de trabajo no se vio afectado por no se vulneró ninguna de las dimensiones de dicho derecho.

Por lo expuesto, se concluye que se vulneró el derecho a la lactancia materna de la magistrada Duberlis, en desmedro de sus derechos fundamentales y los de su hijo menor, los cuales se encuentran amparados por la normativa constitucional y legal peruana, así como por diversos tratados internacionales.

5. En segundo lugar, la normativa sobre lactancia resalta por su falta de enfoque de género en la redacción. Entonces, si bien el Tribunal entiende que la ley sobre lactancia es considerada como una acción afirmativa, todavía persiste una serie de obstáculos que impide que las mujeres gozen efectivamente de este derecho. Entonces, resulta necesario que se fomente activamente la participación del padre, para que las desigualdades en términos de género sean contrarrestadas. En conclusión, la ley sobre lactancia no resulta suficiente en el ordenamiento jurídico.
6. En definitiva, la sobrecarga procesal en la administración de justicia es un problema sistémico que puede afectar negativamente en los derechos fundamentales laborales de los trabajadores del Poder Judicial. Si bien es importante garantizar un proceso célere y eficaz, también se debe velar por el principio de la debida motivación en el proceso, para evitar sentencias deficientes en su argumentación.

Asimismo, garantizar la importancia de los procesos judiciales para intervenir irrazonablemente en los derechos laborales de los jueces y juezas, no puede ser el único argumento para defender dicha postura, porque existen alternativas menos lesivas para la intervención en dichos derechos. En suma, si bien existe una atención primordial en la celeridad de los procesos, la sobrecarga procesal no es fundamento suficiente para afectar derechos fundamentales laborales de los trabajadores del Poder Judicial.

9. BIBLIOGRAFÍA

Normas legales.

1. Congreso de la República del Perú (1999). Ley N° 27240, ley de lactancia materna
2. Congreso de la República del Perú (2016). Ley N.° 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Recuperado en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/06/LEY-N%C2%BA-30466-PER%C3%9A.-PAR%C3%81METROS-Y-GARANT%C3%8DAS-PROCESALES-PARA-LA-CONSIDERACI%C3%93N-PRIMORDIAL-DEL-INTER%C3%89S-SUPERIOR-DEL-NI%C3%91O.pdf>
3. Constitución Política del Perú. 1993.

Normas internacionales.

4. Convencion Americana de Derechos Humanos
5. Convención de Belem do Para
6. Convenio de los derechos del niño
7. Convenio 183 de la OIT, la protección de la maternidad

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

8. Expediente N° 1272-2017-PA/TC
9. Expediente N° 00789-2015-0-2701-JM-CI-01
10. Expediente N° 2016-2004-AA/TC
11. Expediente N° 01366-2013-PC/TC
12. Expediente N° 2273-2005-PHC-TC
13. Expediente N° 01594-2020-PA/TC
14. Expediente N° 01817-2009-PHC-/TC
15. Expediente N° 00374-2017-PA/TC

Doctrina

16. Canelo Davila, G.(2018). Derecho del trabajo. Fuentes Valores Superiores y principios. Lex & Iuris.
17. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2015). Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Recuperado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34177.pdf>
18. Conceptos fundamentales para la transversalización del enfoque de género. (2017). Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Recuperado en: <https://www.gob.pe/institucion/mimp/informes-publicaciones/1230-conceptos-fundamentales-para-la-transversalizacion-del-enfoque-de-genero>
19. Cueva Arana, L. (2019). La estabilidad laboral reforzada de la madre gestante: naturaleza jurídica y efectos. Tesis para optar el título de Magistra en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Recuperado en: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13284>
20. Franco Garcia, D (2021). Entre el derecho al trabajo y la fragilidad de las políticas de empleo: necesidad de una transición constitucional aunada a políticas de protección a favor de mujeres y madres que trabajan. Derechos fundamentales. Actas de las VI Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales. pp.169-185
21. Fernandez Revoredo, M. (2019). Usando el género para criticar al derecho. Revista Derecho Pucp. Recuperado en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3073/0>
22. Garces Peralta, Portal Farfan .(2016). La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pensamiento Constitucional. pp. 141. Recuperado en: <https://eds-p-ebsohost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/eds/detail/detail?vid=0&sid=98c50b4f-c8ba-4265-ae7a-82919c17529a%40redis&bdata=JmxhbmMc9ZXMmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZSZyY29wZT1zaXRI#AN=124183752&db=a9h>
23. International Labour Organization. (2019). Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada

