



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

Presidente 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:

- a) 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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.



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.



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=match=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 42º período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009. Se visitó el siguiente enlace: www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc



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. [...]

Convencidos 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



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.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0015/cap-56.htm). En el mismo sentido, Estimación y análisis de la Fecundidad según diversas fuentes, publicación efectuada por el INEI (<https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/fecundidad.pdf>).



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/>

MAJ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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

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

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



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

mm



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



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 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)–,

mm



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.



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 las 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