https://www.ilo.org/travail/info/publications/WCMS_716135/lang--en/index.htm#:~:text=pdf%20-%200.9%20MB%20La%20Gu%C3%ADa%20para%20establecer,mandantes%20de%20la%20OIT%3A%20empleadores%2C%20trabajadores%20y%20gobiernos.

24. Jusidman-Rapoport, C. (2014). El derecho a la alimentación como derecho humano. pp. 86-91. Recuperado en: <https://typeset.io/papers/el-derecho-a-la-alimentacion-como-derecho-humano-40xkxm4jpw>
25. Landa Arroyo, C. (2017). El libro de los derechos fundamentales. Palestra Editores.
26. Landa Arroyo, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú
27. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2013). *Cuaderno sobre Poblaciones Vulnerables N.º 10. Recuperado en:* https://www.mimp.gob.pe/files/mimp/especializados/boletines_dvmpv/cuaderno_10_dvmpv.pdf
28. Ministerio de salud. (2022) Minsa: lactancia materna es un derecho del bebe y la madre. Recuperado en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/618664-minsa-lactancia-materna-es-un-derecho-del-bebe-y-la-madre>
29. Molero Suarez, Marlene (2009). Vista de Maternidad, paternidad y Estado : Los derechos de conciliación como desarrollo del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. Revista Derecho Pucp.
30. Novillo-Luzuriaga, N.; Robles-Amaya, J.; & Calderón-Cisneros, J.(2019). “Beneficios de la lactancia materna y factores asociados a la interrupción de esta practica. Recuperado en: <https://doi.org/10.29033/enfi.v4i5.729>
31. Ospina, Jessica, Jiménez, Ángela y Villamarín, Eder (2015). “La importancia de la lactancia en el desarrollo físico, psíquico y relacional del niño”. *Vínculo*, volumen 12, número 1, pp. 7-18. Recuperado en: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/vinculo/v12n1/v12n1a03.pdf>
32. Organización Mundial de la Salud. (2015). Compatibilicemos lactancia materna y trabajo.
33. Resurrección, S. (2015). La discriminación multiple como concepto jurididco en el analisis de situaciones de discriminación.

34. Sosa Sacio, J. (2018). La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad. pp. 173-203.
35. UNICEF. (s.f). Lactancia Materna. Recuperado de:
<https://www.unicef.org/mexico/lactancia-materna>
36. Ulloa, Daniel. (2019) Discriminación en la regulación peruana del descanso por maternidad y paternidad. https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#!/search/jurisdiction:PE+content_type:4/LACTANCIA+MATERNA/#vid/discriminacion-regulacion-peruana-descanso-844600425
37. UNICEF (s.f). Lactancia Materna. Recuperado en:
<https://www.unicef.org/mexico/lactancia-materna>





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"¹.
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.

¹ 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.

MA



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 mujeres². 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 derechos³. 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 diferentes⁴.

² 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.

³ 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.

⁴ 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 producido⁵. 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.

⁵ 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 madre⁶.

19. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hofman 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

⁶ 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)



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 [...]"⁷.

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.

⁷ 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 42° período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009. Se visitó el siguiente enlace: www2.ohchr.org/english/bodies/ceser/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 fecundidad⁸. 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

⁸ Al respecto véase las tendencias de la fecundidad en el Perú desde el año 1995 hasta el 2015 (https://www.inei.gov.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.gov.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 más⁹.

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

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

MA1



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"¹⁰.

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".

¹⁰ 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

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).

MA



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 inmediata¹¹; 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.

¹¹ 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